

ANNO LIV - N. 1

GENNAIO-MARZO 2002

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
ROMA 2002

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

DIRETTORE RESPONSABILE: *Oscar Fiumara* – Condirettore: *Giuseppe Fiengo*.

COMITATO DI REDAZIONE: *Giacomo Aiello – Vittorio Cesaroni – Roberto de Felice – Maurizio Fiorilli – Andrea Liberati – Antonio Palatiello – Giovanni Paolo Polizzi – Mario Antonio Scino – Francesco Sclafani – Tito Varrone*.

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE NUMERO: *Ennio Antonio Apicella – Federico Basilica – Guido Calvi – Tommaso Capezzone – Ignazio Francesco Caramazza – Carla Colelli – Filippo Curcuruto – Corrado Di Benedetto – Paolo Vittorio di Tarsia di Belmonte – Gianni Carlo Ferrero – Giovanni Maria Flick – Giuseppe Frigo – Livia Golisano – Sergio Laporta – Maria Vittoria Lumetti – Stefano Maccioni – Antonio Marini – Luigi Mazzoncini – Gaetano Pecorella – Ugo Pioletti – Sarre Pirrone – Roberto Sarra – Chiara Serafini – Emanuele Squarcia*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*.

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

ABBONAMENTI ANNO 2002

	ITALIA	ESTERO
ABBONAMENTO ANNUO	€ 41,32	€ 77,47
UN NUMERO SEPARATO	€ 11,88	€ 20,66

Prezzi doppi, tripli, quadrupli ecc. per tutti quei fascicoli che, stampati in unico volume, sostituiscono altrettanti numeri della prevista periodicità annuale.

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

Funzione Editoria

P.zza Verdi, 10 – 00198 Roma

Numero verde 800864035

Fax 0685084117

E-mail: editoriale@ipzs.it

c/c postale n. 387001

Stampato in Italia – Printed in Italy

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

(5604361/1) Roma, 2002 — Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – S.

INDICE – SOMMARIO

EDITORIALE	Pag.	I
TEMI ISTITUZIONALI	»	1
<i>La costituzione di parte civile nel processo penale</i>	»	1
Interventi e comunicazioni di:		
Luigi Mazzella	»	1
Giovanni Maria Flick	»	2
Guido Calvi	»	6
Paolo Vittorio di Tarsia di Belmonte	»	12
Gaetano Pecorella	»	17
Antonio Marini	»	20
Giuseppe Frigo	»	27
Emanuele Squarcia	»	32
Ugo Pioletti	»	33
Gianni Carlo Ferrero	»	37
Stefano Maccioni	»	42
IL CONTENZIOSO DELL'UNIONE EUROPEA	»	45
1. <i>Le decisioni</i>	»	46
— «Sulla legittimità delle tariffe professionali forensi», Plenum, 19 febbraio 2002, C-35/1999	»	46
— «Sull'accesso e l'esercizio della professione forense», sez. 5 ^a , 7 marzo 2002, C-145/1999	»	52
— «Sull'illegittimità di un regime sanzionatorio differenziato dei non residenti», sez. 6 ^a , 19 marzo 2002, C-224/2000	»	59
2. <i>I giudizi in corso alla Corte di Giustizia CEE</i>	»	65
IL CONTENZIOSO NAZIONALE	»	137
Sarre Pirrone, <i>Il regime tariffario dell'importazione delle banane</i>	»	137
Roberto Sarra, <i>Ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione: un freno all'estensione dei poteri decisori del giudice amministrativo. Documentazione a cura di Mario Antonio Scino</i>	»	146
Sergio Laporta, <i>L'indennità di funzione per i giudici di pace</i>	»	173
Maurizio Borgo, <i>Revoca della confisca nei procedimenti antimafia: regime delle spese utili alla conservazione dei beni</i>	»	176
Federico Basilica, Luigi Mazzoncini, <i>Il caso Raiway. Documentazione a cura di Vittorio Cesaroni.</i>	»	182
I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO	»	253
Dal 23 ottobre 2000 al 17 dicembre 2001	»	253
CONTRIBUTI DI DOTTRINA	»	319
Ignazio Francesco Caramazza, <i>Pubblica Amministrazione e tutela del cittadino</i>	»	319
Federico Basilica, Chiara Serafini, <i>La ragionevole durata del processo alla luce di una recente proposta di modifica della legge Pinto</i>	»	329
Maria Vittoria Lumetti, <i>L'esecuzione delle misure cautelari del giudice amministrativo</i>	»	338

RASSEGNA AVVOCATURA DELLO STATO

RECENSIONI	Pag.	351
Giustina Noviello, Paolo Sordi, Ennio Antonio Apicella, Vito Tenore, <i>Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso.</i>		
Recensione di FILIPPO CURCURUTO	»	351
Vito Poli, Vito Tenore, <i>I procedimenti amministrativi tipici e il diritto di accesso nelle forze armate.</i> Recensione di ENNIO ANTONIO APICELLA	»	352
SERVIZI INFORMATICI E STATISTICI	»	355
Tommaso Capezzone, <i>Domande da porsi quando si cerca in una banca dati giuridica</i>	»	355
Corrado Di Benedetto, Livia Golisano, <i>La banca dati professionale dell'Avvocatura Generale dello Stato</i>	»	361
INDICI SISTEMATICI	»	369

EDITORIALE

A partire da questo numero, la Rassegna dell'Avvocatura dello Stato propone alcuni cambiamenti nella linea editoriale.

Il più importante è l'istituzione di un Comitato scientifico, presieduto dall'Avvocato Generale Luigi Mazzella e composto dai professori Franco Coppi, Giuseppe Guarino, Natalino Irti, Eugenio Picozza e Franco Gaetano Scoca.

La Rivista vuole continuare ad essere essenzialmente una «pubblicazione di servizio» ma, nella misura in cui la sua esistenza e gli scritti in essa contenuti danno identità ad un'area culturale propria dell'Avvocatura dello Stato e delle amministrazioni da essa difese, avverte il bisogno di un confronto con il mondo accademico e scientifico e di aprirsi a significative esperienze esterne.

La seconda innovazione è invece figlia del tempo. Non è più ragionevole fondare la struttura di una rivista giuridica prevalentemente sulla rassegna delle sentenze e delle massime giurisprudenziali: la concorrenza di Internet rende il prodotto obsoleto prima ancora di nascere. Da qui la scelta di puntare su una informazione diversa, specifica e mirata su aspetti istituzionali e di diritto applicato non facilmente riproducibili dagli altri strumenti che operano nel mondo dell'informazione giuridica.

In questo quadro il Lettore troverà, a partire da questo numero, le prime due rubriche specialistiche: la prima sul contenzioso dell'Unione europea, incentrata soprattutto sul resoconto dei giudizi in corso per l'interpretazione e la corretta applicazione del Trattato CE e delle altre norme comunitarie, la seconda destinata alla pubblicazione, compatibilmente con la esigenza di riservatezza delle amministrazioni destinatarie e delle persone eventualmente interessate direttamente, dei pareri del

Comitato consultivo. Queste consultazioni dell'Avvocatura Generale, ancorché occasionate da specifiche liti o questioni concrete, finiscono, infatti, per avere una notevole incidenza sull'attività amministrativa. La loro pubblicazione sulla Rassegna offre all'operatore, anche esterno all'Amministrazione, la possibilità di utilizzare un nuovo particolare strumento di lavoro.

Quanto alla tradizionale rassegna della giurisprudenza, sarà cura della redazione, in collaborazione con le Sezioni in cui è ora operativamente articolata l'Avvocatura Generale dello Stato, continuare a dare conto dei casi giudiziari più significativi, che possono mettere in luce momenti innovativi della giurisprudenza o linee importanti nella difesa erariale.

I contributi dottrinari, le recensioni e una timida attenzione ai problemi dell'informatica completano il quadro della Rivista, che resta tuttavia in questa fase caratterizzata, essenzialmente, dal tentativo aperto a nuove linee editoriali.

Ed è naturale che, nel momento in cui si sperimentano le nuove forme della Rassegna dell'Avvocatura dello Stato, il pensiero vada alla memoria del vice avvocato generale Ugo Gargiulo, che ne è stato per oltre trent'anni il direttore e che ha fondato le caratteristiche per cui la rivista è stata fino ad oggi conosciuta e apprezzata.

Ugo Gargiulo aveva anche una specifica formazione nel diritto amministrativo. Autore di studi sul processo amministrativo e tributario e, successivamente, di una monografia sugli organi collegiali, libero docente di diritto amministrativo, professore incaricato di «tecnica dell'organizzazione e dei servizi amministrativi» presso l'Università di Napoli, Ugo Gargiulo attraverso la direzione della rivista ha identificato validamente un'epoca dell'Avvocatura dello Stato.

Valgono al riguardo le parole di commiato dell'Avvocato Generale dell'epoca: «desidero ringraziarla vivamente per la collaborazione prestata nella direzione e redazione della rassegna dell'Avvocatura dello Stato, che le hanno dato modo di porre in evidenza la profonda cultura giuridica, la vasta preparazione e capacità professionale, la serietà e l'impegno posto nell'espletamento dell'incarico, che con piena consapevolezza delle Sue elette qualità, anche di temperamento e di carattere, le è stato affidato».

La direzione

TEMI ISTITUZIONALI

La costituzione di parte civile nel processo penale

*Atti della tavola rotonda
presso l'Avvocatura Generale dello Stato del 7 giugno 2002.*

INTERVENTI

- Avv. Luigi Mazzella – Avvocato Generale dello Stato;
Prof. Avv. Giovanni Maria Flick – Giudice della Corte Costituzionale;
Sen. Prof. Avv. Guido Calvi – Membro della 2^a Commissione Giustizia del Senato;
Avv. Paolo Vittorio di Tarsia di Belmonte – Vice Avvocato Generale dello Stato;
On. Prof. Avv. Gaetano Pecorella – Presidente della 2^a Commissione Giustizia della Camera dei Deputati;
Dott. Antonio Marini – Sostituto Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Roma;
Prof. Avv. Giuseppe Frigo – Presidente dell'Unione Camere Penali Italiane;
Avv. Emanuele Squarcia – Avvocato in Roma.*

COMUNICAZIONI

- Prof. Ugo Pioletti – Professore affidatario di Diritto penale dell'economia all'Università degli Studi di Camerino;
Avv. Gianni Carlo Ferrero – Avvocato distrettuale presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Torino;
Avv. Stefano Maccioni – Responsabile nazionale di Giustizia per i Diritti – Cittadinanzattiva.
Roma, li 7 giugno 2002.*

DAL DIBATTITO

Luigi Mazzella. Vi ringrazio di essere venuti per questo primo appuntamento di una serie che l'Avvocatura dello Stato intende organizzare per esaminare problemi che riguardano la nostra vita professionale e che vuole sottoporre a dibattito e a discussione, in relazione a tutto quello che sta un po' avvenendo nel processo di unificazione europea. La necessità di omologare

in qualche modo i vari ordinamenti in maniera da non avere discrepanze vistose tra le scelte che sono state effettuate dai diversi Paesi è una necessità evidente. Un primo tema riguarda la costituzione di parte civile nel processo penale.

Pensiamo, a breve, di proporre un altro incontro che dovrebbe riguardare l'oralità nel processo civile, amministrativo e tributario.

Comunque di questo avrete notizia e speriamo di potere organizzare il relativo convegno in breve tempo.

Prima di fare la mia breve introduzione al tema vorrei pregare il giudice costituzionale Prof. Avv. Giovanni Maria Flick di venire al banco della presidenza, che cederei a lui per il tempo che potrà dedicarci.

Giovanni Maria Flick. Grazie, sono onorato. Sono rammaricato per due ragioni. La prima è che, purtroppo, per impegni fuori Roma nel pomeriggio, potrò trattenermi soltanto fino alle dodici meno un quarto. Mi scuso, quindi, con i relatori che non riuscirò a seguire.

Sono rammaricato anche per una seconda ragione: come giudice costituzionale io non devo parlare, se non attraverso le sentenze della Corte. Anche se mi piacerebbe molto poter discutere con Voi su queste tematiche, il mio ruolo istituzionale mi impone di limitarmi ad ascoltare con molta attenzione quanto oggi sarà detto sui pro e contro la parte civile, e sulle possibili contraddizioni tra un processo di tipo accusatorio e la presenza al suo interno della parte civile; presenza che, secondo qualcuno, si porrebbe in contrasto con l'esigenza dell'imparzialità, in quanto si tradurrebbe in un rilevante aiuto al pubblico ministero, anche in rapporto alla psicologia del giudice.

Posso solo promettere che ascolterò con attenzione ciò che verrà detto, e leggerò con altrettanta attenzione ciò che dalle dodici meno un quarto non potrò ascoltare; il mio parere cercherò poi di esprimerlo nelle inevitabili pronunce della Corte su queste tematiche.

Credo che il compito del moderatore sia prima di tutto quello di essere moderato e di lasciar parlare gli altri e quindi do subito la parola all'amico Mazzella per l'introduzione del tema.

Luigi Mazzella. Sotto ogni ordinamento giuridico, chi subisce un danno ha il diritto di farselo risarcire da chi glielo ha procurato, con un'azione giudiziaria che si definisce «civile».

In taluni ordinamenti quando il danno è la conseguenza di un reato, l'azione civile può essere esercitata anche in una sede che si può definire non propria: è quanto avviene, ad esempio, con la c.d. costituzione di parte civile nel processo penale.

Quando, in altre parole, sulla base di un'azione diretta al perseguimento del crimine e di una raccolta corretta di prove operate da un pubblico accusatore, deve concretarsi l'intento del giudice di infliggere una condanna penale al colpevole, la persona danneggiata può inserirsi in quel contesto e chiedere anche il ristoro del suo danno individuale e privato.

Gli ordinamenti che escludono ogni commistione, nello stesso processo, di esigenze penalistiche e di istanze civilistiche sono, in via di larga esemplificazione, quelli di derivazione anglosassone. Le ragioni che vengono indicate a sostegno della preclusione sono molteplici e possono così sintetizzarsi:

a) la presenza della parte civile nel processo penale compromette il duello ad armi pari tra accusa e difesa normalmente protetto e garantito dall'ordinamento costituzionale di ogni paese civile, squilibrando le forze in campo a favore dell'accusa che finisce con l'essere congiuntamente pubblica e privata. Non è un caso che in taluni ordinamenti (Germania) la parte civile nel processo penale è definita «accusatore sussidiario»;

b) nei processi indiziari dall'esito spesso aleatorio (e ritenuto per questo solo fatto dalla maggior parte della Dottrina poco scientifico e razionale) dove, però, la pressione dell'opinione pubblica per la ricerca ad ogni costo di un capro espiatorio è stringente e talora ossessiva, la presenza di una parte civile, spinta da naturale ed inevitabile «emozionalità», certamente non favorisce la necessaria serenità del giudice che, invece, dovrebbe essere distaccato freddamente dai fatti.

c) la costituzione di parte civile nel processo penale compromette la celerità di quest'ultimo, rendendolo più lungo, articolato, complesso e complicato. E con ciò ponendolo contro i requisiti di quel «giusto processo» che si esaurisca in tempi ragionevoli, fortemente voluto dai dettami della Convenzione dei Diritti dell'Uomo.

Le conseguenze dell'esclusione della presenza privata nel processo penale, nell'ordinamento inglese, ad esempio, sono molto rigorose: alla vittima del reato — oltre a non esserle riconosciuto alcun ruolo attivo, com'è ovvio — non sono date neppure notizie sull'evoluzione del procedimento, né dell'eventuale decisione di archiviare, né addirittura della stessa confessione di colpevolezza dell'accusato.

Gli ordinamenti che, dal polo opposto, consentono la costituzione di parte civile nel processo penale affermano, prevalentemente, di ispirarsi meramente ad una ragione pragmatica diretta alla tutela degli interessi del danneggiato ed escludono in modo espressamente dichiarato (com'è nel caso italiano) che essa risponda sia pure lontanamente al diverso principio «secondo cui deve consentirsi la partecipazione al processo della persona nei cui confronti l'accertamento è destinato a valere come verità oggettiva, con forza di giudicato».

Con ciò volendosi sottintendere che una partecipazione volta a fine differente da quello pratico della maggiore prontezza nella salvaguardia degli interessi civilistici del danneggiato sarebbe un fuor d'opera negativamente valutabile.

Ovviamente, le contraddizioni con tali principi di separazione non mancano di farsi rilevare.

In Francia, ad esempio, la permanenza della parte civile nel processo penale, anche dopo l'avvenuto risarcimento del danno da parte dell'imputato, sottolinea con buona evidenza e sul piano strettamente penale un aspetto per così dire «vendicativo» dell'istituto.

In Germania, come si è già detto, la costituzione della parte civile quale «accusatore sussidiario» è ammessa sia pure solo per alcuni particolari e gravi reati.

Anche sotto tale ultimo profilo diversi sono i casi dell'Inghilterra e del Belgio. Nel primo paese, l'ordinamento, senza cessare di informarsi rigorosamente al principio dell'uguaglianza di armi tra accusa e difesa, consente alla vittima di un reato di adire direttamente il giudice, dopo il vaglio del «*Crown Prosecution Service*», nell'ipotesi, per la verità piuttosto remota, in cui l'accusa pubblica, per sue non indagabili valutazioni, non intenda avviare essa stessa il procedimento penale. La sussidiarietà nell'azione penale dell'iniziativa del privato danneggiato non intacca, in tale caso, il principio della «*par condicio*» tra accusa e difesa e può persino tornare utile per un parziale sgravio di lavoro dei pubblici accusatori. In Belgio, la situazione è ancora diversa: qui vige il principio della opportunità dell'azione penale rimessa alla valutazione del Procuratore del Re e la parte civile, per supplire all'eventuale inerzia del pubblico ministero, può mettere, essa stessa, in moto l'azione penale pubblica che sarà in tal caso decisa da un giudice — la «*chambre du conseil*» — e non dal pubblico ministero.

Un aspetto ulteriore del delicato rapporto tra azione penale ed azione civile per lo stesso fatto è dato dalla possibilità di intervento a scopo risarcitorio per enti titolari di interessi collettivi.

La giurisprudenza dei paesi in cui la costituzione di parte civile nel processo penale è ammessa, tende ad allargare sempre di più i confini dell'intervento, con conseguenze ulteriormente significative sia sul piano della «*par condicio*» tra accusa e difesa che su quello della complicazione e lungaggine della causa.

Il processo di integrazione in atto nell'Unione europea conferisce ulteriore delicatezza ad un problema che per le conseguenze che ne derivano è già di per sé meritevole della massima attenzione da parte di politici e giuristi interessati alla politica giudiziaria.

Aprire un dibattito su questo tema appare, quindi, come un'esigenza improcrastinabile soprattutto dopo le recenti iniziative di Strasburgo ed italiane (c.d. legge Pinto) sulla equa riparazione per i ritardi processuali.

E soprattutto dopo che qualche giudice, sia pure con insoddisfacente motivazione, ha ritenuto di richiamare l'attenzione sulla inadeguatezza della soluzione italiana ai principi del giusto equilibrio tra accusa e difesa, sollevando dubbi sulla legittimità costituzionale delle norme che prevedono la costituzione di parte civile nel processo penale.

Anche se in realtà il problema non sembra potersi porre sotto il profilo della legittimità e della conformità dell'intervento al dettato costituzionale, sembra opportuno porlo sotto quello, di ben altra natura, di una corretta politica giudiziaria ai fini dell'integrazione europea, della snellezza e rapidità dei processi, dell'attuazione del principio costituzionale del «giusto processo» e del rispetto dei diritti fondamentali dell'Uomo.

La questione non è priva di riflessi indiretti anche per l'Avvocatura dello Stato che, attraverso le costituzioni di parte civile nei processi penali, subisce un aggravio notevole di lavoro, reso più ingiustificato, sotto il profilo del rapporto costo-benefici, dal fatto che con minore dispendio di energie (si pensi alla defatigante presenza, e non solo in aula, di uno o più avvocati dello Stato per le molteplici incombenze legate alla strutturazione complessa, propria del processo penale) in sede civile sarebbe possibile ottenere lo stesso risultato. Tanto più che nella stragrande maggioranza dei casi il giudice penale si limita proprio a rinviare la parte davanti al giudice civile per la liquidazione del danno che eventualmente ritenga sussistente.

Giovanni Maria Flick. L'Avvocato Generale ha impostato il problema tanto bene da stimolarmi ad una serie di brevi riflessioni, da proporre come possibili interrogativi agli amici che interverranno, per poi ascoltare e meditare le loro risposte: e ciò, naturalmente, senza derogare alla premessa di doveroso riserbo che ho avanzato in precedenza.

Muoviamo, dunque, da una parte civile che si afferma storicamente sul tronco del processo di tipo inquisitorio, caratterizzato dai principi di unità della giurisdizione e di prevalenza del giudizio penale (in quanto finalizzato alla ricerca della «verità materiale»), con conseguente pregiudizialità necessaria del processo penale rispetto a quello civile di danno: pregiudizialità da cui deriva la necessità di ospitare l'azione civile nell'ambito del processo penale, al fine di evitare che essa resti paralizzata durante il corso di questo.

Stiamo effettuando la «lunga marcia» verso un processo accusatorio, ispirato a principi opposti: separazione dei giudizi, indipendenza del giudizio civile, celerità ed immediatezza come esigenze di fondo del processo penale. Ricordo ancora, al riguardo, il parere della Commissione consultiva sul progetto preliminare del codice di procedura penale del 1978, che esprimeva perplessità circa la scelta di far entrare l'azione civile nel processo penale.

L'Avvocato Generale ha richiamato con molta precisione le ragioni pro e contro l'unico processo.

Le ragioni pro: l'economia processuale, con la celebrazione di un solo processo, in luogo di due, evitando costose duplicazioni di attività istruttorie; l'uniformità dei giudicati; la tutela più sollecita della vittima del reato.

Le ragioni contro: l'economia processuale è solo apparente, perché l'intervento della parte civile nel processo penale lo appesantisce, secondo la vecchia regola per cui in natura e nel diritto nulla si crea e nulla si distrugge, e quello che si guadagna da un lato lo si perde dall'altro. E, d'altra parte, la stessa duplicazione del giudizio viene evitata raramente, perché di solito in sede penale si accerta soltanto l'*an debeat*, mentre per la determinazione del *quantum* si va quasi sempre dal giudice civile.

Inoltre — e lo vedo nella mia esperienza di giudice costituzionale — l'azione civile, una volta ospitata nel processo penale, finisce per essere in parte sacrificata alle sue esigenze ed alle sue regole. Ed ancora: la parte civile lucra un privilegio che non è dato a chi esercita l'azione civile nella sua sede naturale, in quanto può contare, per realizzare i propri obiettivi, sull'attività investigativa svolta dagli organi inquirenti, mentre davanti al giudice civile si tro-

verebbe integralmente gravata dall'onere della prova. Ha dunque un vantaggio, ma lo ricambia, perché rafforza il pubblico ministero, assumendo spesso il ruolo di «accusa privata», fiancheggiatrice di quella pubblica: penso, al riguardo, soprattutto alle ipotesi emblematiche in cui le richieste risarcitorie passano in secondo piano, come quando viene chiesto un risarcimento *nummo uno* o ci si impegna a devolvere la somma liquidata a fini di utilità sociale.

Si è sostenuto, altresì — e lo ha ricordato già l'Avvocato Generale — che la presenza di parte civile nel processo penale può provocare effetti di suggestione, in rapporto all'aspirazione del giudice a rendere comunque giustizia alla vittima, che di solito coincide con la parte civile.

In tale situazione, le domande che vorrei porre agli amici politici ed esperti riguardano la tenuta e la validità della soluzione eclettica adottata nel nostro sistema, per cui, da un lato, sulla scia della tradizione, viene conservata la possibilità per il danneggiato di promuovere l'azione civile in sede penale; ma, dall'altro lato, tale iniziativa viene configurata come meramente facoltativa rispetto al promovimento dell'azione civile nella sede sua propria anche in pendenza del procedimento penale: favorendosi, anzi, tra le due opzioni, la seconda (*favor separationis*). Mentre, poi, si è cercato di depurare, almeno in astratto, la parte civile dai profili di ambivalenza — attore civile-accusa privata — attribuendo una serie di poteri sia alla persona offesa dal reato in quanto tale, sia agli enti rappresentativi di interessi lesi dal reato: onde dovrebbero essere questi i soggetti che, nella sistematica del codice, incarnano l'interesse della vittima alla punizione del colpevole.

Qualcuno ha sollevato però il dubbio — lo dico come mera constatazione, affidando l'esame del tema alle relazioni — che in questo sistema di compromesso convivano due principi ispiratori confliggenti: la disincentivazione e il garantismo. All'accentuata tendenza a far rifluire l'azione risarcitoria fuori del processo penale (disincentivazione) corrisponde, infatti, un doveroso e sensibile rafforzamento delle garanzie processuali della parte civile, una volta costituita, che fa acquistare alla stessa la veste di contraddittore quasi paritetico dell'imputato: quindi garantismo, che in qualche modo contraddice alla disincentivazione.

Ora, qual è il vostro giudizio su questo assetto? E qual è, soprattutto, il vostro giudizio alla luce dell'art. 111 Cost., che sancisce, da un lato, la parità delle parti, e, dall'altro, la ragionevole durata del processo?

Vedo che il primo a parlare sarà il senatore Prof. Guido Calvi, al quale do la parola, chiedendo scusa per queste brevi ed asettiche — ma, vi assicuro, molto sentite — riflessioni e domande preliminari che vi ho affidato.

Guido Calvi. Giovanni Maria Flick ha posto con rigore problemi che sono al centro della nostra conversazione e della nostra riflessione. Vorrei dire subito di non credere che la scelta del legislatore dell'89 sia stata un compromesso. Credo invece sia stata un forte passo in avanti che però non ha trovato gli ulteriori e necessari sviluppi ma è andato involvendosi sempre più in contraddizioni che hanno radicato la presenza asistemica di elementi di diversi modelli processuali. E allora tenterò brevemente di ricostruire, sia

pure in termini di teoria generale, il problema della parte civile. La dottrina ha elaborato in tema proprio di parti del processo un assai ricco apparato di classificazioni di concetti nei quali è riflesso nient'altro che il mutare del modo di considerare in termini generali i problemi del processo penale. In via molto sintetica solitamente si conclude dicendo che la parte civile è un istituto necessario in un sistema inquisitorio, mentre invece è da escludere in un sistema accusatorio. È una semplificazione, in parte vera, ma non del tutto soddisfacente. Ritengo invece che i temi su cui affrontare le domande che ci sono state poste per trovare una possibile soluzione siano altri, e più precisamente due.

Il primo è la disciplina delle parti nel processo e il secondo è il rapporto tra processo civile e processo penale.

Non è sufficiente affermare che il processo di parti è un processo attinente al modello accusatorio, mentre un processo non di parti attiene al modello inquisitorio, perché anche quest'ultimo è un processo di parti. Il problema è valutare quali siano i poteri che le parti hanno all'interno dei singoli sistemi. Molto brevemente ricostruirò come nasce l'istituto.

Sappiamo che l'istituto della parte civile nasce in Francia e fu Guilloit che commentando *l'ordonnance criminelle* (l'art. 63) scriveva che il nucleo della disciplina dettata nel codice criminale si fonda sulla possibilità che chiunque si ritenga lesa dal reato può costituirsi *part civile devant le juge d'instruction*. È la prima formulazione chiara e netta della costituzione di parte civile. Naturalmente è entrata nel nostro ordinamento attraverso i codici napoleonici e poi il codice sardo. Il gran merito del codice Rocco è nell'aver per primo dato una sistemazione ampia e comprensiva del problema delle parti. Costruzione certamente soddisfacente dal punto di vista sistematico ma non soddisfacente, ovviamente, dal punto di vista ideologico, per rendere, come dire, in sintesi, la censura che è stata mossa a questo tipo di processo.

Basterebbe ricordare quanto scriveva Manzini: nel processo penale, «rispetto al suo contenuto caratteristico, cioè per quanto attiene al suo contenuto penale, non vi sono parti nel senso del processo civile. Il processo penale come il processo proprio della cosiddetta giustizia amministrativa è, se pur così si può dire, un processo a parte unica (l'imputato), giacché l'accusatore è parte soltanto in senso formale». Insomma è sì un processo di parti però una parte, come affermava Mayer, l'imputato, non è parte ma è fonte di prova. Il pubblico ministero non può essere parte perché rappresenta lo Stato e lo Stato non è parte. Quindi, come vedete, è una sistemazione molto speciale, in cui vi sono parti ma in realtà l'unica parte vera è la parte civile, che si chiama proprio così, le altre non sono parti. Quindi possiamo concludere che in un sistema inquisitorio qual'è il codice Rocco, non siamo in un processo di parti. È qui il nodo vero del nostro sistema. Invece il nuovo codice ha voluto un radicale mutamento di questo quadro. Poco fa Flick ricordava, e giustamente, che l'istituto della costituzione di parte civile è connesso ad alcuni principi: il principio della unità della giurisdizione e della prevalenza del processo penale. Però sono assiomi che hanno un valore circo-

scritto e ambiguo, valgono nel senso che si può esattamente affermare il contrario. Non c'è nulla che consenta di affermare che il processo penale deve comunque prevalere. Medesima considerazione riguarda l'unità della giurisdizione.

Non capisco perché non possono esserci conflitti di giurisdizione: basti pensare al processo Simpson negli Stati Uniti, assolto nel penale e condannato nel civile; non scandalizza un conflitto di questo genere, però se si afferma che caposaldo nel nostro ordinamento è questo tipo di principio è chiaro che il legislatore deve assolutamente ammettere la partecipazione del danneggiato al processo penale.

Ho forti riserve sulla necessità della presenza della parte civile nel processo penale.

Spesso è una presenza che turba un equilibrio, nel senso che può influenzare in qualche modo il giudice. Basti pensare a quando la parte civile conclude chiedendo un risarcimento simbolico. È chiaro che la finalità della sua presenza non attiene al risarcimento ma attiene alla condanna dell'imputato, snaturando quindi, completamente la finalità e l'equilibrio del processo. In realtà, e qui la grande novità, il nuovo processo penale è venuto meno al rigore dei principi di cui si faceva cenno poco fa, perché in realtà è venuta meno la pregiudizialità necessaria e questo era il secondo tema, il rapporto processo civile, processo penale.

Se c'è una pregiudizialità necessaria in quanto si presuppone l'unità della giurisdizione è chiaro che, venuto meno il principio della pregiudizialità necessaria, viene meno anche il principio della unità della giurisdizione. Quindi, credo che sia stato un forte passo avanti il fatto che il legislatore abbia ritenuto preferibile rimettere allo stesso danneggiato la valutazione della concreta opportunità di seguire l'una o l'altra strada, cioè avvalersi nel processo penale degli strumenti di indagine e dei mezzi di acquisizione della prova oppure di avvalersi in sede civile delle presunzioni probatorie stabilite dalla legge in determinate materie. Ecco, a me sembra che questa scelta sia stata una scelta che meritava di avere sviluppi.

Quando il Parlamento ha deciso di modificare la Costituzione con l'art. 111 ha fatto una scelta non sempre sufficientemente compresa. Si è partiti dall'idea che la nostra carta costituzionale non definisce il modello del processo, a differenza di altre costituzioni. Nel nostro sistema non vi era una definizione di processo. Vi era una prima parte ove si stabilivano alcune garanzie per l'imputato e una seconda parte dove si approntavano taluni istituti, quale il Consiglio Superiore, a tutela della autonomia e della indipendenza della magistratura. Ma non si fissavano criteri per identificare un modello di processo. Di qui l'azione ondivaga della Corte Costituzionale. Occorre ricordare il forte impulso che ebbe la Corte nei primi anni '70 per rinnovare e rendere più garantito il processo.

Talune decisioni successive hanno stabilito non essere incostituzionale l'istituto del Pretore che era contemporaneamente Pubblico Ministero, giudice istruttore e giudice. E ciò derivava proprio dal fatto che non vi era un modello di processo.

Ora invece con l'art. 111 abbiamo voluto stabilire che nel nostro Paese il modello è un modello fondato sulla contrapposizione di parti le quali argomentano davanti ad un giudice terzo che dovrà decidere nella più piena indipendenza e autonomia. Quindi questo salto è stato fatto ed è stato fatto in modo assai mirato, al punto che all'interno poi del nostro sistema codicistico abbiamo ridescritto l'intero quadro dei criteri di valutazione della prova. È stato uno sforzo che ha visto contrapposti non tanto maggioranza e opposizione, ma Camera e Senato. L'elaborazione riformista era così seria e approfondita che non vi erano presunzioni di carattere politico e ideologico. Insomma il modello scelto dal Parlamento è stato quello del sistema accusatorio. È chiaro che sarebbe stato necessario uno sviluppo ulteriore del nostro sistema processual-penalistico nella direzione del sistema accusatorio. Per quello che riguarda la parte civile non vi è dubbio che a questo punto — eliminata la presunzione necessaria e stabilita questa forma di passaggio intermedio, per cui è rimessa alla parte offesa la scelta di costituirsi nel processo penale oppure di esercitare la sua azione risarcitoria soltanto nel sistema civilistico — un ulteriore passo, se non altro per una sistematicità nel nostro ordinamento, doveva essere quello di giungere a una scelta radicale, definitiva. Occorre addivenire ad un sistema nel quale il pubblico ministero rappresenta certamente la legge, e la parte offesa a questo punto ha la sede risarcitoria nel processo civile. È chiaro che l'unica influenza che il processo penale potrà avere nel processo civile è soltanto quando si accerta che l'imputato non ha commesso il fatto: in questo caso è chiaro che l'esercizio dell'azione civile subisce una regressione. Non è neanche vera l'obiezione che il problema della economicità diviene più modesto. I processi si raddoppiano, tanto è vero che in sede penale vi è una sopravvalutazione dell'operatività della parte civile che non ottiene sempre il risarcimento. Ottiene, talvolta, un risarcimento provvisorio, parziale, poi dovrà promuovere causa civile, se necessario. Quindi vi è in realtà una distonia che è tipica dell'intero nostro sistema ordinamentale. Cioè noi viviamo una stagione molto singolare perché abbiamo fatto una scelta radicale di modello ma non siamo stati ancora in grado di realizzarlo fino in fondo, e soprattutto abbiamo mantenuto all'interno del nostro sistema molte parti del vecchio sistema inquisitorio che si sono sovrapposte al nuovo sistema accusatorio, creando una situazione ormai insostenibile. Il processo è ingestibile per questa ragione. Non perché abbiamo scritto l'art. 111 della Costituzione, come spesso ci viene rimproverato, ma perché abbiamo fatto poi troppo poco. Dobbiamo eliminare quella parte residuale di sistema inquisitorio che permane. Voglio dire che tanto più forti sono i criteri di valutazione della prova e i poteri della difesa, tanto meno deve essere, per esempio, presente una impugnabilità tanto estesa da ridursi ad una mera forma senza connotati sostanziali di garanzia.

L'impugnabilità così forte nel sistema inquisitorio nasceva proprio dal fatto che la difesa era espunta dall'istruttoria e non aveva poteri di accertamento. Ora con le investigazioni difensive, con la partecipazione ancora limitata ma certamente più forte, è chiaro che c'è una relativa incompatibilità con un sistema che invece era fondato sulla estraneità del difensore e quindi la garanzia era nella reiterazione della impugnazione al fine di verificare la

sussistenza o meno della veridicità o la congruità di quella sentenza. Quindi dobbiamo proseguire nella direzione che il sistema accusatorio esige, così la parte civile troverà nella sede più propria, che è quella civile, il riconoscimento dei suoi diritti. In realtà l'incongruità e l'erroneità di talune scelte del legislatore si sono fatte sentire nel momento in cui, dicevo poco fa, ci sono stati segni assai pregnanti, quando la Corte Costituzionale e il legislatore hanno inciso sulla sistematicità del nuovo codice. E allora nel momento in cui nel nostro sistema, con il nuovo codice, si elimina la pregiudizialità necessaria e quindi, si stabilisce il limite entro cui ci si può costituire parte civile, si distingue tra parte offesa e parte danneggiata, c'è una sistemazione nuova che preclude ad una revisione della presenza della parte civile nel processo penale. Nel contempo, proprio dal '91 in poi, vi sono leggi sulle quali occorre riflettere.

Quando ad esempio con la legge 157 del '91 si afferma che la CONSOB è ammessa ad esercitare i diritti e le facoltà attribuiti dal codice di procedura penale alla persona offesa dal reato nonché le facoltà consentite dagli articoli 505 e 511, è chiaro che si inserisce un cuneo nella sistematicità del nostro ordinamento. Nel momento in cui si tende ad allontanare la presenza non sempre utile all'interno del processo penale di parti civili, ecco che improvvisamente si stabilisce che la CONSOB può essere presente nel processo. Ma ancora, vi sono leggi assai preoccupanti, proprio perché c'è una totale obliterazione degli indirizzi generali del codice di procedura penale e del contenuto soprattutto dell'art. 212 delle disposizioni di attuazione. Infatti la legge 188 del '90 sulla tutela della ceramica artistica tradizionale riconosce il diritto di costituirsi parte civile nei procedimenti penali relativi all'uso illegittimo del marchio. E ancora la legge 5 febbraio '92, la 104, legge quadro per l'assistenza e l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, ha attribuito tale potere al difensore civico e alle associazioni, alle quali risulta iscritta la persona handicappata.

In altre parole, a fronte della rinnovazione sistematica del nostro codice il legislatore ha inserito tutta una serie di devianze che hanno fortemente inciso sulla sistematicità della normativa. Il primo effetto è che la giurisprudenza si è sempre di più allargata nella ammissibilità della presenza della parte offesa nel processo penale. Non voglio togliere ancora tempo alla riflessione dei miei colleghi, però la mia preoccupazione è che, di fronte a scelte molto lineari che vanno dal codice del 1989 fino alla riforma del giusto processo, in realtà vi è una cultura giurisprudenziale e una politica del diritto che hanno inciso negativamente su quello sviluppo. È inevitabile andare verso la direzione che noi tutti auspichiamo, di un sistema accusatorio. E allora occorre essere molto chiari: nel sistema accusatorio la parte civile esercita i suoi diritti nella sede processual-civilistica e non ha ingerenza nel processo penale dove, in un processo di parti, come diceva Calamandrei, vi sono due parti contrapposte e, ovviamente, le parti contrapposte sono l'imputato e il Pubblico Ministero. Si dovrà accertare la congruità dell'accusa, la fondatezza dell'accusa, l'esistenza di elementi di prova contro l'imputato e accertare la verità processuale, naturalmente, di quanto è addebitato all'imputato. Questo è il processo penale, processo penale e dibattimentale che dev'essere residuale rispetto all'intero sistema di controllo. Il dibattimento dev'essere un momento assolutamente centrale nel processo.

In questo quadro la parte civile è totalmente estranea. Quindi siamo in una situazione difficile, di passaggio ambiguo, nel quale o recuperiamo una coerenza sistematica oppure ci ritroveremo ancora una volta in una condizione equivoca, in un processo che non è accusatorio, non è più inquisitorio ma non è ancora accusatorio.

Giovanni Maria Flick. Guido Calvi è stato affascinante, e mi ha confermato qualche cosa che sto scoprendo nella mia esperienza di giudice costituzionale: quanto sia interessante il momento culturale che stiamo vivendo nella transizione del nostro processo. Interessante e affascinante al di là delle polemiche doverose e della dialettica, proprio perché quello che io incautamente avevo definito come un compromesso, il professor Calvi lo ha definito come un passo avanti, mettendo però subito in evidenza tutti i passi indietro che sono stati fatti in questa sorta di «quadriglia», a conferma della vecchia tesi del bicchiere mezzo pieno e mezzo vuoto.

Ecco, io vorrei girare agli amici che seguono una domanda che nasce dalla riflessione di Guido Calvi e anche un po' da una constatazione fatta dall'avvocato Mazzella.

Quest'ultimo ci dice che dobbiamo fare i conti con l'Europa. È vero: nello spazio giuridico europeo dovremmo avere strumenti processuali ragionevolmente omogenei. Io allargo, però, un po' il panorama, se così posso dire. Io credo che dobbiamo anche fare i conti con il mondo, cioè con la globalizzazione.

Fino a qualche tempo fa il problema di fondo del nostro processo stava nella domanda, che tutti ci ponevano, se fossimo di fronte alla sostanzializzazione del processo o alla processualizzazione del diritto penale sostanziale. Ci chiedevamo, cioè: ma esiste ancora un diritto penale sostanziale, o esiste ormai solo un diritto processuale, e le regole sostanziali vivono e vengono formate in tanto in quanto c'è un processo che le applichi?

Direi che abbiamo forse un po' superato questa prospettiva di riflessione, e che dobbiamo porci attualmente un'altra domanda: qual è il ruolo del processo in un contesto di globalizzazione? Contesto nel quale, con la crisi dello Stato, della sua sovranità, del suo collegamento col territorio, sta andando in crisi anche il diritto, e in particolare il diritto penale, cui si sostituisce, da un lato, un diritto premiale, e, dall'altro, l'aspirazione ad un diritto «del consenso» e «della contrattualizzazione». In tempi di globalizzazione, tutti ci domandiamo qual è ancora il ruolo delle regole statali a cui eravamo abituati, in un contesto in cui le vere regole vengono fatte dalla *lex mercatoria*, dalla dimensione del mercato, da tutti gli esponenti della realtà sovranazionale che caratterizzano la globalizzazione stessa.

Mi è piaciuto molto il riferimento alle origini di Guido Calvi. Voi sapete cosa dice Orwell: «chi controlla il passato, controlla il futuro»; però aggiunge anche: «Ma chi controlla il presente controlla il passato». Ed allora, in questo momento — e giro la domanda per primo a Paolo di Tarsia — dobbiamo fare i conti anche con questa dimensione nuova del presente, per risolvere il problema che io avevo posto molto rozzamente e che Guido Calvi ha meglio definito.

Paolo Vittorio di Tarsia di Belmonte. Non so se dalla stessa intestazione della tavola rotonda o dalla breve nota del biglietto d'invito e dall'introduzione al dibattito da parte dell'Avvocato Generale dello Stato sia ragionevole desumere che sussista qualche dubbio sull'opportunità di mantenere, modificare o escludere la possibilità dell'inserimento dell'azione civile nel processo penale. Senz'altro il tema stimola una valutazione critica, come abbiamo sentito nell'intervento di Guido Calvi e su questa linea io esporrò le mie brevi osservazioni. Vedete, nel sistema italiano la previsione della presenza della parte civile è una costante: era prevista nel codice del 1913 (Finocchiaro Aprile), in quello del 1931, il codice Rocco ed è prevista in quello vigente, che pur tuttavia ha segnato il passaggio dal sistema inquisitorio a quello accusatorio. Le ragioni che avevano ed hanno sorretto questa scelta legislativa sono comunemente indicate nella necessità, come ha già ricordato Giovanni Maria Flick, per quanto possibile, di evitare contrasti di giudicati in ossequio al principio dell'unità della giurisdizione, e quindi nella opportunità della devoluzione al giudice penale della cognizione sia del reato e della responsabilità dell'imputato, che della pretesa risarcitoria avanzata della persona offesa o dal danneggiato, e infine, nella opportunità di offrire, a chi dal reato commesso abbia subito danni, il vantaggio di inserire la sua azione civile nel processo penale, vantaggio che non è solo quello dei tempi più brevi di questo rispetto al processo civile, ma è soprattutto quello rappresentato dalle più ampie possibilità offerte alla parte civile nell'assunzione delle prove e dai poteri ad essa riconosciuti nel processo penale. Basti pensare al sussidio fondamentale del pubblico ministero nella ricerca della prova, di cui la parte civile si giova, alla coralità dell'istruttoria dibattimentale, al costante controllo del giudice, al sistema dell'esame e del controesame dei testimoni, dei consulenti tecnici e dell'imputato.

Dirò fra poco che nessuna di queste ragioni è così graniticamente valida da rendere «non discutibile» la scelta del legislatore, ma vorrei dapprima dar ragione di questa affermazione e di quel che esporrò poi, con alcune osservazioni sulle caratteristiche dell'azione civile inserita nel processo penale. Essa è accessoria, nel senso di accidentale, subordinata ed imminente. Accidentale, non essenziale, senza alcuna possibilità di essere accolta se il giudice non emette una sentenza di condanna; è ancora accessoria, perché subordinata alle esigenze dell'accertamento penale (v. ad es. l'inoppugnabilità delle decisioni che escludono la costituzione di parte civile e la non incidenza, sul regolare sviluppo del processo, della sua mancata comparizione: art. 102 c. Rocco).

Ciò era evidente già nel codice del 1913, che pur tuttavia dava ampio spazio alle pretese civilistiche nel processo penale (basti ricordare che allora la costituzione di parte civile era possibile fino a che non fosse compiuta l'assunzione delle prove e che il pubblico ministero poteva proporre istanza risarcitoria nell'interesse dell'offeso o del danneggiato non costituito parte civile salva la volontà contraria legalmente espressa, quando egli fosse minorenni o incapace così come poteva farlo con il codice Rocco: non più nel nuovo, in armonia con il nuovo sistema introdotto). E tuttavia nemmeno il codice del 1913 consentiva al giudice penale di conoscere dell'azione civile, quando l'azione penale fosse estinta o non potesse essere promossa o proseguita!

Il codice Rocco abbreviò poi sensibilmente il termine per la costituzione di parte civile — con l'evidente intento di evitare l'allungamento dei tempi del processo — consentendola fin quando non fossero per la prima volta compiute le formalità di apertura del dibattimento, mentre il codice vigente è ancora più significativamente impostato per la prevalenza del processo penale su ogni interesse privatistico, ché infatti esclude la partecipazione dell'offeso o del danneggiato durante tutta la fase delle indagini preliminari. La caratteristica della prevalenza dell'azione penale e della accessorietà della azione civile è anzi ancor più accentuata laddove, a prima vista, sembrerebbe il contrario. Ad esempio, l'inefficacia nei confronti del danneggiato (art. 404 C.P.P.), di una sentenza pronunciata sulla base di un incidente probatorio cui egli non sia stato in grado di partecipare (salvo che ne abbia fatto accettazione anche tacita) tutela sì, doverosamente, gli interessi del danneggiato o dell'offeso, ma al contempo rinsalda la priorità del processo penale.

Lo stesso sistema di garanzie offerte alla parte civile (vedi l'immanenza) è prova della sua subordinazione alle esigenze del processo penale, per evitare intralci al suo corso regolare: la parte civile può non essere presente, la legge le garantisce la validità dell'azione introdotta, anche se poi è assente e una decisione, purché concluda; ben diversa è situazione per la difesa dell'imputato, parte essenziale, come il pubblico ministero!

2. In questo quadro, dal quale emerge la priorità dell'esigenza di punire chi ha commesso dei crimini sul decidere della correlata pretesa risarcitoria della vittima o del danneggiato, mi pare più facile valutare criticamente, quasi corollario, quelle ragioni, che ho esposto all'inizio, della scelta legislativa di consentire la costituzione di parte civile.

Evitare il contrasto di giudicati è sicuramente un lodevole intento, ma di ridotta applicazione, possibile solo quando condizioni, diciamo ottimali, lo consentano sia nel processo penale sia in quello civile. L'inscindibilità delle cause, il litisconsorzio necessario in quest'ultimo, la riunione dei processi nel processo penale non escludono la possibilità di decisioni diverse o addirittura contrastanti. Sono le inevitabili conseguenze della pur indispensabile autorità del giudicato e dei suoi limiti oggettivi e soggettivi. Ogni sentenza è un'isola e l'*auctoritas rerum similiter iudicatarum*, quando pur ricorra, è di per sé la dimostrazione che al di là di un'autorità morale del giudicato non si riesce ad andare.

Questo poi quando si tratti della stessa giurisdizione, o civile, o penale, o amministrativa e non, come qui, di commistione fra giurisdizioni, perché le procedure, i modi di assunzione e di valutazione delle prove, gli scopi che i vari tipi di processo si propongono sono così diversi, che parlare di unità della giurisdizione è sostanzialmente una *fictio* e del resto una autorevole dottrina processualpenalistica osservava che non l'unità, ma taluni elementi comuni, come la terzietà — imparzialità del giudice sono caratteristiche delle giurisdizioni che pur restano diverse.

Si può perciò dubitare che quella dell'unità della giurisdizione possa essere un'esigenza da rispettare in sede di politica legislativa, quando ci si debba far carico delle soluzioni più idonee dei problemi concreti.

Nemmeno l'opportunità della devoluzione allo stesso giudice della cognizione del reato e della cognizione del danno può essere validamente sostenuta, in quanto una soluzione che attribuisca al giudice penale soltanto la cognizione del crimine e della responsabilità di chi lo ha commesso non copre spazi né lascia vuoti sui quali sia bene, in ipotesi, decidere contestualmente e contemporaneamente in una con l'accertamento della responsabilità civile. L'intensità del dolo o la gravità della colpa incidono sulla pena e non sulla pretesa risarcitoria e comunque le norme che sanciscono l'autorità del giudicato penale di condanna nel giudizio civile di danno superano ogni problematica.

3. Quanto infine all'opportunità di inserire l'azione civile nel processo penale occorre distinguere il sistema normativo dalle situazioni contingenti di fatto.

Sotto il primo aspetto, caduta — o ridotta nei non preoccupanti limiti dell'art. 75 c.p.p. III comma — la pregiudizialità penale che vigeva sotto i due codici di rito, è al contempo venuta meno la ragione di prevedere la costituzione di parte civile che serviva ad evitare al danneggiato o alla persona offesa l'attesa del passaggio in giudicato della sentenza penale, per iniziare o proseguire l'azione civile.

Non è questo tuttavia l'unico argomento normativo e sistematico, perché, dandosi carico anche delle varie teorie che sono state prospettate sulla natura dell'azione civile introdotta nel processo penale da quelle civilistiche, il cumulo delle azioni eterogenee, quella civile e quella penale riunite per connessione secondo il Manzini, a quella del litisconsorzio necessario secondo il Mortara, a quelle che vedono nella parte civile un coadiutore del pubblico ministero (*relazione al progetto del codice del 1913*) fino alle più recenti che più realisticamente tengono conto di un processo nel quale i maggiori poteri conferiti alle parti e quindi anche alla parte civile, hanno di fatto esteso l'intervento dell'azione civile in un ambito che oltrepassa la pretesa meramente risarcitoria, evidenziando un interesse della parte civile alla persecuzione del reo, si giunge al nocciolo del problema: questo è il più concreto vantaggio, difficile da valicare, offerto dal sistema alla parte civile, che però ne snatura l'azione! Ciò infatti non è nella lettera, né nella *ratio* delle norme che prevedono l'istituto e può snaturare ed inquinare anche il processo penale; ma mi riservo quest'aspetto ad una osservazione finale.

Quanto al secondo aspetto, quello di fatto, non so nemmeno se dobbiamo darcene carico in un convegno di diritto: non c'è dubbio che nelle lungaggini dei nostri processi, il processo penale non detiene la palma del più lento. Questa è spesso la considerazione che induce il danneggiato o la persona offesa alla costituzione di parte civile: sa che così otterrà in tempi più brevi che non di fronte al giudice civile una sentenza, auspicabilmente una sentenza che gli riconosca il diritto al risarcimento e, se è stato solerte nel dar prova dell'ammontare del danno, anche una sentenza che lo quantifichi. È però fuor di discussione che su questa base un legislatore non potrà mai regolare la sua condotta.

4. Fin qui, per quel che ho detto, potrei trarre una prima conclusione, nel senso che non vedrei ragioni che ostino, sul piano giuridico di sistema, a una scelta legislativa piuttosto che ad un'altra, nemmeno se mi addentrassi in un campo che non mi è familiare, quello del processo di unificazione del diritto in Europa, direzione verso la quale ci andiamo avviando con il progressivo superamento delle barriere nazionali e sul quale la nostra attenzione è richiamata dagli organizzatori del convegno.

Posso fare solo alcune osservazioni.

La prima è che le diversità in materia, come abbiamo sentito dall'introduzione dell'Avvocato Generale, sono molte e notevoli nei vari Stati d'Europa e superarle non sarà né breve né facile.

La seconda è che, trattandosi di un istituto che offre una soluzione alternativa nella tutela di un diritto fondamentale dell'individuo riconosciuto da convenzioni internazionali, ma non pregiudicandolo in alcun modo, qualunque sia la soluzione adottata dai singoli Stati (e cioè azione possibile solo in sede civile o alternativamente di fronte al giudice penale o di fronte al giudice civile) l'attenzione sul piano del diritto comunitario potrebbe non essere di primo livello.

Pur essendo l'attenzione nel settore del diritto penale in sede europea in uno stato più avanzato che non nel settore del diritto privato, poiché già vi sono impegni assunti a livello pattizio dagli Stati con il trattato di Amsterdam del 1997, mi sembra — potrei sbagliare — che quella normativa faccia riferimento alle esigenze sostanziali di libertà, sicurezza e giustizia dei cittadini, dettando disposizioni che impegnano gli Stati a prevenire e reprimere la criminalità organizzata, la tratta di esseri umani, il traffico di droga e di armi, soprattutto con strumenti di cooperazione. In altri termini l'indirizzo in campo europeo mi pare sia quello di superare sì il diritto nazionale per scopi sostanziali di giustizia e di cooperazione con l'istituzione di un diritto sopranazionale, con il quale però non potrà non coesistere un diritto nazionale, per lo meno per lungo tempo.

5. Questo quadro, così sostanzialmente in equilibrio, non si dà carico però di due ultime possibili obiezioni degne di attenzione.

La prima concerne la violazione nel sistema vigente del principio di parità fra accusa e difesa, che si realizzerebbe quando alla pubblica si affianca la privata accusa. Obiezione non peregrina, perché la questione della non manifesta infondatezza delle norme che prevedono la costituzione di parte civile è già stata sollevata da un giudice della Repubblica. Direi che a me sembra infondata perché quel principio di parità è garantito dall'art. 111 della Costituzione non con riferimento al numero delle parti o dei loro difensori, ma all'attribuzione e all'esercizio dei rispettivi poteri. È il contraddittorio sostanziale che il giusto processo deve garantire e strumento di questo è la parità dei poteri riconosciuti alle parti contrapposte. Chè altrimenti si dovrebbero prevedere nei processi con più imputati tanti pubblici ministeri quanti sono i primi o, ancora, un imputato potrebbe dolersi di avere come avversario non solo il pubblico ministero, ma anche coimputati in posizione di incompatibilità con lui o la parte civile dolersi di avere un solo difensore anziché due. Il processo non è una battaglia campale di uomini, ma di argomenti giuridici e di istruttoria!

Una seconda possibile obiezione potrebbe apparire più fondata: riservo il veleno nella coda!

Un profilo infatti che potrebbe far meditare proprio sull'opportunità di escludere la pretesa civilistica nel processo penale è il sostanziale scivolamento — come avevo già detto — dell'azione risarcitoria verso una funzione di accusa privata, quasi un ritorno a tempi remoti, una sorta di disciplina giudiziaria della vendetta della parte lesa. L'interesse della persona offesa o del danneggiato a sostenere l'accusa, *condicio sine qua non* del soddisfacimento del suo diritto, altera, specialmente nei reati di particolare rilevanza, la natura privatistica dell'azione e fa molto spesso del titolare dell'azione civile un fiancheggiatore del pubblico ministero.

In un sistema in cui la possibilità di intervento della parte civile è stata dilatata fino a comprendere le associazioni costituite a tutela dell'«interesse diffuso» o dei sindacati in procedimenti per reati in danno dei lavoratori, con una normativa del codice di rito che estende ad essi tale possibilità (art. 91 e 93 c.p.p.), con indirizzi giurisprudenziali che tendono ad ammettere la costituzione di parte civile in situazioni nelle quali potrebbe dubitarsi non solo della legittimazione ad agire, ma altresì dell'esistenza di un danno riferibile al soggetto che si pretende leso, mi pare, a dire quel che stò per dire, di andar controcorrente.

Poiché però il tema sollecita pensieri *de iure condendo*, dirò lo stesso che la costituzione di parte civile è prevista nei sistemi cui abbiamo accennato e nel nostro attuale, a tutela di interessi meramente privatistici, che questi passano sì attraverso il riconoscimento della responsabilità dell'imputato, ma che questo è il presupposto per l'accoglimento della domanda della parte civile e non il suo scopo, scopo che deve essere meramente risarcitorio, pena la accertabile mancanza di un interesse all'azione. Pensate alla richiesta di condanna *nummo uno!* Lo ha ricordato Guido Calvi! Con la quale, sotto l'apparenza nobile di un distacco dal vil denaro, si snatura l'azione civile, privandola di uno dei suoi requisiti fondamentali e facendola approdare ad una sorta di indignata azione popolare!

La figura dell'accusatore privato o sussidiario non solo è lontanissima dal concetto che abbiamo — o dovremmo avere — di parte civile ma, soprattutto, l'esercizio dell'azione penale di cui è titolare il pubblico ministero non ha bisogno dell'aiuto di privati né del possibile inquinamento provocato dall'intervento di un accusatore non tenuto al rispetto delle norme cui invece il pubblico ministero si deve attenere.

Questo potrebbe essere un argomento che sbilancia il quadro, facendo propendere verso l'opportunità di un'esclusione dell'azione civile nel processo penale!

Giovanni Maria Flick. Non posso entrare nella valutazione, o in parte della valutazione fatta da Paolo di Tarsia perché la questione di costituzionalità a cui lui si riferisce è in questo momento *sub iudice* alla Corte e tra l'altro sono io il relatore.

Paolo Vittorio di Tarsia di Belmonte. Non lo sapevo, altrimenti non l'avrei detto!

Giovanni Maria Flick. Per carità. Credo si vada delineando dalle parole dell'avvocato di Tarsia quello che aveva già tracciato Calvi. Di Tarsia parla addirittura di inquinamento: in questo momento, in cui viviamo una crisi del processo, e del processo penale in particolare, cerchiamo di riportarlo alla sua identità facendo opera di chiarezza. Non vi sono indicazioni tecniche vincolanti nell'uno o nell'altro senso: vi è soprattutto un problema di scelta politica nel senso più bello e più ampio del termine. E allora ci tengo a sentire anche Gaetano Pecorella. Chiedo scusa anticipatamente a Marini e a Frigo e a tutti voi se poi dovrò assentarmi perché gli aerei non attendono, ma ho ancora qualche frazione di tempo. Quindi non lo spreco ulteriormente parlando io e do subito la parola a Gaetano Pecorella.

Gaetano Pecorella. La mia vocazione di difensore mi indurrebbe a difendere questa parte civile che viene attaccata da tutte le parti e tuttavia devo dire francamente che dall'altro aspetto, la mia convinzione della incompatibilità tra la parte civile e il processo accusatorio mi porterà a conclusioni diverse. Intanto era inevitabile che, partendo dalla parte civile, si ponessero problemi ben più ampi e ben più profondi, cioè si ponesse il problema del processo e della natura e dell'identità del processo penale, come ricordava Giovanni Maria Flick. Dunque la domanda mi pare possa essere questa: qual è il posto della parte civile nella lunga marcia verso il processo accusatorio? Perché le soluzioni sono due e non ci sono vie di mezzo. La prima soluzione è quella di considerare la parte civile parte a tutti gli effetti. La norma costituzionale non distingue rispetto alla parità, lo ricordava appunto il Prof. Flick, e dunque applicando il 111 dovremmo pensare ad una parte civile che ha gli stessi diritti, le stesse posizioni del difensore. L'altra soluzione possibile è che la parte civile non ci sia più, che non sia più parte. Una soluzione intermedia credo che oggi non sia più accettabile. D'altra parte probabilmente il codice del 1988 con tutti i problemi che sono nati ha cercato di rendere compatibili dei principi che difficilmente potevano tra loro convivere. E credo che questo fosse inevitabile in quel momento. Inevitabile prima di tutto perché lo strappo con la storia della nostra cultura giuridica sarebbe stato troppo forte se la scelta fosse stata radicalmente nel senso del processo accusatorio. E probabilmente era inevitabile anche perché, come ricordava sempre il Prof. Flick, o forse Calvi, non vi era un modello nella nostra costituzione al quale ci si potesse ispirare. E allora il nostro processo è oggi un processo che vive alcune contraddizioni dalle quali dobbiamo uscire se vogliamo che il processo funzioni, ne cito alcune: per esempio, il nostro è un processo di parti, sulla parità delle parti e la terzietà del giudice nel quale però il giudice è ancora il *dominus* della prova e il *dominus* della prova nel momento in cui ammette e non ammette la prova. È il *dominus* della prova nel momento in cui, dopo che le parti hanno indicato le loro prove, sta al giudice in qualche modo fare un secondo processo sulla base della sua convinzione di quali prove devono essere acquisite. Quindi, per esempio, io credo questo sarà un punto che dovrà essere affrontato fra le

altre contraddizioni. Cioè, le prove devono essere nella signoria delle parti salvo naturalmente la loro pertinenza, questo per un limite logico. Ma un altro aspetto rilevante è quello della formazione della prova nel contraddittorio e quindi nel corso del dibattimento e il non aver tenuto conto di tutte le esigenze che vi sono di rendere il dibattimento breve, perché un dibattimento lontano dal momento del fatto rende impossibile la formazione della prova al dibattimento. E dunque, per esempio, un tema che ci aggancia al diritto penale è quello della prescrizione. Io credo dovremmo arrivare a delle soluzioni che rendano non interessante la prescrizione. Questo forse contrasta con cose che magari ho pensato e ho detto in passato, ma è una meditazione che va fatta. Se il dibattimento è destinato ad essere molto lungo (nell'aspettativa della prova), nell'aspettativa della prescrizione, diventa impossibile il contraddittorio. E allora probabilmente la via d'uscita deve essere quella di pensare, come in alcuni ordinamenti, ad una prescrizione breve nel corso delle indagini, per cui il pubblico ministero deve fare presto, ma il blocco della prescrizione dopo che inizia il dibattimento proprio per rendere possibile che il dibattimento sia breve, sia rapido, che questo è il presupposto appunto del dibattimento nell'accusatoria. E infine un ultimo aspetto, un'ultima contraddizione di cui ci dovremmo prima o poi occupare, è la formazione della prova nel contraddittorio e nell'oralità e il permanere dell'appello così come è oggi, per cui la decisione nasce dalla prova scritta anziché dalla prova orale e indubbiamente il processo accusatorio non conosce l'appello con le caratteristiche che abbiamo noi. E quindi, probabilmente, anche su questo si dovrà arrivare ad una soluzione che potrà essere per esempio, se non vogliamo eliminare l'appello radicalmente, un appello che sia orale solo se si rinnova la prova o al limite sia in camera di consiglio con l'appello scritto. Ma certamente non possiamo più avere un modello di processo che vive di contraddizioni tra principi incompatibili. E tra queste contraddizioni c'è naturalmente la presenza delle parti private. Ora un processo di parti, basato sulla parità delle parti, basti pensare alla *cross examination* è impossibile con una molteplicità di parti tra loro contrapposte e con interessi diversi. La *cross examination*, che è il cuore del processo penale, vive dal fatto che vi è una parte che utilizza il testimone a proprio favore e una controparte che cerca di distruggere la credibilità del testimone. Un processo dove compaiono contemporaneamente difensori, parti private, parti offese, lo Stato con il ruolo appunto dell'Avvocatura, è un processo in cui la *cross examination* non ha più senso e infatti non la si pratica, non esiste nella pratica del processo penale. Ma così altri aspetti: per esempio la concentrazione del dibattimento. Come si può pensare ad un dibattimento concentrato quando le parti che hanno diritto di intervenire sono così numerose? Il dibattimento si dilata necessariamente. Ora il codice dell'88 è stato appunto sollecitato e ispirato da molti valori, tutti apprezzabili, per esempio la presenza del sociale nel codice, delle esigenze sociali, gli enti e le associazioni rappresentative, che sicuramente sono momenti importanti, valori importanti, però rendono il processo penale qualcosa di diverso da quello che dovrebbe essere, una specie di contesa talora politica anziché una contesa giudiziaria. E così la presenza della persona offesa con una serie di diritti, per cui abbiamo la parte

civile, gli enti rappresentativi, la persona offesa e poi, con le riforme anche relative alla connessione tra procedimenti, un numero sconfinato di imputati. Tutto questo ha comportato un affollarsi all'interno del processo di un numero di soggetti che lo rendono ingestibile. Ecco, questo mi pare che sia il quadro attuale. Quando viceversa, è già stato detto, il processo penale dovrebbe essere un processo semplice nel quale vi è chi fa valere la pretesa punitiva e chi si oppone alla pretesa punitiva. Ora, quali sono gli effetti pratici oggi di un processo così affollato di parti, soprattutto di parti private? Ma prima di tutto si pensi alle notifiche. Naturalmente se si moltiplicano le parti, si moltiplicano le notifiche, per cui i tempi si allungano sulle notifiche. L'effetto è che spesso la nullità di qualcuna di queste notifiche comporta che il processo non si possa fare. I tempi processuali diventano sconfinati, perché ogni parte esercita i suoi diritti pienamente come è logico se è parte del processo, però questo rende i tempi processuali ingovernabili. Le nullità che si moltiplicano, perché mentre le nullità che riguardano il pubblico ministero e la difesa possono essere contenute, quando queste si moltiplicano poi su tutta una serie di altri soggetti, naturalmente alla fine possiamo avere un processo che viene distrutto per la presenza di soggetti ulteriori rispetto a quelli essenziali. E così, dicevo, ancora la *cross examination*, che come punto, come cuore del processo penale richiede due parti soltanto contrapposte. E infine, lo si è già detto, la disparità tra accusa e difesa. Io credo che il processo accusatorio, il modello del 111, sia quello di un processo che deve essere snello, breve per poter consentire la formazione della prova al dibattimento, con due sole parti, e con l'eliminazione di tutta una serie di formalità che si collegano proprio alla molteplicità delle parti presenti. In questo quadro, poi, il problema del ruolo e della presenza dell'Avvocatura dello Stato si carica di ulteriori ragioni negative. Perché c'è stato già un cenno nella relazione introduttiva. L'Avvocatura dello Stato finisce per essere nel processo condizionata da alcuni aspetti. Per esempio l'aspetto politico. Come è noto, l'Avvocatura dello Stato si può costituire nel processo penale solo su autorizzazione del Presidente del Consiglio. Credo sia abbastanza inevitabile che il Presidente del Consiglio, cioè la parte politica che governa il paese, in qualche misura non possa non tener conto nella costituzione di interessi collettivi o di interessi politici, di interessi di parte. Quindi da questo punto di vista si possono determinare delle disparità degli interventi all'interno del processo penale. E poi l'altro profilo è la duplicazione dell'impegno e dei costi all'interno dello Stato. Cioè lo Stato è presente con soggetti che fanno riferimento al pubblico ministero, soggetti che fanno riferimento all'Avvocatura dello Stato. Con l'effetto di duplicare la presenza dello Stato e i costi per lo Stato. O talora magari il contrasto, perché non si può escludere, proprio anche per quel legame politico che intercorre anche tra Avvocatura dello Stato e Governo, che nasca persino un contrasto tra pubblico ministero e Avvocatura. Il che certo non è nell'interesse del sistema e dell'armonia dell'intervento dello Stato. E dunque a me pare che su questo punto, a parte i temi generali, sarebbe urgente pensare ad una soluzione completamente diversa da quella attuale.

E cioè pensare di affidare anche la rappresentanza e la difesa degli interessi patrimoniali dello Stato al pubblico ministero, il quale non c'è motivo per cui non possa concludere anche in relazione al danno subito dallo Stato.

Credo che l'effetto sarebbe quello di ridurre il numero delle parti, ridurre i costi per lo Stato, creare e dare coerenza all'intervento dello Stato nel processo penale e certamente sganciare la tutela degli interessi patrimoniali, che talora e spesso sono interessi di natura morale o politica, pensiamo alla costituzione in molti processi, nei processi di strage o nei processi di corruzione, e quindi affidare al pubblico ministero che è, e deve restare sganciato dal potere esecutivo, il compito di rappresentare sia gli interessi della collettività sia, più specificamente, gli interessi dello Stato dal punto di vista patrimoniale. Ecco, in questa rapida carrellata che ho cercato di tenere in tempi brevi, credo che siamo arrivati al punto di dover fare una scelta definitiva, cioè portare avanti questa lunga marcia tenendo conto che il sistema è unitario. Non si può, come sta succedendo ora, affrontare i problemi dell'adeguamento del processo al modello accusatorio considerando ora un aspetto, ora un altro e naturalmente creando ulteriori contraddizioni all'interno del processo penale. Dunque se lo scopo di tutti, lo scopo che abbiamo in comune, è far sì che il giusto processo da principio costituzionale diventi realtà quotidiana, da questo punto di vista vorrei fare soltanto un'ultima osservazione: chi eccede, chi esaspera i contrasti, crea difficoltà all'obiettivo di dare al nostro Paese, finalmente, un processo giusto come vuole la nostra Costituzione.

Luigi Mazzella. Do la parola all'Avv. Antonio Marini.

Antonio Marini. Sarà forse perché questo convegno si svolge in un ex convento, sarà forse perché la sua presenza nel processo penale è stata da sempre avversata o tutt'al più tollerata, certo è che mai come oggi si sono sentite tante campane suonare a morto contro la parte civile. Scusatemi se inizio questo mio intervento con questa metafora, ma essa rende bene l'idea della minaccia che incombe sulla parte civile, che molti vorrebbero sopprimere, estromettendola definitivamente dal processo penale. Gli interventi degli autorevoli relatori che mi hanno preceduto non lasciano dubbi in proposito: si vuole una netta separazione delle giurisdizioni, sulla scia di quegli ordinamenti di derivazione anglosassone, che escludono ogni commistione, nello stesso processo, di esigenze penalistiche e di istanze civilistiche, costringendo la persona offesa e danneggiata dal reato a rivolgersi al giudice civile per il risarcimento del danno derivante dal reato. E ciò sia per evitare che il problema del risarcimento del danno condizioni l'accertamento della responsabilità penale, sia per non alterare l'equilibrio delle forze in campo nel nuovo processo, di tipo accusatorio, fondato sulla parità delle parti, nel quale il ruolo dell'accusa è già assunto dal pubblico ministero. Ora, a me pare che il problema della costituzione della parte civile nel processo penale non possa essere semplificato nella mera contrapposizione tra sistema inquisitorio e sistema accusatorio, anche se sono in molti a ritenere che la permanenza della parte civile nel nuovo processo accusatorio è un retaggio della tradizione inquisitoria. Ma anche sotto il codice Rocco v'era chi nutriva una forte avversione nei confronti della parte civile, ritenendo che il pubblico ministero

dovesse essere il *dominus* assoluto dell'accusa. Uno di questi era il mio vecchio Presidente di Milano che vedeva come fumo negli occhi la costituzione della parte civile, che per lui costituiva soltanto un intralcio allo svolgimento del processo. All'epoca — eravamo negli anni '70 — ero giudice *a latere* in Corte di Assise e ricordo che ogni volta che in aula era presente la parte civile, egli si piegava verso di me e mettendosi la mano sulla bocca mi sibillava a denti stretti dentro l'orecchio: «c'è la parte civile, c'è la parte civile», manifestando così tutta la sua insofferenza per il ruolo che quella parte «privata» si accingeva a svolgere accanto alla parte «pubblica» rappresentata dal pubblico ministero, che egli riteneva l'unico legittimato a sostenere l'accusa nel dibattimento. L'insofferenza aumentava quando, in camera di consiglio, doveva cimentarsi con la mia ferma opposizione ad accogliere richieste di estromissione della parte civile, spesso infondate o comunque basate su veri e propri cavilli. E quando veniva messo in minoranza, scuro in volto, rientrava in aula a testa bassa e leggeva l'ordinanza di rigetto delle eccezioni con un tono di voce che lasciava trasparire il grande fastidio che provava a celebrare il processo con la partecipazione della parte civile. Io invece cercavo con lo sguardo il padre e la madre della giovane vittima del barbaro omicidio, che costituiva oggetto del processo, riuscendo a cogliere sui loro volti impietriti dal dolore, quel forte anelito di giustizia che soltanto chi ha subito un grave torto riesce a sprigionare e che trovava un preciso riscontro nella stessa formula di giuramento che i giudici popolari avevano pronunciato prima di insediarsi nel collegio giudicante, dichiarando con voce solenne, anche se rotta dall'emozione, di emettere una sentenza, quale la società l'attende: affermazione di verità e di giustizia.

E la società in quell'aula, tra quel pubblico, era rappresentata proprio da quella madre e da quel padre, che volevano soltanto giustizia e non vendetta. Del resto, le affermazioni sullo svolgimento del processo nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale, introdotte nell'art. 111 della Costituzione, con la riforma sul «giusto processo», unitamente ad altre affermazioni sulla funzione della giurisdizione, contenute in altre norme costituzionali, indicano chiaramente che il processo penale non consiste solo nell'accertamento dei fatti che costituiscono oggetto del reato e delle relative responsabilità, ma ha anche la funzione essenziale di accertare la verità e di rendere giustizia. La stessa Corte Costituzionale ha avuto più volte modo di affermare che il fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità. Se ciò è vero, è giusto negare l'ingresso nel processo penale alla vittima del reato che intende costituirsi parte civile, per soddisfare le sue legittime istanze di verità e di giustizia, sia pure collegate ad una pretesa risarcitoria del danno derivante dal reato, che spesso è soltanto simbolica? È giusto dire alla vittima del reato: tu non hai alcun titolo per partecipare al processo penale, se vuoi essere risarcita del danno che il reato ti ha cagionato rivolgiti al giudice civile, perché la sede naturale per soddisfare la tua pretesa risarcitoria è il processo civile? Avrei avuto piacere che a questo dibattito fosse stato invitato qualche familiare delle tante vittime del terrorismo o della mafia, per vedere o sentire quale impatto avrebbero avuto le

dotte argomentazioni dei miei illustri contraddittori sulla necessità di tenere separati i due processi, penale e civile, al fine di non alterare l'equilibrio delle parti, di non compromettere la necessaria serenità del giudice con istanze emotive, di non ostacolare il normale svolgimento del processo, rendendolo più lungo e complicato. Mi sarebbe piaciuto vedere, ad esempio, come avrebbe reagito la vedova Moro nel sentire simili argomentazioni. Lei che, insieme ai figli, si è sempre costituita parte civile nei vari processi celebrati contro i terroristi accusati di aver sequestrato e ucciso l'On.le Moro, non già per essere risarcita dal danno ma per sapere la verità, tutta la verità su quell'efferato delitto, sul quale gravavano pesanti ombre e sul quale forse non è stata fatta ancora piena luce. Secondo la visione che i miei contraddittori hanno del processo penale, la signora Moro, pur avendo diritto a sapere la verità, non avrebbe avuto alcun titolo per partecipare attivamente a quei processi, costituendosi parte civile, essendo portatrice soltanto di istanze civili che possono essere soddisfatte soltanto in un normale processo civile. La verità è che non vi può essere «giusto processo» senza la partecipazione attiva della persona offesa dal reato che, in quanto titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, è ontologicamente collegata non solo all'accertamento del fatto e delle relative responsabilità, ma anche all'accertamento della verità e all'affermazione della giustizia. Ed è per questa ragione che mi sono sempre opposto e continuerò ad oppormi ai ricorrenti tentativi di eliminare la parte civile, la cui presenza nel processo penale corrisponde ad una esigenza di giustizia sostanziale. Non a caso il nuovo codice, pur propendendo per la separazione dei due processi, permette comunque alla persona offesa e danneggiata dal reato di esercitare l'azione risarcitoria nel processo penale, che rispetto al processo civile è sicuramente lo strumento più efficace per accertare la verità e rendere giustizia. Il legislatore non poteva ignorare che l'illecito penale è profondamente diverso dall'illecito civile e che il titolo da cui derivano la responsabilità penale e civile è unico: e cioè il compimento di un reato. E quanto più il reato è grave, tanto più occorre tutelare chi ne è la vittima. Dando ingresso all'azione civile nel processo penale, si è anche tenuto conto che spesso la vittima del reato non è in grado di sopportare il peso economico e le difficoltà di accertamento che deriverebbero da un processo civile. Di fronte ad un grave delitto di mafia è difficile sostenere che l'azione risarcitoria deve essere esperita esclusivamente nel processo civile, che dovrebbe vedere il mafioso nella veste di «convenuto». Pretendere che la vittima di un reato di mafia provveda ad instaurare un normale processo civile per ottenere il risarcimento del danno, anticipando le spese del processo e affannandosi a trovare le prove della responsabilità di questo o quel mafioso, magari in un clima di forte intimidazione, è ragionare fuori dalla realtà. Invece, nel processo penale le prove sulla responsabilità del fatto e sui danni cagionati (almeno negli aspetti quantitativi che servono alla determinazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.p.) sono ricercate d'ufficio dal pubblico ministero. Naturalmente la parte civile ha un diritto autonomo di ricerca e di ammissione delle prove, tuttavia può sempre affidarsi all'iniziativa del pubblico ministero al quale spettano le scelte fondamentali nell'assunzione dei relativi mezzi di prova. Tuttavia, bisogna riconoscere che

la nuova normativa a tutela delle vittime dei reati è tutt'altro che soddisfacente. Restano lacune che la recente riforma sul «giusto processo» non ha provveduto a colmare. Avremmo voluto che la stessa attenzione che, in questi ultimi tempi, è stata mostrata per i diritti dell'imputato fosse stata rivolta anche verso i diritti delle vittime dei reati, correggendo un assetto normativo che esprime orientamenti contraddittori e contrastanti tra di loro. Per esempio, nella fase delle indagini preliminari, alla persona offesa il codice riconosce un ruolo meramente penalistico e cioè un interesse ad ottenere la persecuzione del colpevole del reato; viceversa alla persona offesa del reato che si sia costituita parte civile nell'udienza preliminare o in dibattimento, pretende di riconoscere un ruolo meramente civilistico, cioè un interesse ad ottenere solo il risarcimento del danno derivante dal reato. Dopo la formulazione dell'imputazione e la richiesta di rinvio a giudizio, i ruoli appaiono capovolti. La persona offesa non può partecipare all'udienza preliminare e all'eventuale dibattimento se, in quanto danneggiata dal reato, non si costituisce parte civile. Ma anche quando si costituisce parte civile viene relegata in una posizione ingiustamente subalterna rispetto sia al pubblico ministero che all'imputato. Vivaddio, se abbiamo voluto un processo di parti, che almeno le parti siano uguali tra loro! Non ci può essere una parte più uguale dell'altra! Fatta la scelta di ammettere la costituzione della parte civile nel processo penale, occorre essere coerenti fino in fondo, assicurando alla vittima del reato, costituita parte civile, una effettiva parità con le altre parti del processo. E coerenza vorrebbe che alla persona offesa fosse restituito il diritto di costituirsi parte civile fin dal momento in cui riceve l'informazione di garanzia, come accadeva nel previgente codice. L'aver eliminato la parte civile dalla fase delle indagini preliminari è stato un grave errore, che qualcuno vorrebbe perpetuare eliminando la parte civile anche dal dibattimento. I nuovi poteri processuali attribuiti dal nuovo codice alla persona offesa, in qualità di «soggetto» del procedimento, sono un pallido sostitutivo dei poteri che la parte civile esercitava sulla base del codice previgente. Basti pensare che oggi, nella fase delle indagini preliminari, la persona offesa non può neppure chiedere tempestivamente, quale premessa di un futuro effettivo risarcimento del danno, il sequestro conservativo sui beni dell'imputato; deve aspettare il tempo in cui può costituirsi parte civile, nell'udienza preliminare o nel dibattimento, quando magari i buoi sono già scappati dalla stalla. Ma v'è di più. L'impossibilità di costituirsi parte civile nella fase delle indagini preliminari, impedisce ingiustamente alla persona offesa l'esercizio del diritto alla prova in sede di incidente probatorio. Ne deriva che mentre la persona sottoposta alle indagini può rivolgersi direttamente al giudice per richiedere l'incidente probatorio, la persona offesa dal reato è invece costretta a rivolgersi al pubblico ministero, per sollecitarlo a prendere l'iniziativa per suo conto.

Se la richiesta viene respinta, la persona offesa non può nemmeno ricorrere al giudice impugnando il provvedimento negativo del pubblico ministero che è insindacabile. Non può neanche partecipare al contraddittorio sull'ammissibilità o sull'estensione dell'incidente probatorio, promosso autonomamente dall'indagato o dal pubblico ministero. Inoltre, all'udienza davanti al giudice non può rivolgere direttamente le domande alle persone sottoposte

ad esame. Stando così le cose, di fronte all'inerzia del pubblico ministero, il difensore di un minore di sedici anni, sottoposto a violenze o abusi sessuali da parte di un pedofilo, non ha la possibilità di rivolgersi direttamente al giudice per fare assumere la testimonianza del ragazzo nel momento in cui la memoria è più viva e nella sede più confacente alla sua età, come è la camera di consiglio in cui si svolge l'udienza dell'incidente probatorio, per evitargli, tra l'altro, la morbosa pubblicità del dibattimento. Ma «l'ingiustizia» maggiore nei confronti della persona offesa dal reato si consuma nella permanente impossibilità di richiedere direttamente l'incidente probatorio anche nella fase dell'udienza preliminare, nonostante che a seguito di una sentenza della Corte Costituzionale l'uso dell'incidente probatorio sia stato esteso a tale fase. Ne è derivato un sistema alquanto sbilanciato e poco coerente che ha finito per penalizzare ulteriormente la persona offesa dal reato. Non parliamo poi del patteggiamento. Ricordo che durante un convegno, svoltosi a Miami, negli Stati Uniti, alcuni studiosi americani mostravano tutta la loro meraviglia nell'apprendere che anche noi stavamo introducendo il patteggiamento nel nostro ordinamento. Negli USA, infatti, il patteggiamento è stato da sempre visto come un male necessario per far funzionare il sistema accusatorio, che altrimenti è destinato al fallimento. Quando scoppiò il «*Watergate*» ci fu una sorta di sollevazione popolare contro gli scandalosi patteggiamenti che furono fatti per chiudere l'affare dal punto di vista giudiziario. Diciamoci la verità: questa sorta di giustizia contrattata non piace a nessuno. Ed è triste constatare che per far funzionare il processo accusatorio, certamente più garantista di quello inquisitorio, bisogna ricorrere ad un siffatto strumento processuale che, al di là di altre considerazioni, penalizza fortemente le aspettative di giustizia della vittima del reato. Ora io dico: va bene il patteggiamento, anche se fa venire il mal di pancia. Vanno bene i vantaggi che si concedono all'imputato per incentivarlo a patteggiare. Ma perché penalizzare più di tanto la persona offesa e danneggiata dal reato, che si è costituita parte civile? Si è dovuto ricorrere alla Corte Costituzionale per correggere, almeno in parte, la stortura di quella norma che, in sede di patteggiamento, vieta al giudice qualsiasi decisione sulla domanda della parte civile. Con la riforma del '99, il legislatore ha recepito la censura della Corte Costituzionale, che non ha ritenuto legittimo addossare alla parte civile anche le spese della sua costituzione, in quanto la chiusura del procedimento penale, a seguito del patteggiamento, non dipende da una sua determinazione, sicché l'imputato può oggi essere condannato quantomeno al pagamento delle spese sostenute dalla vittima del reato per costituirsi parte civile. Resta comunque il fatto che il giudice non può decidere sulla richiesta di risarcimento derivante dal reato, neppure a titolo di provvisoria. Sicché, la vittima del reato è costretta ad iniziare un defatigante processo civile per vedere finalmente riconosciuta la sua pretesa risarcitoria, senza avere neppure il vantaggio di avvalersi della sentenza di condanna emessa in sede di patteggiamento, perché tale sentenza non ha alcuna efficacia di giudicato nel giudizio civile. E ciò perché il patteggiamento, pur presupponendo una implicita ammissione di responsabilità, non richiede un'espressa ammissione di colpevolezza da parte dell'imputato. Sembra un gioco di parole, ma è pro-

prio così! Ora, ognuno vede come questa scelta legislativa sia poco ragionevole e piuttosto ambigua. Ma soprattutto comporta una grave lesione dei diritti della parte civile, che oltre a non aver alcuna possibilità di opporsi al patteggiamento, si vede negata anche la possibilità di far valere la condanna dell'imputato in sede civile. Per equilibrare l'ago della bilancia basterebbe che la pronuncia della sentenza di patteggiamento fosse subordinata ad una chiara ammissione di responsabilità da parte dell'imputato, sulla scia dell'ordinamento statunitense, nel quale il patteggiamento (*blea bargaining*) presuppone una normale dichiarazione di colpevolezza (*guilty plea*), che produce i suoi effetti anche in sede civile, dove tale dichiarazione costituisce prova della responsabilità per i fatti cui si riferisce. A questo proposito, vale la pena di aggiungere che nell'ordinamento statunitense, a seguito di una serie di riforme dirette a tutelare anche nell'ambito del procedimento penale gli interessi patrimoniali delle vittime dei reati, la dichiarazione di colpevolezza contenuta nel patteggiamento, al pari dell'accertamento di responsabilità effettuata in sede dibattimentale, consente al giudice di emettere un provvedimento che dispone non solo la restituzione, ma anche il risarcimento del danno a favore della persona offesa del reato, risparmiando a quest'ultima l'esercizio di una autonoma azione in sede civile, in precedenza imposta dalla separazione delle giurisdizioni tipica degli ordinamenti di origine anglosassone.

Si può ben dire che si tratta di riforme di portata storica nell'assetto dei rapporti tra giurisdizioni, soprattutto qualora si consideri che si è arrivati a sancire una vera e propria autorità del giudicato penale nel giudizio civile per danni. Ed è curioso constatare che, mentre l'ordinamento statunitense si avvicina sempre più a soluzioni tendenti a privilegiare la giurisdizione penale rispetto a quella civile, l'ordinamento italiano si muove nella direzione opposta e cioè verso una più netta separazione tra giudizio penale e giudizio civile. Di qui l'adozione di una serie di disposizioni da parte del nuovo codice che tendono a «disincentivare» la costituzione di parte civile nel processo penale e a sacrificare, in nome della semplificazione del rito, la tutela dei suoi sacrosanti diritti, creando una disparità di trattamento tra imputato e offeso dal reato, che si va sempre più accentuando a seguito dell'esaltazione dei diritti dell'imputato in ogni stato e grado del procedimento. Con la conseguenza che, mentre i poteri processuali dell'imputato sono andati sempre più aumentando, quelli della persona offesa dal reato sono rimasti al palo: peraltro tollerati con un certo fastidio. Un altro esempio di questa disparità di trattamento è dato dal potere di impugnazione largamente riconosciuto all'imputato in caso di condanna, cui corrisponde un potere inspiegabilmente limitato attribuito alla parte civile in caso di assoluzione. Così accade che una persona che ha subito una rapina o magari l'uccisione di un familiare e si è costituita parte civile nel giudizio di primo grado per concorrere all'accertamento della responsabilità penale e civile dell'imputato, si vede negare il potere di impugnare autonomamente l'eventuale sentenza di assoluzione presso il giudice di appello. Di fronte all'inerzia del pubblico ministero, che non intende impugnare quella sentenza assolutoria, la parte civile ha solo la possibilità di presentare una richiesta per sollecitarlo a proporre impugna-

zione in sua vece. Se la richiesta non viene accolta, il giudizio di appello non può essere celebrato, con gravi effetti pregiudizievoli per la persona offesa del reato. A parte ogni considerazione sulla insindacabilità del provvedimento di rigetto della richiesta, appare evidente, in questo caso, la violazione del diritto della persona offesa ad ottenere un secondo giudizio, che potrebbe ribaltare il risultato di primo grado. Inoltre, la sentenza di assoluzione non impugnata diventa irrevocabile, acquistando efficacia preclusiva e vincolante nell'eventuale giudizio civile. Ciò significa che la persona offesa perde anche il diritto a ricorrere al giudice civile per ottenere il risarcimento dei danni morali e materiali. Concludendo, se c'è una parte che ha il diritto di invocare la piena attuazione dei principi costituzionali sui quali si fonda il «giusto processo», essa è la parte civile, relegata nel nuovo processo accusatorio in una posizione subalterna rispetto alle altre parti. Sicchè, l'unico modo per rendere effettiva la tanto ventilata parità delle parti nel processo è quella di assicurare alla persona offesa e danneggiata dal reato una tutela pari a quella garantita all'imputato, potenziando i poteri processuali della parte civile e respingendo ogni tentativo diretto a trasformarla in una sorta di Cenerentola o addirittura a sopprimerla.

Luigi Mazzella. Ringrazio l'avvocato Marini. Mi accorgo di avere fatto bene a qualificarlo avvocato. L'elemento di fortissima emozionalità che ha portato ad un tema che noi c'eravamo illusi di poter giudicare secondo linee razionali e l'intervento «focoso» ci hanno fatto capire che qui ci troviamo di fronte a fatti che possono essere esaminati anche sotto il profilo emotivo. Per la verità, non dovrei come Presidente dilungarmi oltre questo ringraziamento. Per il calore che ha portato nel suo intervento dico: avvocato Marini, grazie! Ma Marini mi ha chiamato direttamente in causa, citando un esempio che avevo portato per dimostrare che quello che si vuole evitare non è la difesa di certi interessi e di certe posizioni, ma è l'affollamento del giudizio. Il caso che ha citato dell'Inghilterra dimostra che quando il pubblico ministero non interviene, la parte privata può rendersi promotrice dell'azione, ma perché il pubblico ministero non c'è. Il discorso è che in effetti è inutile essere in tanti. L'altro discorso è che la fiducia che tutti gli interventi precedenti hanno dimostrato nel pubblico ministero, implicitamente ritenendolo, in quanto tale, unico capace di portare fino all'accertamento della verità il proprio compito, in qualche modo l'amico Marini l'ha smentito. Ha riconosciuto un ruolo a noi che ci costituiamo spesso parte civile, che non avevamo mai ritenuto di avere. Cioè quello di essere noi i controllori del pubblico ministero. Ciò ci riempie di gioia. Essere stati valutati nell'esercizio del nostro ruolo di patrocinatori della parte civile come controllori del pubblico ministero è un'affermazione di cui lo ringrazio perché è un'attestazione lusinghiera del nostro ruolo. Il problema però non è quello. Il problema è di vedere se dobbiamo continuare ad affollare le aule, a rendere complicati i processi, a prenderci le condanne di Strasburgo, a moltiplicare la legge Pinto (bis, tris), a continuare ad avere una situazione che non è paragonabile a

quella di altri Paesi, altri Paesi dove in effetti i toni molto calorosi dell'amico Marini fanno ritenere che la giustizia non sia perseguita e sono quei paesi che poi da altre parti ci dicono essere quelli dove c'è un esempio più maturo di democrazia. Sono proprio i paesi anglosassoni infatti che vengono portati ad esempio di una democrazia matura. Secondo invece il pubblico ministero Marini in quelle nazioni, non essendovi la costituzione di parte civile, le povere parti offese dal privato si troverebbero in una situazione da medioevo. Quindi il problema non è forse così emotivo come dal tuo intervento, caro Antonio, si può arguire. Il problema è di pura razionalità. Il problema è trovare un compromesso tra le esigenze di stabilire un giusto rapporto tra la parte accusatrice e i difensori. Di trovare dei giusti tempi per processi che non assumano le mega-proporzioni a cui siamo abituati. Leggiamo sui giornali di fascicoli che riempiono stanze intere di tribunali (e non si arriva mai alla sentenza). Sentiamo tutte queste cose dai giornali e anche qui, consenti anche a me di introdurre una nota emotiva, anche qui noi soffriamo perché in effetti non possiamo ritenere di essere in un paese civile se l'accertamento della verità, passa attraverso quintali di carte e spesso non arriva neanche alla sua conclusione. E allora, se possiamo snellire queste procedure, se possiamo trovare sistemi razionali che hanno reso altri paesi molto più aderenti alla realtà delle cose, capaci cioè di affrontare questi problemi senza dover sollecitare le leggi Pinto 1, 2, 3, quello che sia allora seguiamolo l'esempio di questi paesi e non ci nascondiamo la verità, cerchiamo invece di rimbocarci le maniche e di fare quello che sotto questo profilo si può fare.

Giuseppe Frigo (*). A chi arriva per ultimo, soprattutto quando i miei interlocutori sono stati sapienti e scrupolosi, non resta che spigolare qua e là.

Debbo dire che mi piace molto questa iniziativa dell'Avvocatura Generale che ha riproposto una riflessione su un argomento da tempo trascurato, quello dell'azione civile nel processo penale, anche se vi sono, e l'abbiamo sentito qui, in proposito problemi latenti, nodi irrisolti, che ogni tanto poi emergono sollecitati (e questo è male) soltanto da qualche caso concreto, magari di rilievo pubblico mediatico, la cui soluzione talora attinge risultati non del tutto soddisfacenti, perché si collocano troppo a ridosso dello stesso caso concreto, fuori da una visione sistematica e coerente. Io penso a soluzioni altalenanti che vanno tra la legislazione che, come ricordava Calvi, interviene volta per volta, ampliando il novero dei soggetti che possono entrare o irrompere nel processo penale anche attraverso lo strumento impropriamente utilizzato della costituzione di parte civile; così come penso ad interventi pur ispirati da propositi assolutamente condivisibili che appartengono alla Corte Costituzionale. Pensiamo che in un processo, sia pure marginale, che noi abbiamo nel nostro ordinamento, il processo militare penale, non era ammessa la costituzione di parte civile, ma poi la costitu-

(*) Testo registrato non rivisto dall'Autore.

zione di parte civile è stata ammessa perché si è visto che vi era un trattamento iniquamente differente tra il processo ordinario e il processo militare: evidentemente, allora, si innescano tutte queste reazioni perché la visione non è stata e non è sistematica.

Certo è indiscutibile che la nostra tradizione, che ha radici franco-napoleoniche, in una linea di natura sostanzialmente neo-inquisitoria ispirata a una ideologia totalitaria e totalizzante, ha sempre tranquillamente ammesso e disciplinato l'azione civile risarcitoria, restitutoria da reato nel processo penale, concepandola in origine, come abbiamo sentito; ma il peso di tutto questo c'è ancora, anche se in parte ce ne siamo sgravati, sostanzialmente addirittura come un onore per il titolare della relativa pretesa, altrimenti costretto per agire, o prima di agire, ad attendere l'epilogo del processo penale ed a subirne radicalmente la pregiudizialità, così da vedersi rifiutato il riconoscimento del diritto anche per effetto di una sentenza pronunciata in un giudizio al quale non aveva partecipato. In ragione di che cosa? In ragione della mitologia, è stato pur sottolineato qui, sull'unità della giurisdizione che considera un'insopportabile *diminutio* la contraddittorietà di giudizi anche se resi nell'ambito di giudizi qualitativamente diversi come erano e come sono ancor più oggi il giudizio civile ed il giudizio penale. Un onere dunque di entrare nel processo penale per interloquirvi e tuttavia, ecco la contraddizione, la prima contraddizione che è emersa anche qui, per interloquirvi in una posizione secondaria, in una posizione accessoria, sempre tributaria — non dimentichiamolo, non lo devono dimenticare neanche coloro che esaltano la presenza e la partecipazione della vittima nel processo penale — rispetto alle mosse del titolare pubblico dell'azione penale, di cui doveva accettare e ancora oggi deve accettare le scelte. E poi a maggior ragione, è ovvio, in massima parte deve accettare anche le decisioni con tutti i limiti che c'erano, ma ancora ci sono, in materia di impugnazione, lo ricordava poco fa anche il consigliere Marini. E allora ecco che vive una contraddizione forte, fortissima, la presenza della parte civile anche qui. Ma in realtà tutto si lega in una concezione che vede la soggezione dell'individuo e della persona, sia esso imputato, sia esso offeso dal reato, al potere pubblico e al titolare monopolista dell'azione penale.

Ma allora pensiamo al quadro che avevamo prima del codice dell'88: in ogni caso ferrea vincolatività del giudicato penale, con qualche apertura, per carità, che già allora aveva fatto la Corte Costituzionale quando aveva detto: è intollerabile costituzionalmente che possa avere effetto il giudicato penale sulle pretese civilistiche di chi non fosse stato posto in condizione di partecipare al processo penale. Ci si riferiva soprattutto allora al responsabile civile, ma il discorso evidentemente riguardava tutto il rapporto subordinato a quello processuale penale ed ai rapporti civilistici subordinati al processo penale. Questa la situazione che si presentava al legislatore dell'88, al legislatore della legge delega dell'87, al legislatore codicistico delegato dell'88. La problematica affrontata col nuovo codice, la riforma e le ideologie si prestavano ad una rivisitazione anche profondissima della questione, parte civile sì, parte civile no: si poteva già allora arrivare a dire parte civile no. Sul fondo l'obiettivo della rivoluzione copernicana che si riproponeva il legi-

slatore della fine degli anni '80, quello della rivoluzione del processo accusatorio, non più mito della unità della giurisdizione, limiti all'efficacia del giudicato penale, una concezione relativistica della giustizia e del fare giustizia, anche del fare giustizia penale, non l'ambizione della verità ad ogni costo, per dirla con gli antichi *usque ad effusione sanguinis*, ma la concezione di una verità relativa dentro la logica della soluzione del conflitto in concreto, della disputa in concreto, della controversia in concreto anche nel processo penale. Nessuno scandalo allora se il giudice civile ha i suoi fini, accetta o determina un presupposto o una situazione diversi da quelli del giudice penale, anche se hanno origine dallo stesso fatto storico. Tanto più che entra nel processo penale il principio del diritto alla prova, ma anche il principio della disponibilità della prova, come ricordava prima Gaetano Pecorella, e i modelli storici di riferimento c'erano, perché i modelli storici non proponevano, come non propongono, l'azione civile nel processo penale.

Ecco, il passo è stato fatto ma soltanto a metà. Diciamo che durante i lavori per il nuovo codice non fu mai seriamente posta in discussione, al di là di quell'invito, l'opportunità di mantenere l'azione civile nel processo penale. Si è fatta la scelta di rompere quella sorta di soffocamento che veniva dalla pregiudizialità rigorosa e assoluta del penale e di dare al danneggiato la possibilità di compiere delle opzioni, addirittura, si diceva — noi quando si scriveva il codice, prima ancora della legge delega — dobbiamo cercare di favorire la fuga della parte civile dal processo penale, ove avesse scelto di agire tempestivamente, soprattutto in sede civile; ponti d'oro al danneggiato dal reato. Pensiamo al sistema che ancora oggi noi abbiamo di fronte, che viene dagli articoli 75 e 652 del codice: la possibilità, di fronte al giudizio abbreviato, di non accettarlo, di andarsene e di essere libero di agire e di ottenere anche decisioni che siano in contraddizione, sia pure agli effetti civili, rispetto all'epilogo dello stesso giudizio abbreviato. Non più un onere, ma, domandava prima il Presidente Flick, questo sistema ha tenuto o non ha tenuto? Ha dato o non ha dato i risultati sperati? Il legislatore, lo ha ricordato Calvi, non ha favorito questa scelta aperta del legislatore codicistico del 1988 e (anche là dove si potrebbe considerare canale fisiologico quello dell'azione civile proposta in sede penale), non ha tenuto l'idea di allontanare la parte civile per le difficoltà (e anche queste sono state ricordate) dell'accertamento autonomo, dei fondamenti dell'azione civile e della domanda. E a questo punto che cosa si dovrebbe considerare? La crisi, o forse la neanche mai avvenuta espansione delle facoltà e dei diritti dell'offeso dal reato. Si è sempre fatta una grande confusione tra le facoltà e i diritti accordati dal nuovo codice all'offeso dal reato e la costituzione di parte civile. Sono due livelli diversi. Perché insomma l'azione civile è l'azione civile risarcitoria o restitutoria e tutto il resto non può non essere improprio. Mi spiace doverla contraddire, consigliere Marini, ma insomma la parte civile ha sicuramente un anelito a sapere la verità, meglio ancora l'offeso dal reato ha un anelito a sapere la verità. Ma questo anelito a sapere la verità nel momento in cui la sua azione, la sua presenza nel processo penale non può non essere, anche volendo accettare il sistema rigido dei modelli, di taluni modelli dell'Europa continentale compreso il nostro, non può non essere che l'azione risarcitoria, tutto il resto è improprio, tutto il resto è forzatura. È forzatura perché?

Perché il livello sia dell'accertamento della verità, sia degli interessi generali della collettività a sapere come sono andate le cose non appartiene alla parte civile. È un livello che appartiene evidentemente al pubblico ministero. E allora o risolviamo questa contraddizione oppure continuiamo a farci schermo della parte civile, la quale più di tanto non può dare e non deve dare in una logica di questo tipo. E invece vi era, vi è stata una scelta nel codice del 1988, vi è stato un nobile tentativo di aprire spazi alla collaborazione privata all'indagine e all'accertamento penale da parte dell'offeso dal reato, ma a chi in realtà? Al pubblico ministero. E perché l'offeso dal reato ad un certo punto più di tanto non può sviluppare nel processo penale? Perché non sarà mai una parte come tale nel momento in cui vi è il pubblico ministero. E allora a questo punto può essere valorizzata la figura dell'offeso dal reato se si potenziano le sue facoltà e i suoi diritti nel momento dell'investigazione, quando cioè il pubblico ministero può essere inerte, quando il pubblico ministero può essere unidimensionalmente orientato. In questo momento ha senso il contributo dell'offeso dal reato. Cioè nel momento preparatorio. Ma nel momento in cui l'azione penale viene decisa, e l'azione penale viene decisa dal pubblico ministero, a questo punto l'offeso dal reato è, come dire, un ramo che si secca; c'è scritto nel codice di procedura penale, che la persona offesa può indicare, tranne che nel giudizio per cassazione, elementi di prova: io vorrei capire, non l'ho ancora capito, a chi, come e quando può indicare elementi di prova se non è costituita parte civile. Ma se non è costituita parte civile ha una sua azione e un suo obiettivo ben limitato, altrimenti si deborda, si va fuori dal sistema. E allora, io credo che qui si deve fare un ragionamento diverso. Non ha funzionato questo sistema di facoltà e di diritti concessi, accordati all'offeso dal reato soprattutto in funzione di ausilio all'investigazione pubblica. Può anche darsi che attraverso la disciplina delle investigazioni difensive qualche cosa di diverso possa cambiare. Che possa cambiare, ma a questo punto il passaggio è un altro. Ed è quello che viene dall'ultimo spunto che è stato portato qui. Quando si fa il richiamo ai modelli di *common law* dove è previsto che di fronte alla inerzia del pubblico ministero la vittima del reato possa fare qualcosa. Ma che cosa? Possa esercitare l'azione penale, allora il discorso è un altro, è diverso, non è più la questione della parte civile, allora dobbiamo anche qui non avere paura di guardare in faccia i problemi e domandarci: quante volte queste vittime dei reati — scusatemi, io sono abituato a parlare con molta franchezza — sono vittime dei pubblici ministeri monopolisti dell'azione penale nel nostro paese? Proviamo a chiedercelo, proviamo a chiederci quante volte debbono soggiacere a scelte che appartengono al pubblico ministero anche in termini magari di archiviazione. Certo che c'è la possibilità di opporsi all'archiviazione. Il problema è invece quello di valutare se non sia venuto il momento di riflettere sul monopolio pubblico dell'azione penale, o meglio sul monopolio dell'azione penale in capo al pubblico ministero. La nostra Costituzione dice che il pubblico ministero è obbligato ad esercitare l'azione penale, ma non dice che è il monopolista dell'azione penale. A questo punto nella tradizione accusatoria si potrebbe cominciare a pensare per taluni casi, quando c'è l'inerzia del pubblico ministero, di attribuire la titolarità dell'a-

zione penale alla vittima del reato. Che è una cosa diversa. Allora, se vogliamo parlare delle vittime come si parla in sede italiana e anche in sede internazionale, parliamone transitivamente in termini di diritti e di facoltà che si possono attribuire. È un discorso aperto, è un problema che si pone, non è una soluzione che si offre, del resto scusate, è vero o non è vero che c'è una giurisdizione penale del giudice di pace? È vero o non è vero che nella giurisdizione penale del giudice di pace c'è anche questo ricorso diretto al giudice di pace assegnato all'offeso dal reato? Che con uno stesso atto può fare quello che era prima la querela e anche questo ricorso immediato nell'inerzia del pubblico ministero, perché non è detto che il pubblico ministero sia obbligato a fare qualche cosa.

Se è così vediamo come va questa sperimentazione.

Pensiamo che sono di competenza del giudice di pace tutte le lesioni colpose anche gravissime, da incidente stradale o in generale, che a volte sono così gravi nelle loro conseguenze da sopravanzare persino gli eventi mortali. Andiamo a vedere come potrà finire perché teoricamente, nel giro di pochi mesi, si può andare al dibattimento davanti al giudice di pace. E chi sosterrà l'accusa vera al dibattimento davanti al giudice di pace se non colui che ha esercitato qui realmente l'azione penale, cioè l'offeso dal reato? Ecco una strada, ecco un momento di sperimentazione, ma è tutta un'altra cosa rispetto all'azione civile, non ha niente a che vedere con la costituzione di parte civile. Ecco, allora io credo che la riflessione sia importante perché ci sposta su un piano diverso. Su quello della necessità di contenere i contributi dell'offeso dal reato, ove il pubblico ministero fa tutto quello che deve fare nei limiti dell'ausilio, nell'indicazione degli elementi di indagine nei limiti dell'ausilio all'indagine. Questo lo dico per esperienza. Ci sono momenti, in una investigazione, in cui il difensore dell'offeso dal reato può fare attività investigative direttamente o attraverso investigatori molto più efficaci di quelle che potrebbe fare, — vi sembra un paradosso ma vi assicuro che questo è possibile — l'investigazione pubblica. Perché vi sono angoli in cui si può arrivare con l'investigazione privata, con successo, laddove l'investigazione pubblica non è che non possa arrivare, ci arriva, ma non consegue successo. Ecco, per dire allora che ha una sua utilità anche nella logica del processo accusatorio l'investigazione dell'offeso dal reato, anche con i poteri che sono venuti dalla legge sull'investigazione difensiva. Facciamo questa sperimentazione ma consentiamo anche una adeguata osmosi tra l'investigazione pubblica e l'investigazione eventualmente della vittima del reato; perché torniamo al giudice di pace, se l'offeso dal reato, la vittima del reato fa fatica ad avere dalla polizia la planimetria dell'incidente stradale di cui è rimasta vittima perché la polizia la tiene e la manda al pubblico ministero e poi non la si trova, a questo punto è chiaro che si mortificano in radice le possibilità che la legge pur consente allo stesso offeso dal reato. Cioè di fare in sostanza colui che esercita l'azione penale.

Io termino queste osservazioni raccogliendo l'invito ultimo del presidente Flick, e poi del resto dei promotori del convegno, a fare i conti con l'Europa.

Benissimo, io non mi considero un eurosceptico. Ma non mi considero neanche un entusiasta senza ragione critica. Allora facciamo i conti con l'Europa, ma facciamoli anche portando tutto il bagaglio delle nostre esperienze, della nostra cultura e della nostra capacità. Io francamente i conti con l'Europa sarei pronto a farli ad armi pari, anche con coloro che hanno sistemi che non solo non hanno niente da insegnare al nostro ma che forse avrebbero molto da imparare dal nostro. Non posso non guardare il nostro grande maestro, il Prof. Vassalli, che ha fatto interventi in questa materia dei rapporti tra il nostro sistema e l'Europa, anche negli ultimi giorni, a proposito del mandato di arresto europeo che sono da quel grandissimo maestro che è, e che insegnano a tutti anche sul piano del metodo, che cosa si deve fare quando ci si confronta con l'Europa. Siamo noi che ci confrontiamo con l'Europa, ma è anche l'Europa degli altri, anche, quelli che stanno più indietro di noi, che si deve confrontare con noi.

Luigi Mazzella. C'è una richiesta di intervento dell'Avv. Emanuele Squarcia. Prego.

Emanuele Squarcia. Grazie. È un tema che ho voluto vedere un pò da vicino, quello della costituzione di parte civile, e una piccola riflessione mi è venuta ascoltando tutti gli interventi.

Io la vedo in modo molto negativo, onestamente: secondo me la costituzione di parte civile consente di trattare in maniera totalmente diseguale situazioni uguali.

Un danno che derivi da reato consente l'accesso al processo penale e consente al danneggiato la possibilità di usare strumenti inimmaginabili in sede civile. Io immagino di andare a chiedere ad un giudice civile di pronunciare una sentenza di condanna sulla base delle sole dichiarazioni del danneggiato. Un giudice civile rigetterebbe la domanda sicuramente! Eppure la Corte di Cassazione ci insegna ogni momento che è possibile una decisione di condanna, sia penale sia risarcitoria, a seguito delle sole dichiarazioni del danneggiato.

Una brevissima osservazione su quello che diceva adesso il Prof. Frigo sul rito di fronte al giudice di pace. È vero che alcuni maestri ci insegnano che il monopolio dell'azione penale non è del solo pubblico ministero, ma in tutte quelle situazioni che, ad esempio, Dominioni ci spiega nella sua voce, non abbiamo mai un soggetto che è interessato alla risoluzione della controversia e che esercita l'azione penale. Abbiamo sempre un soggetto che è portatore di interessi pubblici che non hanno un risvolto immediato in quella soluzione di controversia. Ho qualche perplessità che la norma dica effettivamente che, pur se in quei pochi casi dei reati perseguibili a querela, la persona offesa dal reato promuova l'azione. In realtà è sempre il giudice che deve vagliare questo ricorso ed è il giudice che, quasi come un novello pretore, promuove l'azione. Non mi sembra che sia la persona offesa dal reato. Ma, a parte questo, pensiamo all'ipotesi, secondo me veramente assurda, dell'appello: in questo caso arriviamo di fronte ad un giudice togato su iniziativa della sola persona offesa dal reato. Quindi l'impronta del legislatore sembra andare in maniera contraria a quello che dicevamo prima, non tanto verso

una separazione, anzi, rafforza in modo incisivo i poteri della persona offesa dal reato: consente addirittura l'appello a fini non solo civili, come già sappiamo, ma a fini penali della persona offesa dal reato. Quest'ultima ci porta di fronte ad un giudice togato per il solo perseguimento di interessi civili. Quindi un ampliamento di poteri, secondo me, inimmaginabile rispetto alla stessa situazione del codice di rito civile.

(omissis) – *L'intervento del Prof. Ugo Pioletti è riportato come comunicazione.*

Luigi Mazzella. Allora, siamo arrivati alla nostra conclusione. Vi anticipo che gli atti del convegno saranno pubblicati e messi a disposizione di chi ne ha interesse. Mi sembra di poter concludere ancora dicendo che la qualità degli interventi e anche, diciamo, la polemica che si è sviluppata dimostra che il tema era un tema di buona attualità e che quindi è stato utile affrontarlo in questa sede. Vi ringrazio, ed al prossimo appuntamento.

Roma, 7 giugno 2002

COMUNICAZIONI(*)

Ugo Pioletti. La c.d. «armonizzazione» delle normative europee — in via di principio tendenza auspicabile, oltre che probabilmente inevitabile, e non solo a livello europeo — deve realizzarsi anzitutto senza alcun complesso di inferiorità nei confronti delle soluzioni adottate in altri paesi ed inoltre non già recependo od espungendo singoli istituti, ma considerando il funzionamento dell'intero ordinamento che si raffronta, così da potere valutare pro e contra delle diverse soluzioni.

La valutazione dell'istituto della parte civile mi sembra essere un caso paradigmatico delle esigenze sopra indicate.

Questo istituto rappresenta in Italia, a mio sommo avviso, un correttivo — sia pure insufficiente — nei confronti del pericolo di «politicizzazione» del processo penale, nei confronti cioè del pericolo che le potenzialità della giurisdizione penale si concentrino più sugli effetti «publicistici», o «di immagine», di alcuni processi che sulla concreta tutela degli interessi e dei beni della vita dei singoli — siano essi persone offese o danneggiati oppure indagati o imputati — coinvolti in tutte le vicende giuridico penali.

In un ordinamento dove una delle parti del processo penale — il pubblico ministero — è parte in senso solo «formale», in quanto è in tutto e per tutto un «collega» del giudice(1), la presenza della parte civile contribuisce — sia pure, come detto, in maniera parziale ed insufficiente — a portare il processo penale sul piano del processo di parti.

(*) Gli Autori hanno dato alle singole comunicazioni il titolo generale «*La costituzione di parte civile nel processo penale*». Per evitare duplicazioni tale titolo è stato omissis.

(1) Si vedano le autorevoli e sempre attuali considerazioni di LUCCHINI, *La mistificazione del pubblico ministero*, riprodotto in *Arch. Pen.*, 1969, 7 e ss. e di FOSCHINI, *Un errore pendolare: l'accusatore giudice ed il giudice accusatore*, *ivi*, 153 ss.

Il processo, per essere tale — ossia «giudizio» — e non trasformarsi in un procedimento inquisitorio camuffato da processo di parti, deve necessariamente essere un *actus trium personarum*, e cioè un processo dove nessuna delle parti può avere un vincolo preferenziale con il giudice, nemmeno di colleganza.

Il c.d. «giusto equilibrio fra accusa e difesa» va valutato anzitutto sotto il profilo istituzionale prima ancora che dal punto di vista dei poteri processuali dei singoli soggetti che partecipano al processo.

Un vero processo penale di parti — o, come si suol dire, «accusatorio» — si potrà realizzare solo a seguito di una riforma del pubblico ministero, attraverso cioè l'inquadramento di quest'ultimo in un ordine diverso da quello cui appartengono i giudici, ossia nello Stato amministrazione e non, come è adesso il caso, nello Stato giurisdizione.

Tale innovazione non è possibile, a mio avviso, senza una riforma di tipo costituzionale. La riforma del processo penale iniziata con l'entrata in vigore del vigente codice di procedura penale non è stata idonea ad introdurre nel nostro paese un autentico sistema processuale penale di parti (o di tipo «accusatorio») perché non è stata accompagnata da detta riforma costituzionale.

Il suddetto «giusto equilibrio», inoltre, (come insegna la consolidata esperienza della giurisdizione civile⁽²⁾) non è neanche turbato dal numero diseguale — o non simmetrico — delle parti. Considerare il numero asimmetrico delle parti come elemento di turbamento di un «giusto equilibrio delle parti» significherebbe sacrificare interessi sostanziali certi a pretese e non dimostrate esigenze processuali.

Questo «giusto equilibrio» è invece turbato *ab origine* dal vincolo di colleganza che lega giudice a pubblico ministero⁽³⁾ ed in questo senso la presenza di una «accusa privata» (la parte civile) — paradossalmente, ma solo in apparenza — può contribuire a ripristinare un equilibrio processuale compromesso a causa del detto vizio di origine.

Del resto, la volontà della vittima, anche in relazione allo stesso esercizio della potestà punitiva, trova ancora — ed è opportuno che continui a trovare — uno spazio assai rilevante nel vigente sistema penale: mi riferisco ai reati perseguibili a querela, una categoria di reati — ed una tecnica di repressione penale — che, oltretutto (si veda la recente riforma del falso in bilancio) viene utilizzata dal legislatore più recente in settori non marginali dell'ordinamento.

Sarebbe peraltro illusorio, a mio sommo avviso, attribuire alla vittima addirittura il potere di esercitare direttamente ed in via esclusiva

(2) Che l'attore sia un solo soggetto ed i convenuti siano più d'uno non significa che l'attore sia su un piano di debolezza e viceversa. Il processo infatti non è una competizione fra forze fisiche ma tra buoni e cattivi argomenti, fra interessi tutelati ed interessi non tutelati.

(3) V. ancora LUCCHINI, *op. loc. cit.*, e FOSCHINI, *op. loc. cit.*

l'azione penale — come talvolta si ipotizza — qualora si privi la vittima stessa della possibilità di ottenere il risarcimento del danno all'esito del processo penale da essa vittima instaurato e condotto.

La parte civile, inoltre, essendo portatrice di un interesse contrario a quello dell'imputato riguardo alla prescrizione del reato, contribuisce alla definizione sollecitata del procedimento e quindi costituisce strumento di contrasto nei confronti del problema della durata «irragionevole» dei processi.

Non mi sembra pertanto giustificabile — anche se forse è comprensibile nell'ottica appunto procedimentale (o «inquisitoria») — il disfavore che emerge in parte della giurisprudenza nei confronti della parte civile.

Emblematica in tal senso la passata giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione in tema di requisiti della procura speciale per la costituzione di parte civile(4), giurisprudenza, come è noto, superata dall'intervento del legislatore (art. 13, legge n. 479 del 1999, c.d. «Legge Carotti») che sul punto, a mio avviso, ha posto in essere un vero e proprio atto di interpretazione autentica.

L'istituto della parte civile nel processo penale deve pertanto essere mantenuto e perfezionato e non certo ridimensionato né tantomeno soppresso; esso, al contrario, può costituire un fruttuoso esempio per i vicini paesi europei che vogliano guardare all'ordinamento italiano con atteggiamento equanime e privo di pregiudizi.

Il significato dell'istituto della parte civile nel processo penale non risiede in un superato omaggio ad un concetto in gran parte irrealistico ed ideologico (e, per certi versi, anche autoritario) di «unità della giurisdizione», ma nel rappresentare invece un concreto strumento di contrasto — anche se parziale ed insufficiente — nei confronti della tendenza, ancora in atto, del processo penale a svincolarsi dalla considerazione dei beni della vita dei soggetti concreti (siano essi vittime o rei) coinvolti in tutti i processi per concentrarsi sovente sugli effetti di visibilità e *latu sensu* «politici» di alcuni processi.

La costituzione di parte civile, inoltre, rimane ancora uno strumento più efficace, rapido ed economico di tutela risarcitoria e restitutoria delle vittime da reato rispetto alla citazione in sede civile.

Il processo civile è infatti ancora troppo formalistico, lento e costoso per rappresentare una valida alternativa di tutela della vittima del reato.

In particolare, in tema di assunzione della prova testimoniale — prova regina quando si tratta di tutelare la vittima di un reato — il processo civile offre ancora nel concreto una tutela troppo poco effettiva nei confronti dell'uso di testi compiacenti, quando non addirittura falsi.

Nei paesi di diritto anglo americano esiste il sistema del *Law of Torts* (diritto dell'illecito aquiliano) che presenta caratteristiche processuali simili a quelle del processo penale.

Anche nell'ordinamento tedesco — fra gli ordinamenti dei paesi europei tra i più simili al nostro — il processo civile è caratterizzato da oralità ed immediatezza nell'escussione della prova testimoniale.

(4) Cfr. Cass. S.U., 1999, n. 12.

Solo allorché il processo civile per il risarcimento del danno da reato sarà disciplinato — e vivrà nella pratica — con quelle caratteristiche di oralità, immediatezza e concentrazione, ma anche di economicità e di efficacia, che ancora caratterizzano il processo penale, ed allorché il pubblico ministero sia trasformato (mediante riforme, come detto, costituzionali) in parte sostanziale e non formale, solo allora si potrà forse iniziare a progettare di espungere la parte civile dal processo penale con la speranza che ciò non costituisca danno per le vittime dei reati e per il sistema.

Laddove va comunque ribadito che la separazione fra regiudicanda civile e penale non ha — a mio sommo avviso — nulla a che fare con la distinzione fra processo penale di parti (o «accusatorio») e processo penale non di parti (o «inquisitorio») e non sarebbe auspicabile neanche allorché si fosse realizzato nel nostro ordinamento un vero processo penale di parti (5).

L'esperienza forense riserva però anche esperienze deludenti al patrono di parte civile ed ai suoi assistiti.

La più deludente e ricorrente è quella di ritrovarsi vittoriosi al termine del giudizio e dovere scoprire, una volta che ci si accinga ad eseguire i capi civili della sentenza, che il condannato ha già da tempo provveduto a disfarsi dei propri cespiti patrimoniali.

Lo strumento per ovviare a tale grave inconveniente esiste, ed è quello del sequestro preventivo.

Il vigente codice di rito, incomprensibilmente, ha però disposto che esso, quando richiesto a garanzia delle obbligazioni civili derivanti da reato, può essere chiesto solo dalla parte civile e non anche dalla persona offesa, ossia esso non può essere richiesto dalla vittima del reato già dall'inizio delle indagini preliminari — magari già con la denuncia o la querela — quando ancora sussisterebbe la possibilità che il provvedimento cautelare reale possa andare a buon fine.

Fortunatamente, però, il vigente codice prevede che il pubblico ministero possa chiedere il sequestro preventivo sin dall'inizio delle indagini preliminari e del provvedimento di sequestro si gioverebbe, per espressa disposizione di legge (art. 316, 3° comma, c.p.p.), anche la parte civile.

Non credo di sbagliarmi nell'affermare che di tale potere di richiesta di sequestro viene fatto un uso molto — troppo — sporadico.

Ed è un vero peccato, perché in tal modo si renderebbe invece un servizio concreto e non ideologico alle vittime dei reati che sono — non bisogna dimenticarlo — nella stragrande maggioranza dei casi, gente comune (*).

(5) La separazione fra regiudicande civili e penali priverebbe i soggetti danneggiati dai reati — titolari di posizioni soggettive a mio avviso meritevoli di una tutela rafforzata rispetto ai soggetti danneggiati da illeciti meramente civili — della possibilità di giovare, almeno in parte, dell'attività processuale del pubblico ministero.

(*) Testo di UGO PIOLETTI, *Professore affidatario di Diritto penale dell'economia nell'Università degli Studi di Camerino*.

Gianni Carlo Ferrero. Una totale equiparazione tra parte offesa privata e parte offesa pubblica, in particolare se si tratta dello Stato, appare sostanzialmente e formalmente improponibile. Come è noto lo Stato Comunità (ammesso che si voglia ancora mantenere la distinzione classica, tra Stato Comunità e Stato Ordinamento) è parte offesa in un numero estremamente elevato di reati. All'alto numero di illeciti che offendono la collettività corrisponde una esigua, quasi irrisoria, partecipazione dell'Avvocatura Generale dello Stato, nei relativi processi penali, anche per gli ormai cronici motivi di organico (tenuto altresì conto dei gravosi impegni che il nuovo processo penale richiede, se si vuole partecipare seriamente).

Questa mancata presenza dell'Avvocatura dello Stato comporta in pratica una tutela del tutto inadeguata dei pubblici interessi colpiti da fatti illeciti penali e la perdita di introiti di considerevoli importi nelle casse erariali. Di fatto in molti casi si verifica una sorta di inammissibile (trattandosi di denaro pubblico) rinuncia a diritti patrimoniali da parte delle varie amministrazioni.

Anzi, l'attuale sistema ha un elevato costo per le incombenze formali che esso determina. Gli organi giudiziari sono tenuti ad individuare la parte offesa ed a notificarle l'atto di inizio del processo. Nonostante le richieste di alcune Avvocature Distrettuali dello Stato gli atti vengono notificati a queste ultime che, dopo averle protocollate, ed in alcuni casi fascicolate, provvedono ad inviarle alle autorità amministrative competenti perché accertino la situazione di fatto legata al reato e, se di particolare rilevanza, la segnalino all'Avvocatura dello Stato ed al competente Ministro che dovrà richiedere al Capo del Governo l'autorizzazione a costituirsi parte civile. Una procedura lunga, complessa e costosa molto raramente seguita sino alla sua positiva conclusione, anche per la sostanziale impossibilità dell'Avvocatura dello Stato di impegnare il proprio personale togato in lunghi e faticosi processi.

Né alla mancata partecipazione al giudizio penale si pone parziale (parziale perché a volte l'esito del processo penale è determinante o comunque rilevante) rimedio agendo in sede civile perché la P.A. non lo richiede espressamente e perché nel frattempo sono passati inutilmente anni ed anni con possibile dispersione del patrimonio dell'autore dell'illecito.

Se solo si pone l'attenzione al danno ambientale il cui risarcimento dovrebbe provvedere in virtù dell'art. 18 della legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente, in via principale e quasi esclusiva lo Stato, ci si rende immediatamente conto del grave pregiudizio che subiscono le casse erariali a causa del mancato esercizio della relativa azione. Non solo per la frequenza e la gravità degli illeciti nel settore, ma anche perché il danno subito da determinati interessi non è risarcito e ciò in contrasto con la tendenza ad ampliare la risarcibilità di interessi diffusi e collettivi da parte di soggetti che ne hanno l'azionabilità. In realtà manca un orientamento armonico ed unitario nel sistema processuale penale che da un lato mira alla massima snellezza e rapidità del processo, dall'altra ammette l'esercizio dell'azione civile che appesantendo

tisce e rallenta il processo (si considera la facoltà del difensore civico di costituirsi parte civile per gli handicappati — art. 36-512/1992 legge 5 febbraio 92 n. 104). Oltretutto la circostanza che nella specie si tratti dello Stato e che il suo intervento sia in gran parte sporadico e discrezionale pone anche problemi di disuguaglianza che possono alterare, per la presenza accusatrice dell'Avvocatura dello Stato, un certo pur necessario equilibrio tra accusa e difesa.

Con la presenza e la vitalità della Unione Europea e l'ampliarsi dei titoli che legittimano una sua azione giudiziaria (si pensi alle frodi comunitarie) il problema si accentua ulteriormente.

Una presenza costante o quantomeno uniforme dell'Avvocatura Generale dello Stato nei processi penali per reati che abbiano pregiudicato interessi comunitari o statali è certamente, nelle attuali condizioni di organico, impensabile. Un incremento molto rilevante del numero di Avvocati dello Stato è in teoria, ipotizzabile, ma il suo costo sarebbe molto elevato e richiederebbe diversi anni per un adeguato reclutamento (a meno di rinunciare alle loro qualità professionali). Uno sforzo realizzabile, ma quando è possibile ottenere un risultato analogo procedendo per altra, più semplice via.

Si tratta in sostanza di prevedere il dovere-potere delle Procure della Repubblica di agire in sede penale per il recupero dei danni provocati dai reati alla Unione Europea ed allo Stato (senza sarcasticamente richiamare il n. 4 dell'art. 77 c.p.p.).

Il compito dei procuratori della Repubblica non verrebbe aggravato di molto, dato che la prova dell'illecito pregiudizievole del fatto e della relativa responsabilità è sostanzialmente la stessa in sede penale e in sede civile. Né va sottovalutato che in non poche ipotesi il risarcimento patrimoniale costituisce la «sanzione» più pesante per l'autore del fatto.

Nei casi in cui la quantificazione dei danni fosse difficoltosa potrebbe pur sempre richiedersi l'intervento di un consulente tecnico o della stessa amministrazione (come nei reati fiscali ed economici in genere).

Il costo dell'innovazione legislativa sarebbe minimo sul piano economico e molto modesto su quello sistematico.

Oltretutto si eviterebbe così anche la possibilità che una particolarmente sensibile ed attenta Procura Generale della Corte dei Conti ravvisi un pubblico danno per l'erario a carico di chi, essendo titolare dell'azione risarcitoria, non provveda a richiederne l'esercizio o a carico di chi questo esercizio dovrebbe esercitare o garantire.

In conclusione, con una relativamente modesta modifica legislativa si otterrebbe un risultato di grande importanza pratica e sistematica: l'uniforme presenza dello stato in tutti i processi penali in cui i reati contestati abbiano determinato danni rilevanti all'erario, e quindi, alla collettività.

L'accennata competenza risarcitoria dei rappresentanti della Procura della Repubblica è già ammessa dal vigente sistema penale spagnolo (art. 108 LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL).

Appendice alle comunicazioni di G.C. Ferrero

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

TITULO IV

DE LAS PERSONAS A QUIENES CORRESPONDE EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS Y FALTAS

Artículo 100. — De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

Artículo 101. — La acción penal es pública.

Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley.

Artículo 102. — Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, no podrán ejercitar la acción penal:

- 1. el que no goce de la plenitud de los derechos civiles;*
- 2. el que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas;*
- 3. el Juez o Magistrado.*

Los comprendidos en los números anteriores podrán, sin embargo, ejercitar la acción penal por delito o falta cometidos contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines.

Los comprendidos en los números 2) y 3) podrán ejercitar también la acción penal por el delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal.

Artículo 103. — Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:

- 1. los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos y por el delito de bigamia;*
- 2. los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.*

Artículo 104. — Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro, calumnia e injuria, tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal.

Las faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada, con el que se perjudique u ofenda a particulares, y en injurias leves sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes.

Artículo 105. — Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela

privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad.

Artículo 106. — La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan.

Artículo 107. — La renuncia de la acción civil ode la penal renunciante no perjudicará más que al renunciante; pudiendo continuar ei ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere.

Artículo 108. — La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.

Artículo 109. — En el acto de recibirse deciaración al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, se le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en ei proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible.

Si no tuviese capacidad legal, se practicará igual diligencia con su representante.

Fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el Juez procure instruir de aqual derecho al ofendido ausente.

En cualquier caso en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en al artículo 57 del Código Penal el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

Artículo 110. — Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho, podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan, o solamente unas u otras, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones.

Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian ai derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo menester que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera expresa y terminante.

Artículo 111. — Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla, haya sido resuelta en sentencia firme, salvo siempre lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 6 de este Código.

Artículo 112. — Ejercitade sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.

Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal.

Artículo 113. — Podrán ejercitarse expresamente las dos acciones por una misma persona o por varias; pero siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito o falta lo verificarán en un solo proceso y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal.

Artículo 114. — Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recalga sentencia firme en la causa criminal.

No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido al de la civil originada del mismo delito o falta.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II, título I, de este libro, respecto a las cuestiones prejudiciales.

Artículo 115. — La acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil.

Artículo 116. — La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer.

En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido.

Artículo 117. — La extinción de la acción civil tampoco lleva consigo la de la penal que nazca del mismo delito o falta.

La sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido por el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo que establece el capítulo II del título I de este libro y los artículos 106, 107, 110 y párrafo segundo del 112 ().*

(*) Testo e appendice a cura di GIANNI CARLO FERRERO – *Avvocato Distrettuale dello Stato di Torino.*

Stefano Maccioni. L'introduzione svolta dall'Avvocato Generale dello Stato è riuscita indubbiamente a stimolare un'ampia riflessione, circa l'opportunità di mantenere all'interno del nostro processo penale la costituzione di parte civile — sia essa effettuata da privati cittadini che da enti o associazioni rappresentativi di interesse diffusi — come d'altronde confermano gli interventi che si sono succeduti nel corso della giornata.

Riassumendo, le ragioni indicate a sostegno di una esclusione della parte civile dal processo sono essenzialmente tre, ovvero:

la presenza della parte civile porrebbe in essere uno squilibrio tra accusa e difesa all'interno del processo;

nell'ipotesi di costituzione di parte civile si provocherebbe inevitabilmente una alterazione nel giudizio del magistrato, inficiando la sua serenità nella valutazione;

la parte civile sarebbe responsabile di prolungare i tempi di svolgimento del processo.

Appare, pertanto, necessario, a sommosso avviso dello scrivente, confrontare tali affermazioni con quanto quotidianamente si verifica all'interno delle aule giudiziarie dei nostri Tribunali, per rendersi immediatamente conto della loro totale infondatezza.

In riferimento, infatti, al primo rilievo occorre dire che l'accusa non risulta quasi mai sufficientemente rappresentata dal Pubblico Ministero, basti pensare all'uso abnorme della delega di funzioni a favore dei vice procuratori onorari per la maggior parte dei procedimenti di primo grado di competenza del giudice monocratico.

D'altra parte gli stessi magistrati requirenti devono sopportare quotidianamente, anche a causa di una cronica carenza di organico, un carico di lavoro superiore alle loro effettive possibilità.

Per quanto concerne, invece, i timori espressi in merito ad un'eccessiva compromissione emotiva da parte del giudice, questi sono stati smentiti ripetutamente in molti processi balzati agli onori della cronaca per la rilevanza dei casi trattati, si veda per tutti la vicenda del petrolchimico di Porto Marghera o il primo processo Priebke, ma molti altri casi, anche meno noti, potrebbero essere indicati.

D'altronde non può nemmeno essere condiviso il rilievo secondo il quale la presenza della parte civile influenzerebbe i tempi processuali, comportando un loro inevitabile prolungamento.

È notoria, infatti, la difficile situazione nella quale versa la nostra giustizia, non soltanto penale.

Sicuramente, prima di intervenire con misure volte a limitare i diritti delle vittime all'interno del nostro processo penale, sarebbe forse opportuno adottare misure idonee a garantire un'adeguata tutela ai diritti dei cittadini.

Senza scendere nel dettaglio, basterà pensare alle limitate risorse ancora oggi investite dallo Stato nel settore giustizia sia sotto il profilo strutturale che organico, nonché organizzativo.

Sempre con riferimento a quanto si verifica nelle aule di giustizia, sappiamo tutti che una delle cause più frequenti di rinvio delle udienze penali è rappresentata dal difetto di notifica all'imputato o al suo difensore del decreto di citazione a giudizio, dell'avviso di cui all'art. 415-*bis* c.p.p. o dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare. La parte civile, invece, nella quasi totalità dei casi svolge soprattutto una funzione di impulso processuale al fianco, ma molto spesso in sostituzione, del Pubblico Ministero.

D'altronde, anche a livello europeo si vanno estendendo i provvedimenti volti ad aumentare le garanzie a favore delle vittime nel procedimento penale. A tal proposito particolare rilievo assume la decisione-quadro del Consiglio dell'Unione Europea adottata in data 15 marzo 2001.

Tale provvedimento impone agli Stati membri, non soltanto di aumentare la tutela delle vittime dei reati al di fuori e prima di un eventuale procedimento penale, ma anche all'interno del procedimento stesso.

Recita, infatti, l'art. 9 che *«ciascuno Stato membro garantisce alla vittima di un reato il diritto di ottenere entro un ragionevole lasso di tempo una decisione relativa al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale, eccetto il caso in cui il diritto nazionale preveda altre modalità di risarcimento»*.

Proprio al fine di recepire tali e altre indicazioni ivi contenute, peraltro, veniva istituita, già nel corso della precedente legislatura, una Commissione sui problemi e sul sostegno delle vittime dei reati, alla quale ho potuto partecipare, che ha concluso recentemente i suoi lavori con la formulazione di una legge quadro per l'assistenza, il sostegno e la tutela delle vittime dei reati che mi auguro possa diventare presto legge dello Stato.

Tra le varie modifiche e proposte avanzate dal provvedimento *de quo*, particolare rilievo assumono sicuramente quelle relative al codice di procedura penale.

A titolo esemplificativo, tra le più rilevanti ricordo quelle che consentirebbero anche alla persona offesa di richiedere l'incidente probatorio durante la fase delle indagini preliminari, andando così a colmare una lacuna legislativa che troppo spesso penalizza l'attività di indagine delle stesse vittime e dei loro difensori, come ha anche rilevato il consigliere Marini nel suo intervento.

Analogamente, si introdurrebbe un termine più ampio rispetto a quello attualmente previsto dall'art. 408, comma 3, c.p.p. per poter proporre opposizione all'archiviazione. Il termine di dieci giorni, infatti, verrebbe sostituito con quello di venti, in coerenza con quanto disposto dall'art. 415-*bis* c.p.p. con riferimento alla posizione dell'indagato.

Attualmente, infatti, non è raro il caso di richieste di archiviazione per le quali sarebbe necessario in favore del difensore della persona offesa un congruo termine per provvedere: alla richiesta di copia integrale degli atti del procedimento (alcune volte si può anche trattare di migliaia di pagine), del loro esame e della nomina di eventuali consulenti di parte che, in brevissimo tempo, eventualmente, dovrebbero redigere propri elaborati.

Sempre con riferimento alla fase delle indagini preliminari la legge quadro prevederebbe anche una estensione del termine di cui agli articoli 412 e 413 c.p.p. in tema di avocazione del procedimento, che può essere effettuata, com'è noto, anche su richiesta della persona offesa da parte del Procuratore Generale presso la Corte di Appello.

In tal caso, la disciplina vigente dispone che il Procuratore Generale provvede a svolgere le indagini preliminari che ritiene indispensabili entro e non oltre 30 giorni dal decreto di avocazione. Tale termine eccessivamente ristretto, secondo la Commissione vittime, dovrebbe essere sostituito con quello, più ampio, di sessanta giorni.

Tralasciando di esaminare per intero le varie modifiche proposte al codice di rito e gli istituti che si vorrebbero introdurre a favore delle vittime dei reati, basterà dire che il filo conduttore che ha guidato il lavoro della Commissione, è stato quello di garantire una maggiore tutela alle vittime dei reati armonizzando, ove ve ne fosse bisogno, il nostro sistema a quello degli altri Paesi membri della Comunità europea.

Tornando al tema principale del convegno, devo dire che francamente non riuscirei attualmente ad immaginarmi un processo penale senza la partecipazione della vittima.

D'altra parte si avverte la necessità che, all'interno del nostro processo penale, siano adeguatamente tutelati i diritti delle vittime dei reati e che, in tale sede, le stesse possano e debbano trovare un adeguato ristoro al danno subito. Troppe volte si assiste a quella che gli esperti definiscono «*vittimizzazione secondaria*» ossia la sopportazione da parte della persona che ha subito un reato di una ulteriore sofferenza dovuta proprio alle disfunzioni e carenze del processo».

Ecco perché la definizione di *parte civile*, intesa come colei che all'interno del processo penale si muove esclusivamente per ottenere un risarcimento economico, al danno sofferto in conseguenza del reato, sia — proprio alla luce dell'esperienza concreta — eccessivamente riduttiva. Alle vittime dei reati, infatti, deve essere riconosciuto, indubbiamente, il merito di contribuire al raggiungimento della verità processuale (*).

(*) Testo di STEFANO MACCIONI – *Responsabile nazionale di Giustizia per i Diritti – Cittadinanzattiva.*

IL CONTENZIOSO UE

La rubrica intende fornire una informazione tempestiva sulla giurisprudenza comunitaria e nazionale di rilevanza comunitaria all'operatore giuridico, la cui attività sempre più deve tener conto del processo di integrazione giuridica ed economica in atto in Europa.

L'Avvocatura dello Stato, che collabora con tutte le Amministrazioni pubbliche al riscontro giurisdizionale del processo di integrazione europea, che si modula nella interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario, rappresenta un punto di riferimento e di informazione privilegiato per documentare un tale processo.

La rubrica vuole quindi essere uno strumento di lavoro e nel contempo un contributo alla formazione di professionalità adeguate alle necessità della integrazione europea.

Si articola in due sezioni.

Nella prima sono riprodotti gli atti rilevanti delle più significative decisioni giurisdizionali. La pubblicazione della sentenza, eventualmente per estratto, potrà essere accompagnata dalla relazione di udienza (nella quale sono focalizzate le posizioni assunte dalle parti in giudizio), dalle conclusioni dell'Avvocato Generale (che sempre contengono una sintesi ragionata del diritto vivente comunitario) nonché da una nota di commento, che avrà cura di sottolineare la ricaduta della decisione nell'ordinamento italiano.

La seconda sezione riprodurrà tutte le nuove questioni di interpretazione e di applicazione del diritto comunitario sottoposte alla Corte di Giustizia. Nei casi in cui è intervenuto in causa e Governo italiano si richiameranno le osservazioni svolte.

Nelle domande pregiudiziali che coinvolgono questioni di principio e nelle quali non è stata decisa la presentazione da parte del Governo italiano di osservazioni scritte, si pubblicherà una breve scheda giurisprudenziale ragionata con indicazioni bibliografiche.

SULLA LEGITTIMITÀ DELLE TARIFFE PROFESSIONALI FORENSI

Corte di Giustizia delle Comunità europee, *Plenum*, 19 febbraio 2002, nella **causa C-35/1999** – *Presidente* Rodriguez Igelsias – *Relatore* Wathelet – *Avvocato Generale* Lèger – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Pretore di Pinerolo nel procedimento Arduino ed altri c/Compagnia Assicuratrice RAS S.p.a. Interv.: Governo italiano, francese e finlandese e Commissione delle Comunità europee.
(Trattato CE, articoli 10 e 81; r.d. legge 27 novembre 1933 n. 1578, conv. in legge 22 gennaio 1934 n. 36, articoli 57 e 58).

la massima

Gli articoli 5 e 85 del Trattato CE (divenuti articoli 10 CE e 81 CE) non ostano all'adozione da parte di uno Stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale forense, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'ordine, qualora tale misura sia stata adottata nell'ambito di un procedimento come quello previsto dal r.d. legge 27 novembre 1933, n. 1578, come modificato.

il commento

La sentenza si pone nel solco di un indirizzo già ben delineato: non può parlarsi di intesa ai sensi dell'art. 81 (ex 85) del Trattato Ce laddove una tariffa di categoria obbligatoria sia approvata dai pubblici poteri, allorchè essa sia determinata nel rispetto dei criteri di interesse pubblico stabiliti dalla legge e i pubblici poteri non rinuncino alle proprie prerogative. Cfr., da ultimo, in questa *Rassegna*, 1998, I, 343, la sentenza 1° ottobre 1998, nella causa C-38/97, AUTOTRASPORTATORI LIBRANDI, riguardo alle tariffe dei trasporti merci su strada, e al contrario, riscontratasi una carenza di interesse pubblico, la sentenza 18 giugno 1998, nella causa C-35/96, COMMISSIONE C. REPUBBLICA ITALIANA, relativamente alla tariffa degli spedizionieri doganali.

O.F.

gli argomenti della decisione

(omissis)

«1. — Con ordinanza 13 gennaio 1999, pervenuta alla Corte il 9 febbraio seguente, il Pretore di Pinerolo ha sollevato, in applicazione dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), due questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione dell'art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE).

2. — Tali questioni sono sorte nell'ambito della liquidazione delle spese relative al procedimento penale condotto nei confronti del sig. Arduino.

Contesto normativo nazionale

3. — Il testo base che disciplina la professione dell'avvocato in Italia è il regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578 (*Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 281 del 5 dicembre 1933), convertito in legge 22 gennaio 1934, n. 36 (*Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 24 del 30 gennaio 1934), come successivamente modificato (in prosieguo: il «regio decreto legge»).

4. — L'avvocato svolge una libera professione consistente in un'attività di rappresentanza e di assistenza nei procedimenti giurisdizionali civili, penali e amministrativi. In Italia tale attività è affidata esclusivamente agli avvocati, il cui intervento è, di regola, obbligatorio (art. 82 del codice di procedura civile italiano).

5. — Il Consiglio nazionale forense (in prosieguo: il «CNF») è disciplinato dagli articoli 52-55 del detto regio decreto-legge. Esso è costituito da avvocati eletti dagli appartenenti alla categoria, uno per ciascun distretto di Corte d'appello ed è istituito presso il Ministero di Grazia e Giustizia.

6. — L'art. 57 del regio decreto-legge prevede che i criteri per la determinazione degli onorari e delle indennità dovuti agli avvocati e ai procuratori in materia civile, penale e stragiudiziale siano stabiliti ogni biennio con deliberazione del CNF. Le tariffe, una volta deliberate dal CNF, sono successivamente approvate dal Ministro, sentito il parere del Comitato interministeriale dei prezzi (in prosieguo: il «CIP»), ai sensi dell'art. 14, ventesimo comma, della legge 22 dicembre 1984, n. 887 (Suppl. ord. alla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 356 del 29 dicembre 1984), previa consultazione obbligatoria del Consiglio di Stato secondo quanto disposto dall'art. 17, terzo comma, della legge 23 agosto, 1988, n. 400 (Suppl. ord. alla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 214 del 12 settembre 1988).

7. — L'art. 58 del regio decreto-legge precisa che i criteri previsti dall'art. 57 del regio decreto-legge sono stabiliti con riferimento al valore delle controversie e al grado dell'autorità chiamata a conoscerle e, per i giudizi penali, anche alla durata di essi. Per ciascun atto o serie di atti deve essere fissato un limite massimo e un limite minimo.

8. — Ai sensi dell'art. 60 del regio decreto-legge, la liquidazione degli onorari è fatta dall'autorità giudiziaria in base ai criteri stabiliti dall'art. 57 del regio decreto-legge, tenuto conto della gravità e del numero delle questioni trattate.

9. — Tale liquidazione deve restare entro i limiti massimi e minimi fissati dall'art. 58. Tuttavia, in casi di eccezionale importanza, in relazione alla specialità delle controversie e quando il valore intrinseco della prestazione lo giustifichi, il giudice può oltrepassare il limite massimo. Inversamente, egli può, quando la causa risulti di facile trattazione, attribuire l'onorario in misura inferiore al minimo. In entrambi i casi, la decisione del giudice deve essere motivata.

10. — La tariffa professionale forense di cui trattasi nella causa principale risulta dalla delibera del CNF 12 giugno 1993, modificata il 29 settembre 1994 (in prosieguo: la «delibera del CNF»), ed è stata approvata con decreto ministeriale 5 ottobre 1994, n. 585 (*Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana n. 247 del 21 ottobre 1994). L'art. 2 di tale decreto prevede che «gli aumenti di cui alle allegate tabelle decorrono dal 1° ottobre 1994 per il 50% e per il restante 50% dal 1° aprile 1995». Detto aumento scaglionato nel tempo è dovuto ai rilievi del CIP, in quanto tale comitato ha tenuto conto in particolare dell'aumento dell'inflazione. Prima di adottare la tariffa, il Ministro aveva nuovamente consultato il CNF, il quale, nella seduta 29 settembre 1994, aveva aderito alla proposta di rinviare l'applicazione della tariffa.

11. — L'art. 4, n. 1, della delibera del CNF dispone l'inderogabilità delle tariffe minime stabilite per gli onorari degli avvocati e per gli onorari e i diritti dei procuratori. Tuttavia, qualora a motivo di particolari circostanze del caso appaia una sproporzione manifesta fra le prestazioni dell'avvocato o del procuratore e l'onorario previsto dalle tabelle, il n. 2 dello stesso articolo consente di superare i massimi indicati nelle tabelle, anche oltre il raddoppio previsto dall'art. 5, n. 2, della delibera del CNF, ovvero scendere al di sotto dei minimi indicati nelle tabelle, purché la parte che vi ha interesse esibisca il parere del competente Consiglio dell'ordine.

12. — L'art. 5 della delibera del CNF fissa le regole generali per la liquidazione. Esso prevede, al primo comma, che nella liquidazione degli onorari a carico del soccombente deve essere tenuto conto del valore e della natura della controversia, dell'importanza e del numero delle questioni trattate, del grado dell'autorità adita, con speciale riguardo all'attività svolta dall'avvocato dinanzi al giudice. Il secondo comma prevede che, per le cause di particolare importanza per le questioni giuridiche trattate, la liquidazione degli onorari a carico del soccombente può arrivare fino al doppio dei massimi stabiliti. Il terzo comma aggiunge che nella liquidazione degli onorari a carico del cliente, oltre che dei criteri di cui ai commi precedenti, si può tener conto dei risultati del giudizio e dei vantaggi, anche non patrimoniali, conseguiti, nonché dell'urgenza richiesta per il compimento delle singole attività. Nelle cause di straordinaria importanza la liquidazione può arrivare fino al quadruplo dei massimi stabiliti.

Causa principale

13. — Il sig. Arduino è stato penalmente perseguito, dinanzi al Pretore di Pinerolo per aver effettuato, per negligenza, imprudenza e imperizia, nonché in violazione delle disposizioni di legge che regolano la circolazione stradale, un sorpasso su una strada in cui tale manovra non era consentita, entrando così in collisione con la vettura del sig. Dessi. Quest'ultimo si è costituito parte civile. Al momento della liquidazione delle spese sostenute dal signor Dessi e poste a carico del sig. Arduino, il Pretore ha disapplicato la tariffa professionale emanata con decreto ministeriale n. 585/1994.

14. — Adita con ricorso, la Corte suprema di cassazione ha considerato illegittima la disapplicazione della detta tariffa. Con sentenza 29 aprile/6 luglio 1998, n. 1363, essa ha annullato la sentenza pronunciata dal Pretore di Pinerolo per quanto riguardava le spese e ha rinviato la causa su questo punto dinanzi allo stesso giudice.

15. — Il Pretore di Pinerolo rileva che nell'ordinamento giuridico italiano esistono due tendenze giurisprudenziali contraddittorie circa la questione se la tariffa forense, emanata con decreto ministeriale n. 585/1994, costituisca o meno un accordo che limita la concorrenza ai sensi dell'art. 85 del Trattato.

16. — Secondo la prima tendenza, le caratteristiche di questa normativa nazionale sarebbero analoghe a quelle della normativa che riguarda il sistema tariffario degli spedizionieri doganali oggetto della sentenza della Corte 18 giugno 1998 (causa C-35/96, Commissione/Italia, *Racc.*, I-3851). Il CNF sarebbe una associazione di imprese ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato e nessuna disposizione di legge prescrive che venga tenuto conto di criteri di interesse pubblico in sede di determinazione della tariffa degli onorari forensi. Pertanto, il giudice sarebbe tenuto a disapplicare tale tariffa.

17. — In base alla seconda tendenza giurisprudenziale, la tariffa non costituirebbe il risultato di una decisione discrezionale dell'organizzazione di categoria di cui trattasi. L'intervento dell'autorità pubblica svolgerebbe un ruolo determinante sia nella fase di elaborazione che in quella di approvazione, di modo che non si configurerebbe una delega di poteri di diritto pubblico ad operatori privati che consenta a questi ultimi di stabilire essi stessi le tariffe in violazione dell'art. 85 del Trattato.

18. — In tale contesto, il Pretore di Pinerolo ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«a) Se rientri nel campo di operatività del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato CE la deliberazione del CNF, approvata con decreto ministeriale n. 585/1994, con cui sono state fissate le tariffe inderogabili relative all'attività professionale degli avvocati.

b) Nel caso di risposta affermativa al quesito sub a), se, tuttavia, l'ipotesi rientri nella previsione di inapplicabilità del divieto stabilita dall'art. 85, n. 3, del Trattato».

(omissis)

Sulle questioni

32. — Con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice *a quo* chiede sostanzialmente se gli articoli 5 del Trattato CE (divenuto art. 10 CE) e 85 del Trattato ostino all'adozione da parte di uno Stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di tiri progetto stabilito da un ordine professionale forense, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'ordine, qualora tale misura statale sia adottata nell'ambito di un procedimento come quello previsto dalla normativa italiana.

33. — In via preliminare, la Corte rileva che, estendendosi a tutto il territorio di uno Stato membro, la detta misura statale può pregiudicare il commercio tra gli Stati membri ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato (v., in tal senso, precitata sentenza Commissione/Italia, punto 48).

34. — Anche se è vero che, di per sé, l'art. 85 del Trattato riguarda esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tale articolo, in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato, obbliga gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese [sentenze 21 settembre 1988, causa n. 267/86, Van Eycke, *Racc.*, 4769, punto 16, 17 novembre 1993, causa n. C-185/91, Reiff, *Racc.*, I-5801, punto 14, 9 giugno 1994, causa C-153/1993, Delta Schiffahrts — und Speditionsgesellschaft, *Racc.*, I-2517, punto 14, 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto, *Racc.*, I-2883, punto 20, e Commissione/Italia, prec., punto 53; v. anche, per quanto riguarda l'art. 86 del Trattato CE (divenuto art. 82 CE), sentenza 16 novembre 1977, causa 13/77, GB-Inno-BM, *Racc.*, 2115, punto 31].

35. — La Corte ha dichiarato che si è in presenza di una violazione degli articoli 5 e 85 del Trattato quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 85, o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica (v. precitate sentenze Van Eycke, punto 16, Reiff, punto 14, Delta Schiffahrts — und Speditionsgesellschaft, punto 14, Centro Servizi Spediporto, punto 21, e Commissione/Italia, punto 54).

36. — Al riguardo, il fatto che uno Stato membro prescriva ad un'organizzazione di categoria l'elaborazione di un progetto di tariffa per le prestazioni non priva automaticamente la tariffa infine redatta del suo carattere di normativa statale.

37. — Lo stesso vale quando i membri dell'organizzazione di categoria possono essere qualificati come esperti, indipendenti dagli operatori economici interessati, e sono tenuti dalla legge a fissare le tariffe prendendo in considerazione non soltanto gli interessi delle imprese o delle associazioni di imprese del settore che li ha designati, ma anche l'interesse generale e gli interessi delle imprese degli altri settori o degli utenti dei servizi di cui trattasi (v., in tal senso, precitate sentenze Reiff, punti 17-19 e 24; Delta Schiffahrts — und Speditionsgesellschaft, punti 16-18 e 23, 17 ottobre 1995, cause riunite da n. C-140/1994 a n. C-142/1994, DIP e a., *Racc.*, I-3257, punti 18 e 19, e Commissione/Italia, prec., punto 44).

38. — Dalla descrizione dell'ambito normativo nazionale nella causa principale risulta che lo Stato italiano obbliga il CNF, composto esclusivamente di avvocati eletti da appartenenti alla categoria, a presentare ogni biennio un progetto di tariffa degli onorari di avvocato contenente limiti

minimi e massimi. Anche se, ai sensi dell'art. 58 del regio decreto legge, gli onorari e le indennità devono essere fissati con riferimento al valore delle controversie, al grado dell'autorità chiamata a conoscerle e, per il settore penale, alla durata dei procedimenti, il regio decreto legge non indica, in realtà, criteri di interesse pubblico di cui il CNF dovrebbe tener conto.

39. — Pertanto, la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale non contiene modalità procedurali, né prescrizioni di merito idonee a garantire, con una probabilità ragionevole, che il CNF si comporti, in sede di elaborazione del progetto di tariffa, come un'articolazione del pubblico potere che agisce per obiettivi di interesse pubblico.

40. — Tuttavia, non risulta che lo Stato italiano abbia rinunciato ad esercitare il suo potere di decisione in ultima istanza o a controllare l'applicazione della tariffa, come tendono a confermare le circostanze menzionate al punto 10 della presente sentenza.

41. — Da un lato, il CNF è incaricato soltanto di approntare un progetto di tariffa privo, in quanto tale, di forza vincolante. In mancanza di approvazione da parte del Ministro, il progetto di tariffa non entra in vigore, e resta in vigore la tariffa precedentemente approvata. Per questo motivo, il Ministro ha il potere di far emendare il progetto dal CNF. Inoltre, il Ministro è assistito da due organi pubblici, il Consiglio di Stato ed il CIP, dai quali deve ottenere il parere prima di qualsiasi approvazione della tariffa.

42. — Dall'altro, l'art. 60 del regio decreto legge dispone che la liquidazione degli onorari è effettuata dagli organi giudiziari in base ai criteri stabiliti dall'art. 57 del regio decreto legge, tenuto conto della gravità e del numero di questioni trattate. Inoltre, in talune circostanze eccezionali, il giudice può, con una decisione debitamente motivata, derogare ai limiti minimi e massimi fissati in applicazione dell'art. 58 del regio decreto legge.

43. — Pertanto, non si può affermare che lo Stato italiano abbia delegato ad operatori privati la responsabilità di prendere decisioni di intervento nel settore economico, il che porterebbe a privare del suo carattere statale la normativa di cui trattasi nella causa principale. Per i motivi esposti ai punti 41 e 42 della presente sentenza, non gli si può neanche contestare di imporre o di favorire la conclusione di intese in contrasto con l'art. 85 del Trattato o di rafforzarne gli effetti.

44. — Occorre quindi risolvere le questioni pregiudiziali nel senso che gli articoli 5 e 85 del Trattato non ostano all'adozione da parte di uno Stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale forense, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'ordine, qualora tale misura statale sia adottata nell'ambito di un procedimento come quello previsto dalla normativa italiana.»

(omissis)

SULL'ACCESSO E L'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE FORENSE

Corte di Giustizia delle Comunità europee, sez. 5^a, 7 marzo 2002, nella **causa C-145/1999** – *Presidente Von Bahr* – *Relatore Edward* – *Avvocato Generale Stix-Hackl* – Commissione delle Comunità europee (ag. Traversa e Mongin) c/Repubblica Italiana (avv. Stato I.M. Braguglia).

(Trattato CE, articoli 43 e 49; direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, n. 89/48/CEE; r.d. legge 27 novembre 1933, n. 1578, conv. in legge 22 gennaio 1934 n. 36, art. 17; legge 9 febbraio 1982 n. 31; decreto legislativo 27 gennaio 1992 n. 115; legge 22 febbraio 1994 n. 146, art. 10).

la massima

Mantenendo, in violazione dell'art. 59 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE), il divieto generale imposto agli avvocati stabiliti in altri Stati membri ed esercitanti in Italia in regime di libera prestazione di servizi di disporre in tale Stato dell'infrastruttura necessaria all'effettuazione delle loro prestazioni; obbligando, in violazione dell'art. 52 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 43 CE), gli avvocati a risiedere nella circoscrizione del tribunale da cui dipende l'albo al quale essi sono iscritti; e recependo in maniera incompleta la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/48/CEE, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanciscono formazioni professionali di una durata minima di tre anni, stante l'assenza di una regolamentazione che stabilisce le modalità della prova attitudinale per gli avvocati provenienti da altri Stati membri; la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dagli articoli 52 e 59 del Trattato nonché alla direttiva 89/48.

Viceversa non sussiste violazione degli obblighi suddetti il fatto che l'art. 17, n. 1, punti 1, 4 e 5, del decreto legge n. 1578/33 ancora disponga la subordinazione dell'accesso alla professione di avvocato al possesso della cittadinanza italiana, di una laurea italiana in giurisprudenza e di un tirocinio di due anni dinanzi agli organi giudiziari italiani, in quanto tali disposizioni debbono ritenersi abrogate dall'art. 10 della legge n. 146/1994 e dal decreto legislativo n. 115/1992.

gli argomenti della decisione

(omissis)

«1. — Con atto introduttivo depositato nella cancelleria della Corte il 21 aprile 1999, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, in forza dell'art. 169 del Trattato CE (divenuto art. 226 CE), un ricorso diretto a far dichiarare che:

mantenendo, in violazione dell'art. 59 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE), il divieto generale imposto agli avvocati stabiliti in altri Stati membri ed esercitanti in Italia in regime di libera prestazione di servizi di disporre in tale Stato dell'infrastruttura necessaria all'effettuazione delle loro prestazioni;

subordinando, in violazione dell'art. 52 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 43 CE), l'iscrizione come avvocato ad un albo italiano al possesso della cittadinanza italiana ed al possesso di qualifiche acquisite esclusivamente in Italia, nonché al mantenimento della residenza in una circoscrizione giudiziaria italiana;

applicando in forma discriminatoria nei confronti degli avvocati provenienti da altri Stati membri le «misure compensative» (prova attitudinale) previste dall'art. 4 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/48/CEE, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanciscono formazioni professionali di una durata minima di tre anni (*Gazzetta Ufficiale* 1989, L 19, pag. 16), e recependo in maniera incompleta la direttiva 89/48, stante l'assenza di una regolamentazione che stabilisce le modalità della prova attitudinale per gli avvocati provenienti da altri Stati membri, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dagli articoli 52 e 59 del Trattato nonché alla direttiva 89/48.

2. — Con ordinanza del presidente della Corte 5 luglio 1999, la domanda d'intervento a sostegno della domanda della Commissione presentata dall'avv. J. Lau è stata dichiarata manifestamente irricevibile. (*Omissis*).

Procedimento precontenzioso

19. — Secondo il procedimento di cui all'art. 169, primo comma, del Trattato, la Commissione, dopo aver invitato la Repubblica italiana a presentare le sue osservazioni con lettera 8 ottobre 1998, ha inviato un parere motivato a tale Stato membro, invitandolo ad adottare le misure necessarie per conformarsi agli obblighi che risultano dagli articoli 52 e 59 del Trattato e dalla direttiva 89/48 entro due mesi dalla notifica di detto parere. Non essendo stata convinta dalla risposta del governo italiano allo stesso parere, la Commissione ha deciso di presentare il ricorso in esame.

Sulla prima censura

20. — Con la prima censura la Commissione sostiene che l'art. 59 del Trattato è in contrasto con l'art. 2, secondo comma, della legge n. 31/1982, in quanto tale disposizione nazionale vieta agli avvocati stabiliti in altri Stati membri e che intendono fornire prestazioni di servizi in Italia di disporre di una certa infrastruttura in tale Stato membro.

21. — Il governo italiano sostiene, in sostanza, che tale divieto mira ad evitare che sia elusa la libertà di stabilimento. Senza l'esistenza di tale divieto, gli avvocati che esercitano il loro diritto alla libera prestazione di servizi potrebbero infatti creare, con la copertura di una determinata struttura, uno stabilimento. Tuttavia, esso aggiunge che, per eliminare qualsiasi dubbio a proposito della compatibilità dell'art. 2, secondo comma, della legge n. 31/82, con l'art. 59 del Trattato, un disegno di legge che prevede l'abrogazione della detta disposizione nazionale è stato sottoposto all'esame del Parlamento italiano.

22. — A tale proposito, occorre rammentare che la Corte ha già statuito che il carattere temporaneo di una prestazione di servizi non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio), se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi (sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/1994, Gebhard, *Racc.*, I-4165, punto 27).

23. — Ne consegue che il divieto generale, figurante all'art. 2, secondo comma, della legge n. 31/1982 opposto ad un avvocato stabilito in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana ed esercitante in Italia il suo diritto alla libera prestazione dei servizi di creare uno studio o una sede principale o secondaria in tale ultimo Stato membro è incompatibile con l'art. 59 del Trattato.

24. — Pertanto la prima censura della Commissione va accolta.

Sulla seconda censura

Sulla prima parte.

25. — Con la prima parte della sua seconda censura la Commissione sostiene che l'obbligo per l'avvocato di risiedere nel circondario del tribunale da cui dipende il foro al quale è iscritto, di cui all'art. 17, n. 1, punto 7, del decreto legge n. 1578/33, è in contrasto con la libertà di stabilimento sancita dall'art. 52 del Trattato.

26. — Il governo italiano replica che l'obbligo di residenza risponde ad esigenze di organizzazione giudiziaria nel senso che esso facilita i controlli inerenti all'esistenza di un ordine professionale locale. Esso sottolinea tuttavia che, nella pratica, non è più richiesto ad avvocati cittadini degli Stati membri diversi dalla Repubblica italiana di soddisfare tale obbligo, come emerge dal parere n. 6/1994 del Consiglio nazionale degli avvocati. Detto governo aggiunge che il disegno di legge di riforma della professione di avvocato prevede di sostituire il requisito della residenza con quello del domicilio professionale, il che implica la possibilità per l'interessato di fissare o di mantenere la sua residenza ufficiale in uno Stato membro e il suo domicilio professionale in un altro Stato membro.

27. — La Corte ha ripetutamente statuito che il diritto di stabilimento sancito dall'art. 52 del Trattato implica la facoltà di creare e di conservare, salve restando le norme professionali, più di un centro di attività nel territorio della Comunità (v., in tal senso, sentenze 12 luglio 1984, causa 107/1983, Klopp, *Racc.*, 2971, punto 19; 20 maggio 1992, causa C-106/1991, Ramrath, *Racc.*, I-3351, punti 20-22 e 28, e 18 gennaio 2001, causa C-162/1999, Commissione/Italia, *Racc.*, I-541, punto 20).

28. — L'obbligo di residenza criticato dalla Commissione è pertanto incompatibile con l'art. 52 del Trattato nel senso che osta a che un avvocato stabilito in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana conservi uno stabilimento in Italia.

29. — L'argomentazione del governo italiano secondo la quale non vi è violazione del detto art. 52, dato che l'obbligo di residenza, in pratica, non viene applicato, non può essere accolta.

30. — Infatti è giurisprudenza costante che l'incompatibilità di una normativa nazionale con le disposizioni comunitarie, persino direttamente applicabili, può essere definitivamente eliminata solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare. Semplici prassi amministrative, per natura modificabili a piacimento dell'amministrazione e prive di adeguata pubblicità, non possono essere considerate valido adempimento degli obblighi del Trattato (v., in particolare, sentenze 13 marzo 1997, causa C-197/1996, Commissione/Francia *Racc.*, I-1489, punto 14, e 9 marzo 2000, causa C-358/1998, Commissione/Italia, *Racc.*, I-1255, punto 17).

31. — La prima parte della seconda censura della Commissione è pertanto fondata.

Sulla seconda parte.

32. — Con la seconda parte della seconda censura la Commissione chiede alla Corte di dichiarare che l'art. 17, n. 1, punti 1, 4 e 5 del decreto legge n. 1578/33 viola la libertà di stabilimento poiché in tale disposizione l'accesso alla professione di avvocato è subordinato al possesso della cittadinanza italiana e di una laurea italiana in giurisprudenza, nonché al compimento di un tirocinio di due anni dinanzi agli organi giurisdizionali italiani.

33. — A tale proposito è pacifico che il requisito di cittadinanza è stato abrogato dall'art. 10 della legge n. 146/1994, secondo il quale i cittadini degli Stati membri diversi dalla Repubblica italiana sono equiparati ai cittadini italiani ai fini dell'iscrizione all'ordine degli avvocati. Parimenti, le disposizioni relative al possesso di una laurea italiana in giurisprudenza e al compimento di un tirocinio sono state abrogate dal decreto legislativo n. 115/1992, che prevede un procedimento per il riconoscimento del titolo professionale di avvocato ottenuto in un altro Stato membro.

34. — La Commissione considera tuttavia che i requisiti di certezza del diritto non siano rispettati, dato che le modifiche apportate all'art. 17, n. 1, del decreto-legge n. 1578/33 non sono state trascritte in tale disposizione. L'esistenza di due norme contraddittorie renderebbe più difficile per un privato la conoscenza delle norme giuridiche applicabili e complicherebbe pertanto l'esercizio dei diritti comunitari di cui godono gli avvocati cittadini degli altri Stati membri.

35. — Il governo italiano si riferisce a tal proposito al principio della preminenza, in caso di successione di leggi nel tempo, della norma successiva su quella precedente nel caso in cui queste ultime siano incompatibili tra di loro.

36. — A tale proposito, è pacifico, da un lato, che le disposizioni modificative figuranti nella legge n. 146/1994 e nel decreto legislativo n. 115/1992 sono vincolanti e, dall'altro, che esse hanno come effetto l'abrogazione degli obblighi, figuranti all'art. 17, n. 1, del decreto legge n. 1578/33, relativi al possesso della cittadinanza italiana e di una laurea in giurisprudenza, nonché al compimento di un tirocinio di due anni dinanzi agli organi giurisdizionali italiani, per aver accesso alla professione di avvocato.

37. — Orbene, le dette disposizioni modificative soddisfano i due requisiti prescritti dalla Corte affinché il diritto nazionale sia compatibile con il diritto comunitario primario, condizioni secondo le quali l'incompatibilità di una normativa nazionale con le disposizioni comunitarie, persino direttamente applicabili, può essere definitivamente soppressa solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare (v., in particolare, sentenza 9 marzo 2000, Commissione/Italia, *cit.*, punto 17).

38. — Nel caso di specie l'abrogazione delle pertinenti disposizioni del decreto-legge n. 1578/33 con la legge n. 146/1994 e con il decreto legislativo n. 115/1992 risulta automaticamente dall'applicazione del principio della preminenza delle leggi successive, principio comune alle tradizioni giuridiche degli Stati membri.

39. — Pertanto occorre dichiarare che, nel caso di specie, i requisiti relativi alla certezza del diritto non sono stati violati.

40. — Di conseguenza, la seconda parte della seconda censura della Commissione non può essere accolta.

Sulla terza e quarta censura

41. — La terza e quarta censura della Commissione, che occorre esaminare insieme, riguardano la trasposizione e l'applicazione, nella pratica, dell'art. 4 della direttiva 89/48 riguardante la prova attitudinale prevista da tale disposizione.

Argomentazione delle parti

42. — Con la quarta censura la Commissione addebita alla Repubblica italiana di aver trasposto in modo incompleto la direttiva 89/48, poiché essa non ha elaborato una normativa che stabilisca le modalità d'applicazione della prova attitudinale come definita dall'art. 1, lettera g), primo comma, della detta direttiva.

43. — La Commissione sostiene che il decreto legislativo n. 115/1992, che mira a trasporre gli articoli 1, lettera g), e 4 della direttiva 89/48, prevede, agli articoli 9 e 11, che «le disposizioni e direttive generali» per l'applicazione della prova attitudinale devono essere promulgate dal Ministro della giustizia italiano. Orbene, tali misure non sarebbero state adottate.

44. — In pratica, gli articoli 1, lettera g), e 4 della direttiva 89/48 sarebbero trasposti dalle autorità italiane con singoli decreti ministeriali, in quanto per ciascun candidato verrebbe elaborata una prova attitudinale personale. Secondo la Commissione, tale prassi amministrativa colloca i candidati in una situazione di incertezza giuridica che non permette loro di prevedere le materie sulle quali si articolerà la prova attitudinale né il numero di queste ultime, il modo in cui tale prova sarà divisa tra esame scritto ed esame orale, i criteri di valutazione degli esami e altri aspetti essenziali dello svolgimento della detta prova.

45. — Con la terza censura la Commissione contesta l'applicazione concreta fatta dalle autorità italiane della prova attitudinale prevista dall'art. 4, n. 1, lettera b), della direttiva 89/48 per gli avvocati provenienti da altri Stati membri.

46. — Secondo la Commissione, alla luce delle informazioni in suo possesso, vale a dire il testo dei singoli decreti ministeriali di riconoscimento dei titoli professionali, di cui all'art. 12, n. 5, del decreto legislativo n. 115/1992, e delle informazioni ricevute nell'ambito delle denunce di avvocati provenienti da Stati membri diversi dalla Repubblica italiana mediante le quali essa era stata interpellata, emerge che la prova attitudinale può riguardare dieci materie, nonché l'organizzazione giudiziaria e la deontologia dell'avvocato, e si compone di un esame scritto e di un esame orale. L'esame scritto, che consiste nella redazione di un atto giudiziario o di un parere, riguarda tre materie scelte dalla commissione d'esame fra le dieci possibili, nonché l'organizzazione giudiziaria e la deontologia dell'avvocato, mentre l'esame orale, che consiste nel rispondere a brevi quesiti pratici, riguarda tutte le materie nonché l'organizzazione giudiziaria e la deontologia dell'avvocato.

47. — La Commissione rimprovera alle autorità italiane l'applicazione di una prassi discriminatoria a causa dell'eccessiva difficoltà della prova attitudinale rispetto all'esame d'abilitazione al quale si devono sottoporre gli avvocati italiani. Quest'ultimo esame comporterebbe parimenti una parte scritta ed una parte orale. Tuttavia, l'esame scritto riguarderebbe solo tre materie, di cui una viene scelta dal richiedente, e l'esame orale soltanto cinque materie, tutte scelte dal richiedente, alle quali si aggiungono questioni sull'organizzazione giudiziaria e sulla deontologia dell'avvocato.

48. — Secondo le statistiche dell'anno 1998 fornite dalla Commissione nella sua replica, su ventinove avvocati cittadini degli altri Stati membri che hanno chiesto ed ottenuto il riconoscimento del loro titolo professionale in Italia, diciotto hanno superato una prova attitudinale riguardante una sola materia. La Commissione osserva tuttavia che, per gli altri undici richiedenti, la prova attitudinale si incentrava rispettivamente, in un caso, su sette materie, in un altro, su nove materie e, per quanto riguarda altri otto casi, su tutte le materie nonché sull'organizzazione giudiziaria e sulla deontologia dell'avvocato.

49. — Il governo italiano sostiene che il decreto legislativo n. 115/1992 traspone in maniera completa la direttiva 89/48.

50. — Per quanto riguarda il contenuto dettagliato della prova attitudinale, il detto governo sottolinea che l'esistenza di un certo potere discrezionale è necessaria, dato che sono diverse le competenze professionali degli avvocati acquisite in ciascuno Stato membro. Esso sostiene inoltre che la prova attitudinale prende in considerazione la qualifica professionale acquisita da un avvocato in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana e che il decreto legislativo n. 115/1992 e la sua applicazione rispondono a quanto prescritto dal diritto comunitario.

Giudizio della Corte

51. — L'art. 1, lettera g), secondo comma, della direttiva 89/48 prevede che, per permettere l'organizzazione della prova attitudinale, le autorità competenti dello Stato membro ospitante «redigono un elenco delle materie che, attraverso un confronto tra la formazione richiesta nello Stato rispettivo e quella ricevuta dal richiedente, non sono comprese nel diploma o nel/nei titolo/i presentato/i dal richiedente».

52. — Così, il contenuto preciso della prova attitudinale deve essere stabilito caso per caso, dopo aver proceduto ad un raffronto puntuale delle qualifiche e dell'esperienza del richiedente — il quale, come si rileva nel nono "considerando" della direttiva 89/48, «è una persona già formata professionalmente in un altro Stato membro» — con l'elenco delle materie considerate indispensabili alla formazione della professione di cui trattasi.

53. — L'art. 1, lettera g), della direttiva 89/48, sebbene non richieda che gli Stati membri regolino in dettaglio tutti gli aspetti della prova attitudinale, non li esonera tuttavia dall'obbligo di precisare e di pubblicare le materie considerate indispensabili per l'esercizio della professione e le modalità della detta prova attitudinale, affinché i richiedenti possano conoscere, in generale, la natura e il contenuto della prova alla quale eventualmente saranno sottoposti. In mancanza di tale normativa, l'attuazione, caso per caso, del confronto previsto dall'art. 1, lettera g), secondo comma, della direttiva 89/48 rischia di essere arbitraria, e persino discriminatoria.

54. — Orbene, è pacifico che il decreto legislativo n. 115/1992 non definisce né le materie considerate indispensabili per l'esercizio della professione d'avvocato in Italia né le modalità della prova attitudinale, creando in tal modo una situazione d'incertezza, e persino d'insicurezza giuridica. Non si può quindi considerare che il detto decreto legislativo abbia trasposto in modo completo la direttiva 89/48.

55. — Occorre dichiarare quindi che la Repubblica italiana non ha trasposto completamente la direttiva 89/48, di modo che la quarta censura della Commissione è fondata.

56. — Quanto alle fattispecie richiamate dalla Commissione a sostegno della sua terza censura, sebbene possano quanto meno avvalorare l'impressione che, in pratica, l'attuazione della prova attitudinale manchi di coerenza e di trasparenza, occorre tuttavia rilevare che non sono stati dati alla Corte elementi sufficienti atti ad accertare un inadempimento degli obblighi derivanti dalla direttiva 89/48 quanto all'attuazione, caso per caso, della detta prova attitudinale. Di conseguenza, la terza censura della Commissione non può essere accolta.

57. — Tenuto conto di tutte le considerazioni di cui sopra occorre dichiarare che:

mantenendo, in violazione dell'art. 59 del Trattato, il divieto generale imposto agli avvocati stabiliti in altri Stati membri ed esercitanti in Italia in regime di libera prestazione di servizi di disporre in tale Stato dell'infrastruttura necessaria all'effettuazione delle loro prestazioni;

obbligando, in violazione dell'art. 52 del Trattato, gli avvocati a risiedere nella circoscrizione del tribunale da cui dipende l'albo al quale essi sono iscritti, e

recependo in maniera incompleta la direttiva 89/48, stante l'assenza di una regolamentazione che stabilisce le modalità della prova attitudinale per gli avvocati provenienti da altri Stati membri,

la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dagli articoli 52 e 59 del Trattato nonché alla direttiva 89/48.

58. — Per il resto occorre respingere il ricorso».

(*omissis*).

SULL'ILLEGITTIMITÀ DI UN REGIME SANZIONATORIO DIFFERENZIATO DEI NON RESIDENTI

Corte di Giustizia delle Comunità europee, sez. 6^a, 19 marzo 2002, nella **causa C-224/00** – *Presidente Macken* – *Relatore Skouris* – *Avvocato Generale Stix-Hackl* – Commissione delle Comunità europee (ag. C. O' Reilly e G. Bisogni) c/Repubblica Italiana (avv. Stato O. Fiumara).
(Trattato CE, art. 12; decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285; codice della strada articoli 202-207).

la massima

La Repubblica Italiana, mantenendo in vigore, nell'art. 207 del codice della strada, un trattamento differenziato e non proporzionato dei trasgressori in base al luogo di immatricolazione dei veicoli, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 6 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 12 CE.

il commento

La Corte ha ammesso, sulla scia della sua precedente sentenza 23 gennaio 1997, nella causa C-29/1995, PASTOORS E TRANS-CAP, che è in linea di massima giustificato il trattamento differenziato che il codice della strada italiano fa ai trasgressori alla guida di veicoli non immatricolati in Italia (praticamente nei confronti, quindi, dei non residenti), in considerazione della mancanza di strumenti internazionali o comunitari che assicurino che una sanzione pecuniaria per un'infrazione al codice della strada irrogata in uno Stato membro possa essere eseguita, eventualmente, in un altro Stato membro, con il rischio che tale sanzione non sia riscossa. La Corte, però, limita la tolleranza alla differenziazione nei confronti dei non residenti alla sola possibilità di richiedere ad essi, ove non conciliano immediatamente pagando il minimo, il rilascio di una garanzia per il pagamento di tale minimo, non trovando giustificazione la richiesta di una garanzia per il pagamento di una somma pari al doppio del minimo della sanzione irrogata. Essa ammette che in tal modo il trasgressore non residente potrebbe avere un vantaggio rispetto al trasgressore residente, in quanto, in caso di rigetto del suo ricorso al Prefetto, si troverebbe esposto solo alla perdita della cauzione per il minimo, laddove il residente sarebbe tenuto a pagare il doppio di tale minimo: questo inconveniente è superato dalla Corte osservando che «il pagamento della sanzione potrebbe essere assicurato da altre misure che sarebbero imposte in una fase successiva».

Francamente non si vede quali possano essere le idonee misure da imporre in una fase successiva, e ciò quantomeno in attesa di una soluzione comunitaria, senz'altro auspicabile e che pure è *in fieri*: nell'ambito dell'*accordo di Schengen — gruppo III — cooperazione giudiziaria* è in preparazione uno schema di convenzione per la cooperazione fra gli Stati membri nella contestazione delle infrazioni stradali e per l'esecuzione della relativa san-

zione pecuniaria. Nell'attesa la Corte, in sostanza, nel ponderare gli opposti interessi, da una parte dell'autorità nazionale di assicurarsi la riscossione effettiva e completa della sanzione nei confronti del trasgressore non residente, e dall'altra di quest'ultimo a non trovarsi in una situazione troppo differenziata e più gravosa, ha scelto una via di mezzo, riconoscendo all'autorità il diritto di riscuotere subito il minimo della sanzione o di aver comunque la garanzia del pagamento di tale minimo, ma ha sottratto il trasgressore all'obbligo più gravoso di offrire una garanzia per il doppio del minimo come condizione per l'esercizio del suo diritto alla contestazione della violazione.

O.F.

gli argomenti della decisione

(omissis)

«1. — Con atto introduttivo depositato nella cancelleria della Corte il 31 maggio 200, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso diretto a far dichiarare che la Repubblica italiana, mantenendo in vigore una normativa (art. 207 del codice della strada) che introduce un trattamento differenziato e non proporzionato dei trasgressori in base al luogo di immatricolazione dei veicoli, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 6 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 12 CE).

(omissis)

5. — Ritenendo che l'art. 207 del codice della strada stabilisse un trattamento differenziato e non proporzionato dei trasgressori in base al luogo di immatricolazione dei veicoli, contrario all'art. 6 del Trattato, la Commissione avviava il procedimento per inadempimento. Dopo aver intimato alla Repubblica italiana di presentare le proprie osservazioni, la Commissione emetteva, il 2 ottobre 1998, un parere motivato con il quale invitava lo Stato membro ad adottare le misure necessarie per conformarsi nel termine di due mesi dalla notifica.

6. — Con lettere 22 ottobre e 12 novembre 1998 le autorità italiane contestavano l'effettiva sussistenza dell'asserito inadempimento sostenendo, in particolare, che l'art. 207 non aveva provocato alcuna osservazione da parte delle autorità comunitarie allorché il codice della strada era stato loro notificato. Con lettera 18 gennaio 1999 le autorità italiane segnalavano alla Commissione che stavano esaminando la possibilità di inserire emendamenti al disegno di legge recante modifiche di tale codice che era all'esame del Parlamento. Successivamente, però alla Commissione non veniva trasmessa alcuna notizia quanto all'eventuale modifica dell'art. 207 del codice della strada.

7. — In tale contesto la Commissione ha deciso di presentare il ricorso di cui trattasi.

Motivi e argomenti delle parti

8. — La Commissione sostiene che la normativa italiana comporta una discriminazione in base al luogo di immatricolazione del veicolo che corrisponde, di fatto, ad una disparità di trattamento fra trasgressori residenti e trasgressori non residenti. I secondi sarebbero svantaggiati rispetto ai primi in quanto sarebbero tenuti ad effettuare il pagamento immediato del minimo della sanzione o a costituire una cauzione pari al doppio del minimo a pena di ritiro della patente o del fermo amministrativo del loro veicolo. Poiché la categoria dei contravventori non residenti tende a coincidere con quella dei cittadini degli altri Stati membri, tale disparità di trattamento produrrebbe una discriminazione indiretta in base alla cittadinanza, attuata a scapito dei cittadini degli altri Stati membri.

9. — Pur rilevando che la Corte, nella sentenza 23 gennaio 1997, causa C-29/95, *Pastoors e Trans-Cap* (*Racc.*, I-285), ha riconosciuto che una disparità di trattamento fra trasgressori residenti e non residenti può giustificarsi oggettivamente se è volta ad impedire che i trasgressori non residenti si sottraggano al pagamento delle sanzioni e se è proporzionata a tale scopo, la Commissione afferma che il regime introdotto dall'art. 207 del codice della strada è all'evidenza sproporzionato e discriminatorio, e perciò contrario all'art. 6 del Trattato.

10. — Secondo la Commissione sarebbe bastato che la normativa italiana prevedesse il pagamento immediato di una cauzione pari al minimo edittale per fornire alle autorità italiane tutte le garanzie necessarie, pur restando proporzionata allo scopo prefisso, che è quello di ottenere il pagamento della somma prevista dall'art. 202 del codice della strada senza ledere il diritto dei non residenti ad un termine di ripensamento.

11. — Il governo italiano riconosce che la normativa italiana discrimina indirettamente in base alla cittadinanza.

12. — Riferendosi ai punti 22 e 24 della citata sentenza *Pastoors e Trans-Cap* esso fa tuttavia valere che tale discriminazione è indispensabile per garantire il pagamento delle sanzioni dovute dai trasgressori non residenti, in considerazione della mancanza di idonei strumenti comunitari o convenzioni bilaterali tra la Repubblica italiana e gli altri Stati membri che garantiscano l'esecuzione all'estero delle sanzioni in esame.

13. — La soluzione prospettata dalla Commissione non sarebbe idonea, da un lato perché non eliminerebbe l'aspetto più grave della discriminazione, ossia l'obbligo di pagamento immediato, e dall'altro perché offrirebbe un vantaggio al non residente che contestasse la violazione presentando ricorso dinanzi al prefetto, se tale ricorso fosse successivamente respinto. In tal caso, infatti, una cauzione di importo pari al minimo non basterebbe a coprire la sanzione, che la normativa italiana prevede non possa essere inferiore al doppio del minimo.

Giudizio della Corte

14. — Si deve preliminarmente ricordare che l'art. 6 del Trattato, espressione specifica del principio generale di uguaglianza, vieta ogni discriminazione basata sulla cittadinanza.

15. — Per giurisprudenza costante le norme relative alla parità di trattamento fra cittadini dello Stato membro considerato e cittadini di altri Stati membri vietano non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma anche qualsiasi discriminazione dissimulata che, basandosi su altri criteri di distinzione, pervenga di fatto al medesimo risultato (sentenza Pastoors e Trans-Cap, *cit.*, punto 16).

16. — Nel caso in esame la normativa italiana riserva ai trasgressori del codice della strada un trattamento differenziato in funzione del luogo di immatricolazione del loro veicolo. In particolare, in caso di infrazione commessa con un veicolo immatricolato in Italia, il trasgressore dispone di un termine di sessanta giorni, decorrenti dalla contestazione o dalla notificazione dell'infrazione, per il pagamento del minimo edittale; entro tale termine può anche presentare ricorso al prefetto, se non ha già pagato il suddetto minimo. Invece dall'art. 207 del codice della strada risulta che, in caso di infrazione commessa con un veicolo immatricolato in un altro Stato membro o munito di targa EE, il trasgressore deve o versare immediatamente il minimo edittale oppure, in particolare se intende contestare l'infrazione dinanzi al prefetto, costituire una cauzione pari al doppio del minimo, a pena di ritiro della patente o di fermo amministrativo del veicolo.

17. — Risulta così che l'art. 207 del codice della strada introduce una disparità di trattamento a scapito dei trasgressori in possesso di un veicolo immatricolato in un altro Stato membro.

18. — È ben vero che tale disparità di trattamento non è direttamente basata sulla cittadinanza. Tuttavia, è pacifico che, in Italia, la grande maggioranza dei trasgressori in possesso di un veicolo immatricolato in un altro Stato membro non è di cittadinanza italiana, mentre lo è la grande maggioranza dei trasgressori in possesso di un veicolo immatricolato in Italia.

19. — Ne consegue che la disparità di trattamento introdotta con l'art. 207 del codice della strada a scapito dei trasgressori in possesso di un veicolo immatricolato in un altro Stato membro comporta, di fatto, il medesimo risultato di una discriminazione basata sulla cittadinanza.

20. — Tuttavia questa considerazione non è sufficiente, ai sensi della giurisprudenza della Corte, per concludere nel senso dell'incompatibilità di siffatta disposizione nazionale con l'art. 6 del Trattato. A tal fine va accertato se l'art. 207 del codice della strada non sia giustificato da ragioni obiettive (v., in tal senso, la citata sentenza Pastoors e Trans-Cap, punto 19) e non sia proporzionato allo scopo perseguito. Se non è così, la disposizione nazionale di cui trattasi dev'essere considerata come vietata dall'art. 6 del Trattato.

21. — Per quanto riguarda le circostanze atte a giustificare una disparità di trattamento fra trasgressori, dai punti 21 e 22 della citata sentenza Pastoors e Trans-Cap risulta che la mancanza di strumenti pattizi che consentano di assicurare l'esecuzione di una condanna in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata pronunciata giustifica oggettivamente una

disparità di trattamento fra trasgressori residenti e trasgressori non residenti e che l'obbligo imposto ai soli trasgressori non residenti, di versare una somma a titolo di cauzione è atto ad impedire che essi possano sottrarsi a una sanzione effettiva semplicemente dichiarando che non intendono accettare la riscossione immediata della sanzione.

22. — Benché la considerazione con tenuta nel punto 21 della presente sentenza sia stata fatta dalla Corte nell'ambito di una causa in cui la disparità di trattamento fra trasgressori era operata in funzione della loro residenza, essa resta valida al fine di valutare se la disparità di trattamento introdotta dall'art. 207 del codice della strada a scapito dei trasgressori in possesso di un veicolo immatricolato in un altro Stato membro sia o meno compatibile con l'art. 6 del Trattato. Il governo italiano ha infatti ammesso nel controricorso che la disparità di trattamento di cui si tratta nel caso in esame corrisponde di fatto ad una disparità di trattamento fra trasgressori residenti e non residenti.

23. — Considerato quanto precede, si deve rilevare che, come ha giustamente sostenuto il governo italiano senza essere contestato dalla Commissione, in mancanza di strumenti internazionali o comunitari che assicurino che una sanzione pecuniaria per un'infrazione al codice della strada irrogata in uno Stato membro possa essere eseguita, eventualmente, in un altro Stato membro, esiste il rischio che tale sanzione non sia riscossa. Inoltre la Commissione non ha contestato l'affermazione del suddetto governo secondo la quale non esistono neanche convenzioni bilaterali tra la Repubblica italiana ed altri Stati membri atte ad assicurare tale esecuzione.

24. — Tali circostanze giustificano il trattamento differenziato introdotto dall'art. 207 del codice della strada nei limiti in cui esso consiste nel richiedere ai soli trasgressori in possesso di un veicolo, immatricolato in un altro Stato membro il versamento di una cauzione o la presentazione di un documento fideiussorio.

25. — Tuttavia, nei limiti in cui l'importo stabilito per tale cauzione o tale documento di garanzia è pari al doppio del minimo previsto in caso di pagamento immediato, il che ha l'effetto di indurre i trasgressori di cui all'art. 207 del codice della strada ad effettuare il pagamento immediato del minimo e perciò a rinunciare al termine per il ripensamento che la legge concede loro per decidere se intendono contestare l'infrazione dinanzi al prefetto, il trattamento differenziato introdotto da tale articolo appare come sproporzionato rispetto allo scopo perseguito da questa disposizione.

26. — Tale scopo infatti consiste nel garantire il pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dai trasgressori in possesso di un veicolo immatricolato in un altro Stato membro. Orbene, come giustamente la Commissione ha dichiarato, tale obiettivo potrebbe essere parimenti conseguito qualora i trasgressori di cui all'art. 207 del codice della strada fossero tenuti a versare a titolo di cauzione una somma pari al minimo edittale e tale cauzione potesse venir incamerata dalle autorità italiane alla scadenza del termine di sessanta giorni, previsto dall'art. 202 del suddetto codice.

27. — Il governo italiano sostiene tuttavia che una simile disposizione non sarebbe atta ad assicurare il pagamento della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 204 del codice della strada nel caso in cui il trasgressore di cui all'art. 207 di tale codice presentasse dinanzi al prefetto, nel termine di sessanta giorni, un ricorso che finisse per essere respinto. In tal caso, infatti, il trasgressore è tenuto al pagamento di una sanzione che non può essere inferiore al doppio del minimo edittale.

28. — Questo argomento del governo italiano non può rimettere in discussione la considerazione effettuata al punto 25 della presente sentenza e dev'essere, di conseguenza, respinto. Come giustamente ha rilevato la Commissione, il pagamento della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 204 del codice della strada potrebbe essere assicurato da altre misure che sarebbero imposte in una fase successiva.

29. — Viste tutte le considerazioni che precedono, si deve dichiarare che la Repubblica italiana, mantenendo in vigore, nell'art. 207 del codice della strada, un trattamento differenziato e non proporzionato dei trasgressori in base al luogo di immatricolazione dei veicoli, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 6 del Trattato».

(omissis)

Cause C-261 e C-262 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Aiuti di Stato – Aiuti alla macellazione** – Artt. 87 del Trattato CE – Ordinanza del Hof van Beroep di Anversa (Belgio).

IL FATTO

La Commissione, con decisione 7 maggio 1991 (in GUCE 25 ottobre 1991, n. 43) dichiarava: «Art. 1: l'aiuto accordato dal governo belga nel settore dei bovini e dei suini finanziato attraverso il contributo obbligatorio previsto dal regio decreto 11 dicembre 1987, relativo al contributo obbligatorio al Fonds voor gerondheid e de productie von de dieren è incompatibile con il mercato comune ai sensi dell'art. 92 del Trattato e va quindi soppresso in quanto il contributo obbligatorio colpisce, allo stadio della macellazione, anche i prodotti importati in provenienza dagli altri stati membri». Indipendentemente dall'esame espletato dalla Commissione, talune imprese belghe che importavano vitelli dagli altri Stati membri hanno citato in giudizio lo Stato belga per sentirlo condannare alla restituzione delle somme pagate; il giudice ha sospeso il procedimento ed ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione di talune disposizioni del trattato, tra cui l'art. 87 (ex art. 92) è della Trattato relativo agli aiuti di Stato.

I QUESITI

1. — Se nelle circostanze sopra esaminate, sia conforme al diritto comunitario e, in particolare, all'art. 88, n. 3 (ex art. 93, del Trattato CEE), un regime di aiuti che, dopo essere stato comunicato, viene ritenuto dalla Commissione in data 30 luglio 1996 compatibile con il mercato comune e ai sensi del quale lo Stato membro impone con effetto retroattivo nell'interesse generale contribuiti:

per il finanziamento di un «fondo per la salute e la produzione degli animali»;

alle persone fisiche e giuridiche la cui natura iscritta negli articoli 14, 15 e 16 della sopramenzionata legge 23 marzo 1998 quale modificata dalla Corte arbitrale con lodo 9 febbraio 2000 pronunciato nelle controversie n. 1414, 1450, 1452, 1453 e 1454;

nonostante le attività descritte in tali articoli siano situate nel periodo dal 1988 fino al 21 maggio 1986, quando ai detti aiuti non era stata data ancora alcuna autorizzazione.

2. — Se la decisione della commissione 30 luglio 1996 doveva solo provvedere a determinare la portata di una autorizzazione individuale agli Stati membri per dare attuazione agli aiuti previsti.

3. — Se i soggetti passivi tenuti al pagamento dei contributi siano stati riguardati direttamente e individualmente da tale atto della Commissione secondo l'accezione dell'art. 230 (ex art. 173) del Trattato CEE.

4. — In caso di soluzione negativa della questione sub 3) se il diritto comunitario consente che, in quanto beneficiari dell'aiuto, i soggetti passivi tenuti al pagamento dei contributi che sollevino una eccezione di incompetenza avverso l'atto della Commissione di cui trattasi che concede l'autorizzazione a dare attuazione all'aiuto del quale beneficiano.

5. — Nell'ipotesi in cui dovesse ritenersi che gli appellanti, in quanto soggetti passivi tenuti al pagamento dei contributi e/o in quanto beneficiari dell'aiuto, siano riguardati direttamente e individualmente dal controverso atto della Commissione e possano legittimamente apporvi un'eccezione di incompetenza se la Commissione con decisione 30 luglio 1996 abbia ecceduto i limiti del suo potere discrezionale e violato l'art. 88, n. 3 (ex art. 93, n. 3) del Trattato CEE.

Cause C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Casse malattia e loro federazioni – Fissazione massimali – Concorrenza – Nozione di impresa e di associazione di impresa – Accordi vietati** – Articoli 81 e 86 Tr. CE – Ordinanze del Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania) del 18 maggio 2001 e dell'11 luglio 2001 – Notificate il 20 novembre 2001.

IL FATTO

I giudici *a quo* con diverse ordinanze riunite nella trattazione presso la Corte di Giustizia, sottoponevano la questione se gli enti del regime legale di assicurazione malattia e le loro federazioni debbano essere considerati rispettivamente imprese e associazioni di imprese e, di conseguenza, essere sottoposti al diritto comunitario della concorrenza.

Le disposizioni del Trattato CE relative alla materia in esame contengono norme generali, che hanno trovato una loro specificazione nella giurisprudenza comunitaria. Infatti, risale al giudice comunitario la definizione di impresa come qualsiasi entità — persona fisica o giuridica — che esplica una attività economica, indipendentemente dallo stato giuridico di questa entità e dal suo modo di finanziamento. Al riguardo è irrilevante il modo di finanziamento dell'attività o il fatto che in concreto essa sia svolta senza fini di lucro, essendo sufficiente che sia suscettibile, almeno in via di principio, di essere esercitata al fine di conseguire un profitto.

I QUESITI

Si riporta il quesito della causa C 264/01 (uguale alla causa C 306/01):

1. — Se l'art. 81, n. 1, CE sia da interpretare nel senso che le federazioni rappresentative delle casse malattia del regime legale di uno Stato membro debbano essere considerate associazioni di imprese ovvero, qualora una federazione rappresentativa sia nello stesso tempo un ente diretto del regime legale di assicurazione malattia, imprese ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, in relazione all'attività congiunta di fissazione uniforme di massimali per i medicinali, applicabili nello Stato membro, i quali rappresentano di

volta in volta il prezzo massimo al quale le casse malattia del regime legale, tenute alla prestazione in natura nei confronti dei loro assicurati, comprano e pagano i medicinali e limitano in tal modo la portata del loro obbligo di prestazione nei confronti dei loro assicurati.

2. — In caso di soluzione affermativa della prima questione:

a) se le fissazioni di massimali del tipo di cui sub 1 debbano considerarsi accordi (o decisioni) delle federazioni rappresentative delle casse malattia del regime legale che, in quanto restrizioni della concorrenza, in particolare quelle ai sensi dell'art. 81, n. 1, lettera a), CE, rientrano nell'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 81, n. 1, CE.

b) se la questione sub 2.a) debba comunque avere soluzione affermativa qualora lo scopo della normativa sui massimali consista tra l'altro nell'esaurire le riserve di economicità dei produttori di medicinali in relazione al prezzo di vendita, e l'applicazione della normativa sui massimali nello Stato membro abbia finora fatto sì che circa il 93% delle confezioni di medicinali offerte sul mercato e che rientrano nella disciplina dei massimali non superino (più) i massimali di volta in volta stabiliti.

3. — In caso di soluzione affermativa anche delle questioni sub 2 (o di una delle questioni sub 2): se un sistema di massimali del tipo di cui sub 1 e sub 2 possa essere escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE conformemente all'art. 86, n. 2, prima frase, CE, sebbene le federazioni rappresentative delle casse malattia del regime legale in relazione alla fissazione di massimali costituiscano l'esponente della domanda più importante e, complessivamente considerate, in posizione dominante sul mercato dei medicinali, e sebbene, come soluzione del problema della riduzione dei costi della sanità pubblica, venga in considerazione anche il conferimento del potere di fissare siffatti massimali ad un'istituzione che non è parte nel mercato dei medicinali, in particolare al governo federale o ad un ministro federale.

4. — In caso di soluzione affermativa anche della questione sub 3:

a) quali requisiti debbano possedere e dimostrare le federazioni rappresentative delle casse malattia per poter beneficiare della deroga di cui all'art. 86, n. 2, prima frase, CE in relazione alle fissazioni di massimali.

b) ovvero, se la concessione della deroga di cui all'art. 86, n. 2, prima frase, CE sia già esclusa ai sensi dell'art. 86, n. 2, seconda frase, CE, a causa degli effetti del sistema dei massimali sugli scambi commerciali.

Si riporta il quesito della causa C 354/01 (uguale alla causa C 355/01):

1. — Se gli articoli 81 e 82 CE debbano essere interpretati nel senso che ostino ad una normativa nazionale ai sensi della quale le federazioni rappresentative delle casse del regime di assicurazione legale contro i rischi di malattia fissano per tutte le casse di assicurazione legale contro i rischi di malattia e per quelle integrative, i massimali obbligatori entro i quali le casse malattia assumono a proprio carico le spese sanitarie, nella misura in cui il legislatore determina allo stesso tempo i criteri sulla base dei quali i massimali devono essere fissati stabilendo, tra l'altro, che mediante determinate somme viene assicurato un approvvigionamento completo qualitativamente

garantito degli affiliati nonché la disponibilità di sufficienti terapie alternative e tale fissazione è assoggettata a un completo controllo giurisdizionale sia su iniziativa dell'assicurato, come pure del produttore di specialità medicinali interessato.

2. — In caso di soluzione affermativa della questione sub 1):

se, ai sensi dell'art. 86, n. 2, CE gli articoli 81 e 82 CE non si applichino qualora una siffatta fissazione sia diretta ad assicurare, nei termini contemplati dal paragrafo 35 dello SGB V, stabilità al sistema di assicurazione sociale contro i rischi di malattia che viene messo a repentaglio in conseguenza di una forte crescita dei costi.

3. — In caso di soluzione affermativa della questione sub 1) e negativa della questione sub 2):

se esistano diritti di natura comunitaria al risarcimento del danno e alla rimozione degli atti delle federazioni rappresentative come le convenute anche quando queste nel fissare i massimali producano le conseguenze di una disposizione di legge e il rifiuto di partecipare a tale fissazione non dia luogo a loro carico a sanzioni sulla base del diritto nazionale.

Causa C-300/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Libera circolazione di capitali – Divieto di discriminazione – Acquisto di fondo edificabile – Transazioni immobiliari – Accordo SEE – Accordo di adesione – Ordinanza del «Landesgericht Feldkirch» (Austria) – Emessa il 10 luglio 2001 – Notificata il 25 ottobre 2001.**

IL QUESITO

Se sia compatibile con la libera circolazione dei capitali che, per l'acquisto di un fondo edificabile venga richiesto un nullaosta amministrativo con effetto costitutivo rilasciato dall'autorità competente in materia di transazioni immobiliari (*Grundverkehrsbhorder*) — Quesiti 1 e 2 *omissis*.

Causa C-308/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Servizi assicurativi o servizi connessi – IVA – Provvedimenti speciali di deroga – Artt. 27 e 33 Sesta direttiva IVA n. 77/388/CEE – Artt. 81, 1 e 88 CE – Ordinanza del «Vat and Duties Tribunal» (Regno Unito) – Emessa il 24 luglio 2001 – Notificata il 21 gennaio 2002.**

IL FATTO

I quesiti hanno origine da un procedimento davanti ad un Tribunale inglese nel corso del quale le ricorrenti, società che prestano servizi assicurativi o servizi connessi riguardanti elettrodomestici e sono soggette all'imposta sul premio assicurativo nel Regno Unito, lamentano di aver pagato una aliquota più elevata del dovuto ed hanno richiesto il relativo rimborso all'Ente preposto ricevendo un diniego.

I QUESITI

1. – Se l'art. 27 della Sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari — Sistema comune di imposta sul

valore aggiunto: base imponibile uniforme, debba essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui non vi sia stata evasione o elusione fiscale, fosse necessaria l'autorizzazione del Consiglio prima di introdurre un'aliquota più elevata dell'imposta sui premi assicurativi, aliquota che *a)* era intesa a vanificare l'esenzione a favore dei servizi assicurativi prevista dall'art. 13 della direttiva, *b)* era identica all'aliquota base dell'imposta sul valore aggiunto; *c)* era applicata nello stesso modo in cui si applica l'imposta sul valore aggiunto e *d)* era intesa ad essere parte di un tutto inseparabile insieme all'imposta sul valore aggiunto.

2. — Se l'art. 33 della Sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari — Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, debba essere interpretato nel senso che vieta agli Stati membri di introdurre un'imposta sui premi assicurativi che *a)* è calcolata con riferimento ai servizi prestati, *b)* è proporzionale al prezzo di questi ultimi, *d)* è sopportata dal consumatore nella fase finale di vendita, *e)* viene trasferita al consumatore finale nella maniera tipica dell'imposta sul valore aggiunto, sicché l'onere dell'imposta grava sul consumatore finale, *f)* si applica in tutto il territorio del Regno Unito e che, tuttavia, non si applica in modo generale a tutte le transazioni relative ai beni e ai servizi.

3. — Se l'art. 87, n. 1, CE vada interpretato nel senso che si deve ritenere che un aiuto incida sugli scambi tra Stati membri solo nel caso in cui abbia o sia idoneo ad avere un effetto apprezzabile sul commercio tra Stati membri. Nel caso in cui tale questione venga risolta positivamente, quali siano i criteri per determinare se un provvedimento abbia o meno un effetto del genere.

4. — Se l'art. 87, n. 1, CE vada interpretato nel senso che si deve ritenere che un aiuto incida sugli scambi tra Stati membri nel caso in cui, a causa di tale aiuto, *a)* un commerciante attivo in uno Stato membro riduca i quantitativi dei prodotti che importa da altri Stati membri o *h)* molti dei contratti di locazione di elettrodomestici conclusi da un commerciante in uno Stato membro vengano sciolti e tale commerciante venda i detti elettrodomestici in un altro Stato membro o *c)* compagnie di assicurazioni che, in uno Stato membro, prestano servizi assicurativi tramite i venditori degli elettrodomestici sono rese meno competitive di società che vendono le assicurazioni direttamente, alcune delle quali sono associate di società in altri Stati membri.

5. — Nell'ipotesi in cui, alla luce della soluzione delle questioni 3) e 4), l'aliquota più elevata dell'imposta sul premio assicurativo costituisca un aiuto statale ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, se l'art. 88 CE debba essere interpretato nel senso che, ove la Commissione non venga informata di alcun progetto di concessione dell'aiuto, i provvedimenti legislativi che introducono il detto aiuto dovrebbero essere disapplicati e qualsiasi imposta pagata ai sensi di tali provvedimenti andrebbe rimborsata.

Causa C-314/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Appalti pubblici – Immediata applicabilità delle decisioni – Vincolatività delle decisioni dell'organo di controllo – Violazione della normativa comunitaria sostanziale** – Direttiva n. 665/1989/CEE – Ordinanza del Bundesvergabeamt – Ufficio federale austriaco per l'aggiudicazione dei contratti di appalto.

IL FATTO

L'ente aggiudicatore pubblicava il bando per l'espletamento di un procedimento di aggiudicazione in due fasi di un contratto di appalto per la concezione, programmazione, e creazione di un sistema di elaborazione elettronico dei dati regolato mediante schede elettroniche, comprese la fornitura iniziazione, personalizzazione, distribuzione e smaltimento delle schede per l'intera Austria; nonché l'installazione e manutenzione su tutto il territorio di apparecchi terminali, nonché l'appoggio presso un centro di elaborazione elettronica dei dati del sistema, l'appoggio di un servizio di centralino per le chiamate dell'utenza, per la lavorazione delle schede e altre prestazioni di servizi necessari per la gestione del sistema. Nel bando l'oggetto dell'opera veniva classificato, da un lato, sotto le categorie della nomenclatura comune «apparecchi e impianti di elaborazione dati», «installazione di computer ed altre apparecchiature per l'elaborazione dei dati» e, dall'altro lato, sotto le categorie della nomenclatura comune «*software* consulenza ed altri servizi di *software*», «programmazione di sistemi di informazione IS» o di «tecnologie (IT)», «prestazione di servizi per servizi di elaborazione dati», nonché «altre prestazioni di servizi». Il valore della commessa veniva stimato dall'ente aggiudicatore in circa ATS 900 milioni. Alla prima fase del procedimento prendevano parte sei associazioni di concorrenti, dopo che avevano presentato il documento per la partecipazione alla gara 57 imprese, delle quali solo 11 vi prendevano effettivamente parte. L'ente aggiudicatore decideva di invitare alla presentazione delle offerte cinque associazioni di concorrenti e di escludere il sesto concorrente. Al punto 1.9 della documentazione relativa alla gara di appalto, come pure al punto 1.8 della documentazione di aggiudicazione «invito alla presentazione delle offerte» del 15 marzo 2000, l'ammissibilità di prestazioni di imprese subappaltatrici era prevista in questi termini: «Il subappalto di parti dell'opera è consentito nella misura del 30% dell'opera e solo in quanto le parti di prestazioni tipicamente inerenti al contratto, la direzione del progetto, la concezione del sistema, lo sviluppo, la costruzione, la fornitura e la gestione delle componenti centrali specifiche del progetto del sistema complessivo, lo sviluppo, la fornitura, la gestione del ciclo di validità delle carte nonché lo sviluppo e la fornitura degli apparecchi terminali restino nelle mani dell'offerente o dell'associazione offerente». L'ente aggiudicatore ha posto tale disposizione esclusivamente in quanto criterio idoneo ad assicurare la fornitura dell'opera esente da difetti tecnici, dal momento che con la responsabilità personale del fornitore delle spese veniva posto in essere un maggiore incentivo ad una prestazione di servizi esente da difetti ed una più efficace possibilità di influenza dell'ente aggiudicatore. La documentazione di partecipazione alla gara costituiva il presupposto di tutte le domande di partecipazione alla prima fase del proce-

dimento. L'invito alla presentazione dell'offerta veniva comunicato a tutte le associazioni di concorrenti ammesse alla presentazione delle offerte. Quattro delle associazioni di concorrenti invitate alla presentazione delle offerte presentavano ciascuna come associazione di offerenti un'offerta. A tre di dette associazioni partecipava la Austria Cards, la quale incombeva la fornitura della voce delle prestazioni «forniture delle schede». L'ente aggiudicatore comunicava di intendere aggiudicare l'appalto alla IV associazione temporanea di offerenti. Le associazioni escluse adivano la Commissione per il controllo delle aggiudicazioni, perché procedesse ad una transazione. La commissione in un caso rifiutava di procedere alla transazione e negli altri due casi tentava di raggiungere un compromesso amichevole, che non poteva però essere raggiunto. Tutte le tre associazioni di offerenti non previste per l'aggiudicazione dell'appalto adivano quindi il Bundesvergabeamt con una domanda di controllo. Veniva tra l'altro chiesta la dichiarazione di nullità della decisione dell'ente aggiudicatore o di assegnare il contratto alla IV associazione temporanea di imprese offerente e, se del caso, all'ente aggiudicatore veniva chiesto di revocare il bando di gara. In una delle domande di controllo veniva chiesto che fossero dichiarate nulle numerose disposizioni del bando di gara, come pure alcune decisioni dell'ente aggiudicatore in relazione alla stima dell'offerta e, rispettivamente, all'espletamento del procedimento di aggiudicazione, nonché che fosse dichiarata nulla la decisione che giudicava l'appalto alla IV associazione offerente, come pure la decisione di non procedere ad una procedura negoziata. Veniva inoltre chiesto che all'ente aggiudicatore fosse fatto obbligo di ricondurre lo svolgimento del procedimento di aggiudicazione ad una fase in cui potessero essere regolarizzate le decisioni inficiate più dettagliatamente descritte e che da tale fase fosse ripreso lo svolgimento del procedimento di aggiudicazione. Se del caso, veniva chiesto che fosse dichiarato nullo l'intero procedimento di aggiudicazione, ed eventualmente l'intero bando di gara. Il Bundesvergabeamt respingeva tutte le domande per difetto di legittimazione e deduceva che le offerte dei richiedenti avrebbero dovuto essere state eliminate dall'ente aggiudicatore perché la Austria Cards partecipava a tutte e tre (ora richiedenti) associazioni di offerenti e lo scambio di informazioni così reso possibile, come pure le trattative necessitate dalla triplice partecipazione, dovevano considerarsi come un accordo che viola il principio della concorrenza tra offerenti.

I QUESITI

1. — Se le disposizioni della direttiva n. 89/665/CEE, e in particolare l'art. 2, n. 1, lettera *b*) eventualmente lette in combinazione con l'art. 2, n. 7, debbano essere interpretate nel senso che l'efficacia giuridica di una decisione di un organo di controllo nazionale ai sensi dell'art. 2, n. 8 della direttiva n. 89/665/CEE — avente ad oggetto la rimozione della decisione con la quale l'autorità aggiudicatrice rifiuta di revocare la procedura di aggiudicazione — riposta nel fatto che, qualora l'ordinamento giuridico nazionale non offra alcuna base legale in tal senso, la decisione dell'organo di controllo debba essere eseguita effettivamente e coattivamente nei confronti dell'ente

pubblico aggiudicatore, con la conseguenza che la decisione dell'organo di controllo nazionale pone senz'altro termine alla procedura di aggiudicazione di cui trattasi senza il compimento di ulteriori adempimenti da parte dell'autorità aggiudicatrice stessa.

2. — Se dalle disposizioni di cui alla direttiva n. 89/665/CEE, in particolare dagli articoli 2, n. 7 eventualmente letti in combinato come le disposizioni della direttiva n. 92/50/CEE, in particolare gli articoli 2532, e n. 2, lettera *a* e *c*), ovvero da altra disposizione di diritto comunitario, interpretato, in particolare, alla luce del principio dell'effetto utile, risulti che una disposizione di un bando di gara diretta a fare in modo che, contrariamente alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e in particolare alla sentenza C-176/98 «Halst Italia contro Comune di Cagliari», mediante il divieto di subappalto di parte sostanziale dell'opera venga impedito all'offerente di dimostrare, producendo il contratto con il subappaltatore, che egli effettivamente disponga dei mezzi del terzo, e acquisisca così il diritto, a dimostrazione della sua capacità, di fare riferimento ai mezzi del terzo, o, rispettivamente, di fornire la prova che egli effettivamente ha la disponibilità dei mezzi del terzo, si ponga con il diritto comunitario in tale contrasto da doversi considerare inefficace un contratto stipulato sulla base di un siffatto bando di gara, specie quando l'ordinamento giuridico nazionale contenga disposizioni che prevedono l'inefficacia di contratti stipulati in violazione della legge.

3. — Se dalle disposizioni della direttiva n. 89/665/CEE, in particolare gli articoli 2, L. 7, ovvero da altre disposizioni di diritto comunitario, interpretato, in particolare alla luce del principio dell'effetto utile, risulti che un contratto stipulato in contrasto con quanto stabilito in una decisione di un organo nazionale di controllo ai sensi dell'art. 2, n. 8, della direttiva n. 89/665/CEE, per rimuovere la decisione con la quale l'autorità pubblica giudicatrice rifiuta di revocare un procedimento di aggiudicazione, sia inefficace, specie quando l'ordinamento giuridico nazionale, pur tenendo conto delle disposizioni che prevedono l'inefficacia di contratti stipulati in contrasto con la legge del buon costume, non offra però alcuna base legale per dare esecuzione alla decisione dell'organo di controllo in modo efficace e coattivamente nei confronti della pubblica autorità aggiudicatrice.

4.a). — Qualora un ordinamento giuridico nazionale non offra alcuna base legale per dare esecuzione ad una decisione dell'organo nazionale di controllo il modo efficace coattivo dei confronti dell'autorità pubblica giudicatrice, si le disposizioni della direttiva n. 89/665/CEE, in particolare l'art. 2, è nel 1, lettera *b*) e, eventualmente lette in combinato con l'art. 2, n. 7, debbano essere interpretata nel senso che tale organo di controllo, in applicazione diretta del combinato disposto dell'art. 2, n. 1, lettera *b*) dell'art. 2, è nel 7 abbia il potere di obbligare con i ingiunzione esecutiva a fare rimuovere la decisione illegittima, anche se l'ordinamento giuridico nazionale attribuisce all'organo di controllo in procedimenti promossi a seguito di domanda di verifica da parte degli offerenti, ai sensi dell'art. 1, è nel 1, della direttiva n. 89/665/CEE, sotto il potere di procedere a rimozioni della decisione dell'autorità aggiudicatrice eseguibili in forma non coattiva.

4.b). In caso di soluzione affermativa della questione sub a 4 a) se l'organo di controllo in un caso siffatto abbia esso stesso il potere di disporre o anche di imporre, in forza dell'art. 2, n. 7 della direttiva n. 89/665/CEE, eventualmente letto in combinato con altre disposizioni di diritto comunitario, sulla base di un potere giudiziario, le sanzioni pecuniarie opportune nei confronti dell'ente pubblico aggiudicatore, o rispettivamente multe e pene detentive nei confronti dei membri dell'organo di direzione dell'ente pubblico aggiudicatore, nonché pene variabili, necessarie per l'esecuzione dell'ingiunzione, qualora l'ente aggiudicatore, o rispettivamente i membri dell'organo direttivo dell'ente pubblico aggiudicatore, non si adeguino alle disposizioni dell'organo di controllo.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il governo italiano non è intervenuto nella fase scritta, si ripromette di farlo eventualmente nella fase orale.

Con riferimento alle prime due questioni è pacifico che la direttiva n. 665/89/CEE ha inequivocabilmente affermato il principio che le violazioni alla normativa sostanziale devono essere rimosse con provvedimenti che eliminano gli effetti negativi delle stesse, della stazione appaltante in primo luogo e conseguentemente delle Autorità di controllo. In entrambi i casi i provvedimenti adottati devono raggiungere l'effetto utile di rimuovere il vizio, in via immediata con adozione di provvedimenti provvisori che ne sospendono gli effetti, poi con provvedimenti definitivi volti a rimuovere l'illegittimità «in forma specifica» (revoca, annullamento) ovvero «per equivalente» cioè con la comminatoria di sanzioni pecuniarie o di altra misura risarcitoria. Pertanto, laddove la normativa nazionale non contempra queste ipotesi, ovvero le contempra ma la loro efficacia sia smentita dal comportamento dell'amministrazione statale, si ha sicuramente una violazione del diritto comunitario. Nella fattispecie non solo si era dato corso al provvedimento dell'autorità di controllo che ordinava di revocare l'aggiudicazione, ma addirittura si giungeva alla aggiudicazione mediante una trattativa privata diretta con l'unico concorrente che, a giudizio dell'amministrazione, aveva i requisiti per essere ammesso alla gara. Relativamente alla seconda questione, poi, sulla dimostrazione dei requisiti, la giurisprudenza comunitaria è pacifica in merito alla possibilità di dimostrare quanto richiesto avvalendosi anche della struttura di un terzo (sentenza 2 dicembre 1999 in C-176/98).

Causa C-315/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Appalti pubblici – Fornitura di spaziatrice stradale** – Direttiva n. 89/665/CEE – Ordinanza del Bundesvergabeamt (Ufficio federale per gli appalti, Austria).

IL FATTO

Si tratta di una gara d'appalto con procedura aperta relativa alla fornitura di un «autoveicolo speciale: spaziatrice stradale nuova, pronta per entrare in funzione e omologata per l'autostrada A 9-Phyrn, luogo di destinazione l'Autobahnmeistere Kalwang». L'ente appaltante ha deciso di non considerare l'offerta della ricorrente ai fini dell'aggiudicazione, adducendo la motivazione che tale offerta non soddisfaceva le condizioni di gara in quanto l'apparecchio per la pulitura di marciapiedi offerto non era utilizzabile a temperature inferiori a 0° C, mentre il bando di gara richiedeva che la macchina

potesse funzionare almeno sino a — 5° C . Inoltre, malgrado gli inviti dell'appaltante, la ricorrente non avrebbe reso possibile il collaudo dell'apparecchio in un raggio di 300 chilometri dalla sede dell'appaltante, secondo quanto richiesto dal bando. Inoltre, l'appaltante nutriva dubbi circa la congruità del prezzo offerto dalla ricorrente e, infine, malgrado gli inviti dell'appaltante, la ricorrente non avrebbe spiegato come si effettua la pulitura dei riflettori della macchina offerta. La ricorrente, alla quale era stata regolarmente comunicata l'aggiudicazione a favore di una ditta concorrente, ha chiesto che venisse dichiarato che l'appalto di cui trattasi non era stato giudicato il miglior offerente e sostenuto che la sua offerta era stata illegittimamente ignorata ai fini della aggiudicazione.

I QUESITI

1a. — Se dall'art. 2, n. 8, della direttiva n. 89/665/CEE, riguardante i ricorsi in materia di appalti, o da un'altra disposizione di tale direttiva o, ancora, da un'altra norma di diritto comunitario si debba dedurre che alle autorità competenti a conoscere dei ricorsi di cui all'art. 1, n. 1, della direttiva, ivi comprese le autorità competenti ad esercitare i poteri di cui all'art. 2, n. 1, lettera c), della direttiva, è vietato sollevare, di propria iniziativa e indipendentemente dagli argomenti svolti dalle parti in causa, le questioni rilevanti ai sensi della normativa in materia di aggiudicazione degli appalti che, ad avviso dell'autorità competente a conoscere dei detti ricorsi sono importanti ai fini della decisione della causa.

1b. — Se l'art. 2, n. 1, lettera c), della direttiva n. 89/665/CEE, eventualmente insieme ad altri principi di diritto comunitario, osti all'adozione — da parte delle autorità competenti a conoscere dei ricorsi di cui all'art. 1, L. 1, della direttiva, ivi comprese le autorità competenti ad esercitare i poteri di cui all'art. 2, n. 1, lettera c), della direttiva, — di una decisione di rigetto della domanda con cui un offerente ha indirettamente chiesto il risarcimento del danno che avrebbe subito nell'ambito di una procedura di aggiudicazione la cui legittimità è già stata gravemente compromessa da un atto dell'appaltante diverso da quello impugnato dal detto offerente, decisione di rigetto fondata sulla circostanza che il danno eventualmente subito dall'offerente si sarebbe comunque prodotto indipendentemente dall'atto impugnato.

2. — Nell'ipotesi in cui la questione 1 a) venga risolta negativamente, se le disposizioni della direttiva n. 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, in particolare gli articoli 15-26 di tale direttiva, ostino a che, nello svolgimento delle procedure d'appalto, le referenze dei prodotti proposti dagli offerenti siano prese in considerazione dalle autorità aggiudicatrici non ai fini dell'accertamento dell'idoneità degli offerenti, bensì come criterio di aggiudicazione, con la conseguenza che la valutazione negativa delle dette referenze, anziché determinare l'esclusione dell'offerente dalla procedura di aggiudicazione, comporterebbe soltanto l'attribuzione di una valutazione meno positiva ad un'offerta che, nell'ambito, per esempio, di un sistema a punti, potrebbe controbilanciare una valutazione negativa delle referenze grazie ad un prezzo più basso.

3. - Nell'ipotesi in cui le questioni 1a) e 2 vengano risolte negativamente, se sia compatibile con le pertinenti disposizioni di diritto comunitario, ivi incluso l'art. 26 della direttiva n. 93/36/CEE, con il divieto di discriminazione delle obbligazioni di diritto internazionale della Comunità un criterio di aggiudicazione in base al quale si tiene conto solo del numero delle referenze riguardanti i prodotti e non si effettua un esame sostanziale volto a stabilire se le esperienze avute dagli appaltanti con il prodotto siano state positive o negative, e in base al quale si prendono in considerazione solo le referenze provenienti dall'unione europea e dalla zona alpina.

4. - Se sia compatibile con le disposizioni del diritto comunitario, in particolare con il divieto di discriminazione, un criterio di aggiudicazione in base al quale la possibilità di collaudare il prodotto offerto può essere valutata positivamente solo se il collaudo è effettuabile in un raggio di 300 chilometri dalla sede dell'appaltante.

5. - Nell'ipotesi in cui venga risolta positivamente la questione due oppure venga risolta negativamente la questione 4, se l'art. 2, n. 1, lettera c), della direttiva n. 89/665/CE, eventualmente insieme ad altri principi di diritto comunitario, dev'essere interpretato nel senso che, ove l'illegalità commessa dall'appaltante consista nell'adozione di un criterio di aggiudicazione illegittimo, l'offerente abbia diritto al risarcimento solo qualora si possa concretamente dimostrare che, se il detto criterio non fosse stato adottato, l'offerta dell'interessato sarebbe stata la migliore.

NOTE

Si tratta di sapere se: — la presunta illegittimità di una decisione «intermedia» emessa in fase di selezione possa inficiare o meno l'esito della aggiudicazione della gara e, quindi, il relativo ricorso possa riguardare solamente quest'ultima decisione o debba necessariamente riguardare la decisione «intermedia», rimanendo in quest'ultima ipotesi precluso il ricorso presentato contro la decisione finale, perchè tardivo rispetto alla suddetta decisione intermedia; — dalla direttiva n. 93/36/CE, se sia adatto determinare una scansione precisa tra fase di selezione sulla base delle capacità soggettive dei partecipanti alla gara, e fase di valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose (in particolare, il giudice austriaco rileva che non si coglie nella disciplina comunitaria un'esplicita esclusione della possibilità che «in sede di valutazione delle offerte vengano ricavati dalle referenze, sulla scorta di criteri di aggiudicazione, giudizi che vanno oltre le conclusioni tratte in sede di accertamento della capacità», aggiungendo che «pare del tutto compatibile con l'obiettivo di individuare l'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico il richiamarsi alle esperienze di altri appaltanti per valutare la probabile qualità della prestazione futura o del futuro impiego del prodotto»); — considerato l'indirizzo che impone all'appaltante di prevedere solo criteri di aggiudicazione che servano ad adottare l'offerta più vantaggiosa economicamente (criterio riferito all'oggetto della gara), si debba o meno inserire tra i criteri quello relativo al contenuto delle referenze dei soggetti partecipanti, non essendo appropriato limitarsi a chiedere un certo numero di dette referenze, a prescindere da detta valutazione contenutistica.

La normativa italiana ha mantenuto in modo abbastanza evidente la distinzione tra fase di ammissione (valutazione dei criteri soggettivi) e fase di aggiudicazione (valutazione delle offerte).

Cause C-317 e C-369/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Libera circolazione di lavoratori – Accordi di associazione della Comunità europea con stati terzi – Accordo CEE/Turchia – Lavoratori turchi dipendenti da un datore di lavoro stabilito in Turchia** – Ordinanze del «Bundessozialgericht» (Germania) – Emesse il 20 giugno e 2 agosto 2001 – Notificate il 28 novembre 2001.

Si tratta di questioni applicative della sentenza n. 1/80 e 41, n. 1 del Protocollo addizionale all'Accordo di associazione CEE/Turchia del 23 novembre 1970 sul quale il Governo Italiano non ha svolto osservazioni.

Causa C-337/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Merci destinate alla riesportazione dal territorio doganale della Comunità** – Art. 203, n. 1 Regolamento n. 92/2913/CEE – Ordinanza del «Bundesfinanzhof» (Germania) – Emessa il 17 luglio 2001 – Notificata il 20 novembre 2001.

IL FATTO

Il rinvio pregiudiziale mira a chiarire se la sottrazione dal deposito doganale della merce di uno Stato terzo destinata alla riesportazione faccia nascere un'obbligazione doganale quando le merci destinate alla riesportazione dal territorio doganale della Comunità non siano state, immediatamente dopo la loro rimozione dal deposito doganale, sottoposte al regime di transito esterno.

La nozione di sottrazione alla sorveglianza doganale comprenderebbe qualsiasi azione od omissione che ha come risultato di impedire, anche solo momentaneamente, all'autorità doganale competente di accedere ad una merce sotto sorveglianza doganale e di effettuare i controlli previsti. Inoltre la sottrazione di una merce alla sorveglianza doganale, ai sensi dell'art. 203, n. 1 del regolamento n. 2913/92, non richiederebbe l'esistenza di un elemento intenzionale, ma presupporrebbe solo che siano soddisfatte le condizioni di natura obiettiva quali, in particolare, l'assenza fisica della merce nel luogo di giacenza autorizzata nel momento in cui l'autorità doganale intende procedere all'esame della merce custodita.

IL QUESITO

Se una sottrazione delle merci di uno Stato terzo riesportate dal deposito doganale con la conseguente nascita di un'obbligazione doganale secondo l'art. 203, n. 1, del regolamento n. 2913/92 debba essere riconosciuta solo quando le merci destinate alla riesportazione dal territorio doganale della Comunità non sono state sottoposte alle formalità doganali del regime di transito esterno immediatamente dopo la loro rimozione dal deposito doganale.

Causa C-341/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Sacchetti di materiale plastico – Obbligo di partecipazione al sistema di raccolta e recupero – Nozione di imballaggio** – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 1994, n. 94/62/CE – Art. 30 CE e segg. Trattato – Ordinanza del Landesgericht Korneuburg (Austria).

IL FATTO

La questione oggetto della causa trae origine da una disputa insorta tra due società interessate al circuito di produzione e distribuzione di sacchetti in materiale plastico.

La società attrice produce e vende prodotti plastici. La società convenuta è venditrice, tra l'altro, dei prodotti forniti dall'attrice, tra i quali sacchetti di materiale plastico e sacchetti con chiusura annodata. Parte dei sacchetti forniti alla convenuta vengono offerti in vendita in supermercati alimentari appesi ad un gancio vicino alla cassa; su richiesta del cliente vengono ceduti al medesimo dietro corrispettivo; il cliente utilizza i sacchetti acquistati al fine di porvi le merci acquistate nel supermercato a fini di trasporto. Su tali sacchetti si fa riferimento, in parte, al fatto che il produttore partecipa ai sistemi di raccolta e recupero ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva n. 94/62/CE, mediante apposizione di un marchio caratteristico (punto verde). Un'altra parte dei sacchetti forniti alla convenuta viene utilizzata nei negozi di abbigliamento ove vengono riempiti da un commesso del titolare dell'esercizio con le merci acquistate dal cliente; il sacchetto viene quindi consegnato al cliente, successivamente al pagamento delle merci, nel qual caso il cliente non deve versare alcun corrispettivo separato per il sacchetto stesso. I sacchetti con chiusura annodata vengono gratuitamente messi a disposizione dei clienti nel reparto degli ortofrutticoli dei supermercati e sono destinati ad essere utilizzati dai clienti al fine di potere ivi riporre e pesare i prodotti ortofrutticoli certi e determinare, quindi, il relativo prezzo. La società attrice, produttrice dei sacchetti in materiale plastico, sostiene, in virtù della vendita di tale materiale alla convenuta, di avere concluso una convenzione con la stessa in base alla quale la convenuta si sarebbe obbligata a partecipare, con riguardo alle merci fornitele, a sistema di raccolta e recupero gestito in situazione di monopolio dalla società a R. A.

I QUESITI

1.1. — Se sacchetti in materiale plastico costituiscano imballaggi ai sensi della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 dicembre 1994, n. 94/62/CE, in particolare ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva medesima:

a) qualora vengano offerti quale prodotto dall'ultimo venditore nella zona della cassa e vengano ceduti al cliente, su richiesta del medesimo e dietro versamento di corrispettivo, quale strumento di trasporto delle merci acquistate, ovvero;

b) qualora vengano ceduti dall'ultimo venditore al cliente al medesimo fine, successivamente al pagamento del prezzo delle merci acquistate, indipendentemente da richiesta del cliente o da obbligo del medesimo al pagamento di un determinato corrispettivo, e vengano quindi riempiti con le merci acquistate.

1.2.1. — Prima questione supplementare nell'ipotesi in cui una delle suesposte questioni venga risolta, con riguardo al testo in lingua tedesca, in senso affermativo:

se differente soluzione possa derivare dal fatto che, con riguardo all'art. 3, n. 1, della direttiva n. 94/62/CE, non venga considerato rilevante, ai fini della definizione del termine «imballaggio», il testo tedesco, in cui si parla unicamente di «merci», bensì il testo in lingua francese o italiana, in cui si fa riferimento a determinate merci («marchandises données» o, rispettivamente, «determinate merci»); se, in tale ipotesi, i sacchetti predisposti dalla società attrice non costituiscano imballaggi ai sensi della direttiva, essendo riempiti con merci di qualsivoglia genere (e non merci precedentemente determinate) e, in tal caso, quale versione linguistica della direttiva sia rilevante.

1.2.2. — Seconda questione supplementare nell'ipotesi di soluzione negativa di una delle suesposte questioni:

se sia consentito al legislatore austriaco o alla Commissione assoggettare prodotti, che non debbano essere considerati quali imballaggi ai sensi della menzionata direttiva, alle disposizioni previste dalla direttiva medesima con riguardo agli imballaggi ovvero a disposizioni analoghe.

2. — Se sia compatibile con il diritto comunitario che il gestore di un sistema di raccolta e recupero degli imballaggi in Austria pretenda un corrispettivo («tassa di concessione») anche con riguardo a sacchetti non ricompresi nella sfera di applicazione della direttiva n. 94/62/CE, unicamente in quanto tali sacchetti rechino un determinato marchio («punto verde») di cui tale gestore possa legittimamente disporre.

3.1 — Per «produttore» ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva n. 94/62/CE debba essere inteso solamente colui che assembli o faccia assemblare la merce con il prodotto utilizzato quale imballaggio, ad esclusione del fabbricante del prodotto utilizzato quale imballaggio e se, in tal caso, tale prodotto possa essere considerato quale materiale di imballaggio.

3.2. — Questione supplementare nell'ipotesi di soluzione affermativa della precedente questione:

se sia consentito al legislatore austriaco o alla Commissione obbligare alla partecipazione ad un sistema di raccolta e recupero, ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva n. 94/62/CE, anche le imprese fabbricanti di soli materiali di imballaggio, vale a dire di prodotti destinati ad essere riempiti i commerci.

4. — Se sia in contrasto con il principio di causazione, enunciato nei «considerando» della direttiva n. 94/62/CE, — il fatto che una legge, quale

il paragrafo 3, primo comma, primo periodo, della normativa austriaca in materia di imballaggi, preveda che i produttori, in particolare anche i produttori di materiali di imballaggio (cfr. il paragrafo 3, primo comma, nel combinato disposto con il paragrafo 1, primo comma, della normativa in materia di imballaggi), gli importatori, gli imballatori, ed i venditori siano obbligati al ritiro gratuito degli imballaggi di vendite e di trasporto a seguito del loro uso, ove tale contrasto potrebbe risiedere nel fatto che la cerchia di soggetti destinatari di tale obbligo sia fissata in termini troppo restrittivi, non ricomprendendo anche il consumatore; e/o se una siffatta normativa si ponga in contrasto con l'art. 1, e n. 1, della direttiva, nella parte in cui tale disposizione indica, quale proprio obiettivo, la prevenzione dell'insorgenza di ostacoli agli scambi, laddove l'obbligo del produttore al ritiro del materiale di imballaggio o degli imballaggi costituisce il maggiore ostacolo agli scambi immaginabile.

5. — Se un sistema di raccolta e recupero del genere di quello gestito in Austria dallo Altstoff Recycling Austria, ai sensi del paragrafo 11 della legge sugli imballaggi violi il principio di proporzionalità, qualora risulti sproporzionato rispetto alle esigenze di una efficace tutela dell'ambiente.

6. — Se sia in contrasto con i principi enunciati negli articoli 30 CE e seguenti, in particolare dell'art. 37 CE, il fatto che in uno Stato membro, come avviene in Austria per effetto del paragrafo 11 della normativa in materia di imballaggi, sia stato istituito, in esecuzione dell'art. 7 della direttiva, un sistema di raccolta e recupero in posizione di monopolio, qualora ne derivi una restrizione sproporzionata ed inadeguata alla concorrenza ed alle libertà fondamentali, tale intervento non si ponga nel giusto rapporto rispetto ad un'efficace azione diretta a migliorare il livello della tutela dell'ambiente e il detto sistema, istituito accanto a quello comunale, e ponendo sullo stesso piano tutto quanto rechi il marchio «Gruner Punkt» («punto verde»), non risulti correlato all'obiettivo dello smistamento di rifiuti all'origine, criterio «fondamentale» ai sensi dei «considerando» della direttiva, violando inoltre il diritto del consumatore, garantitogli dalla sesta direttiva i.v.a. del 17 maggio 1977, ad un'aliquota dimezzata ovvero ridotta per il servizio di smaltimento dei propri rifiuti domestici.

7. Se sia consentito che la normativa austriaca in materia di imballaggi dia attuazione ai sistemi di raccolta e recupero istituiti dall'art. 7, n. 1, della direttiva nel senso che un'impresa in monopolio o imprese in oligopolio che possano disporre di tutti i rifiuti di imballaggio destinati ad essere riciclati in materie prime, potendo in tal modo pilotare e sovvenzionare, mediante aiuti singoli ad imprese, a settori industriali (ad esempio, l'industria del cemento) o a comuni (ad esempio, il comune di Vienna) il riciclaggio dei rifiuti con conseguente distorsione alla concorrenza, ovvero se un sistema di tal genere si ponga in contrasto con il diritto comunitario, in particolare con gli articoli 30 CE e seguenti, in particolare con l'art. 37 CE.

Causa C-342/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Congedo maternità – Deroga agli accordi collettivi sulle ferie per coincidenza con il congedo di maternità già goduto** – Direttive n. 76/207, n. 93/104 e n. 92/85 – Ordinanza del «Juez de lo social n. 33 di Madrid» (Spagna) – Emessa il 3 settembre 2001 – Notificata il 6 novembre 2001.

IL FATTO

La controversia riguarda una lavoratrice madre che, avendo usufruito di un periodo di congedo di maternità definito negli accordi collettivi nazionali, chiede di poter usufruire delle ferie in un periodo successivo al congedo di maternità ed ottiene un diniego dall'impresa con la motivazione che il periodo di maternità, da essa usufruito, coincide con quello preventivamente e collettivamente convenuto fra l'impresa e i rappresentanti dei lavoratori per il godimento delle ferie di tutto il personale.

I QUESITI

1. — Se, allorché alcuni accordi collettivi conclusi tra l'impresa e i rappresentanti dei lavoratori fissano le date di godimento delle ferie per la totalità del personale e queste date risultano coincidenti con quelle di congedo per maternità di una lavoratrice, l'art. 7, n. 1, della direttiva n. 93/104, l'art. 11, n. 2, lettera *a*), della direttiva n. 92/85 e l'art. 5, n. 1 della direttiva n. 76/207, garantiscano il diritto di tale lavoratrice a godere delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello stabilito e non coincidente con quello del suo congedo per maternità.

2. — Se, in caso di soluzione affermativa della precedente questione, il contenuto sostanziale del diritto al godimento di ferie annuali comprenda esclusivamente le 4 settimane di congedo di cui all'art. 7 della direttiva n. 93/104, o si estenda ai 30 giorni stabiliti dalla normativa nazionale, art. 38, n. 1 del Real decreto legislativo n. 1/1995 Statuto dei lavoratori.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Si riportano le osservazioni scritte redatte dall'Avvocatura dello Stato il 27 dicembre 2001:

«In relazione al primo quesito, il diritto interno italiano, sia attraverso l'interpretazione dei giudici che attraverso il recepimento delle direttive comunitarie, ha risolto in senso favorevole alle lavoratrici madri la questione dell'aggiuntività delle ferie annuali ai congedi obbligatori per maternità. Di qui l'interesse dello Stato italiano ad una soluzione della questione pregiudiziale che tenda a rendere omogenei i trattamenti per i lavoratori e i costi d'impresa nell'intera area dell'unione Europea.

Nel caso di specie la dipendente verrebbe privata di un diritto esplicitamente conferito a tutti i lavoratori (sentenza BECTU del 26 giugno 2001, causa C-173/99), quale il diritto alle ferie annuali, per il solo fatto di essere in congedo obbligatorio per maternità. Potrà pertanto essere utile il richiamo alla sentenza Evelyne Thibault del 30 giugno 1998, causa C-136/95, nella quale si è stabilito

che costituisce una discriminazione direttamente basata sul sesso, vietata dalla direttiva n. 76/207/CEE, la circostanza che una donna venga privata del diritto di ricevere le note di qualifica e la possibile promozione, a causa dell'assenza per maternità. Anche nella presente circostanza sembra che la ricorrente possa essere considerata «vittima di una discriminazione che ha origine nella sua gravidanza e nel suo congedo di maternità».

Quanto al secondo quesito, il problema è stabilire se le giornate di ferie, di cui verrà a godere la dipendente, debbano essere direttamente quelle previste come limite minimo dalla normativa comunitaria ovvero i trenta giorni goduti da ciascun lavoratore spagnolo.

La scelta del principio di non discriminazione dei sessi, come regola di soluzione del primo quesito, dovrebbe condurre coerentemente alla utilizzazione del diritto interno spagnolo quale fonte di regolamentazione delle ferie. L'opinione contraria, che limita il diritto alle ferie da parte della ricorrente al minimo riconosciuto dalla normativa comunitaria, presenta, per contro, il vantaggio di evitare promiscuità di fonti di disciplina di un diritto fondato direttamente su fonti comunitarie e non riconosciuto, per varie ragioni, dal diritto di uno Stato membro. Nel caso di specie si ritiene, comunque, preferibile la prima soluzione.

Sulla base di tali premesse si suggerisce di rispondere ai quesiti nel senso che:

«allorché alcuni accordi collettivi conclusi tra l'impresa e i rappresentanti dei lavoratori fissano le date di godimento delle ferie per la totalità del personale e queste date sono coincidenti con quelle di congedo per maternità di una lavoratrice, l'art. 7, n. 1, della direttiva n. 93/104, l'art. 11, n. 2, lettera a), della direttiva n. 92/85 e l'art. 5, n. 1, della direttiva n. 76/207 garantiscono il diritto di tale lavoratrice a godere delle sue ferie annuali in un periodo diverso da quello stabilito e non coincidente con quello del suo congedo per maternità».

«Il contenuto sostanziale del diritto al godimento delle ferie, in tal modo riconosciuto, si conforma a quello stabilito per gli altri lavoratori da ciascuna normativa nazionale».

Causa C-349/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Comitato aziendale europeo – Procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e gruppi di imprese di dimensione comunitaria** – Direttiva n. 94/45/CE – Ordinanza del Arbeitsgericht Bielefeld (Germania).

IL FATTO

La controversia tra le parti verte sugli obblighi di informazione della datrice di lavoro nei confronti del comitato aziendale in relazione all'istituzione di un comitato aziendale europeo. La società datrice di lavoro appartiene ad un gruppo di imprese di dimensione internazionale, la cui direzione è stabilita in Svizzera. Il comitato aziendale è composto da nove membri, la società datrice di lavoro impiega circa 530 collaboratori. Le quote della società datrice di lavoro sono detenute da una società olandese. Quest'ultima

detiene anche quote di altre imprese appartenenti al medesimo gruppo che hanno sede in Svezia, Norvegia, Danimarca, Finlandia, Gran Bretagna, Paesi Bassi, Austria, Francia, Belgio e Ungheria. Il comitato aziendale chiede la comunicazione di informazioni ai sensi dell'art. 5, n. 2 della legge tedesca sul comitato aziendale europeo.

I QUESITI

1. — Se la direttiva del consiglio n. 94/45/CE, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo e di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori dell'impresa e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, in particolare gli articoli 4 e 11 della medesima, impongono ad un'impresa con sede nel Regno unito di Gran Bretagna, cui debba essere riconosciuto il ruolo di direzione centrale ai sensi dell'art. 4, n. 2, secondo capoverso, e n. 3 della direttiva stessa, ovvero ad un'impresa con sede nel Regno dei Paesi Bassi, che rappresenta la direzione centrale dell'impresa controllante ai sensi degli articoli 2, n. 1, lettera e), e 3, n. 1, della direttiva, l'obbligo di fornire ad un'altra impresa con sede nella Repubblica federale di Germania, appartenente allo stesso gruppo di imprese, informazioni in merito alle imprese e agli stabilimenti appartenenti al medesimo gruppo, alla loro forma giuridica, alle strutture di rappresentanza, al numero complessivo medio dei lavoratori, nonché alla loro ripartizione tra gli Stati membri e le imprese.

2. — In caso di soluzione affermativa della prima questione: se l'obbligo di informazione comprenda anche le denominazioni delle rappresentanze dei lavoratori e loro rappresentanti, necessariamente partecipanti, per conto dei lavoratori delle imprese o delle imprese da queste dipendenti, alla costituzione di un comitato aziendale europeo.

NOTE

La questione interpretativa sottoposta all'esame della Corte di giustizia assume rilievo al fine dell'uniforme recepimento della normativa comunitaria e della tutela dei lavoratori di società appartenenti a gruppi con società con sede nei diversi Stati della Comunità europea. E ciò, in quanto il funzionamento del mercato interno comporta un processo di concentrazione di imprese, di fusioni transfrontaliere, di acquisizioni di controllo e di associazioni e, di conseguenza, una transnazionalizzazione delle imprese o dei gruppi di imprese, con effetto che non possono essere accettate disuguaglianze di trattamento tra i lavoratori sulle cui condizioni incidono le decisioni di una stessa impresa o gruppo di imprese derivanti dalla difformità delle procedure di informazione e consultazione delle normative nazionali. Sussiste, pertanto, la necessità quantomeno di una speciale attenzione all'esito del giudizio, nel corso del quale non mancheranno di emergere le soluzioni adottate dai singoli Stati membri in sede di recepimento di una direttiva che si collega direttamente alla Carta sociale del 1989 (il cui art. 17 stabilisce, tra l'altro, che «occorre sviluppare l'informazione, la consultazione e la partecipazione dei lavoratori secondo modalità adeguate, tenendo conto delle prassi vigenti nei diversi Stati membri», ed in generale prevede che «ciò vale in particolare nelle imprese o nei gruppi che hanno stabilimenti o imprese situate in più Stati membri chiusi»).

Causa C-363/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità** – Art. 16, n. 3, della direttiva n. 96/67/CE del Consiglio – Ordinanza del Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Germania).

IL FATTO

La società attrice è il gestore dell'aeroporto mentre la convenuta è una compagnia di navigazione aerea che fa scalo in tale aeroporto, nel quale presta servizi di assistenza (*check-in*) ai propri passeggeri (c.d. autoassistenza a terra) nonché ai passeggeri di altre compagnie aeree (prestazione di servizi di assistenza terzi). Le parti disputano intorno alla questione se l'attrice sia legittimata a pretendere dalla convenuta un «canone di ammissione» per tali servizi in aggiunta al corrispettivo che il detto operatore è tenuto a pagare in base contratto per l'ottenimento in uso locativo di infrastrutture aeroportuali. L'art. 16 della direttiva del Consiglio n. 96/87/CE dispone che gli Stati membri adottino le misure necessarie per garantire ai prestatori di servizi ed agli utenti che intendono praticare l'auto assistenza, l'accesso agli impianti aeroportuali, nella misura in cui detto accesso è una condizione necessaria per l'esercizio delle loro attività. Qualora l'ente di gestione o, all'occorrenza, l'autorità pubblica o altro ente che lo controlla imponga condizioni all'accesso, queste devono essere pertinenti, obiettive, trasparenti e non discriminatorie. Al numero 3 prevede, inoltre, che, qualora l'accesso agli impianti aeroportuali comporti la riscossione di un corrispettivo economico, questo sia determinato in base ai criteri pertinenti obbiettivi, trasparenti e non discriminatorio. Al venticinquesimo considerando di detta direttiva si afferma quanto segue: «Considerando che sia i prestatori autorizzati a fornire servizi di assistenza terra e agli utenti autorizzati a praticare l'auto assistenza deve essere garantito l'accesso agli impianti aeroportuali, nella misura di fissarli all'esercizio dei loro diritti e acconsentire condizioni di concorrenza effettiva e reale; che tuttavia tale accesso deve poter comportare la riscossione di un corrispettivo economico».

I QUESITI

1. — Se la direttiva del consiglio 15 ottobre 1996, n. 96/67/CE, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, ed in particolare l'art. 16, n. 3, della medesima, in connessione al suo venticinquesimo «considerando», debbano essere interpretati nel senso che l'ente di gestione di un aeroporto ai sensi dell'art. 3 della detta direttiva è legittimato a pretendere dall'operatore che effettua l'autoassistenza a terra e/o dall'operatore che fornisce servizi di assistenza a terzi (prestatore di servizi), a fronte dell'autorizzazione all'accesso agli impianti aeroportuali, un canone di ammissione particolare sotto forma di tassa di accesso a titolo di corrispettivo per il conferimento di una opportunità di guadagno, canone da pagarsi in aggiunta alla corrispettivo (canone di locazione) che detto operatore è tenuto a pagare in base contratto per l'ottenimento in uso locativo di infrastrutture aeroportuali (nella fattispecie: sportelli per l'assistenza ai

passaggeri); ovvero (seconda alternativa) se dalle norme della direttiva consegue soltanto che nella determinazione del canone per l'utilizzazione delle infrastrutture debbono osservarsi criteri di cui all'art. 16, n. 3, e viene preso in considerazione l'interesse al conseguimento di utili dell'ente di gestione dell'aeroporto.

2. — In caso di soluzione affermativa della questione *sub* 1 (prima alternativa), se la società di gestione aeroportuale sia titolare di un diritto nel senso predetto nei confronti dell'operatore che effettua l'autoassistenza a terra e/o dell'operatore che fornisce servizi di assistenza a terzi (prestatore di servizi che si trovi nella posizione della convenuta nel procedimento *a quo*) anche in settori nei quali il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra era garantito già prima dell'entrata in vigore della direttiva e, più precisamente, nel settore dei servizi di assistenza a terra «lato città».

3. — In caso di soluzione affermativa della questione *sub* 2, se la direttiva debba essere interpretata nel senso che essa adesso legittima l'ente di gestione di un aeroporto ai sensi dell'art. 3 a pretendere anche dall'operatore che effettua l'autoassistenza a terra e/o dal prestatore di servizi in posizione analoga a quella della convenuta nel procedimento *a quo*, il quale fino all'entrata in vigore della direttiva e/o delle norme dirette alla sua trasposizione nell'ordinamento nazionale, abbia corrisposto per l'utilizzo delle infrastrutture aeroportuali (soltanto) canoni di locazione, anche un canone di ammissione del tipo indicato *sub* 1 a titolo di corrispettivo per l'«accesso agli impianti aeroportuali».

4. — Se eventualmente la richiesta (anche) di un canone di ammissione ad un operatore che effettua l'auto assistenza terra e/o ad un prestatore di servizi, al quale sia stata finora garantito il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra (eventualmente nel solo settore dell'auto assistenza) senza ulteriore canone di ammissione, sia addirittura indispensabile per impedire disparità di trattamento rispetto: *a*) a quegli operatori che effettuano l'auto assistenza ed a quei prestatori di servizi ai quali già prima veniva richiesto un canone di ammissione in aggiunta al canone per l'utilizzazione delle infrastrutture; *b*) a quegli operatori che effettuano l'auto assistenza ed a quei prestatori di servizi ai quali per la prima volta viene consentito, sulla scorta delle posizioni giuridiche create dalla direttiva, l'accesso alle infrastrutture aeroportuali e ai quali viene ora richiesto, per tale motivo, un canone di ammissione in aggiunta al canone per l'utilizzazione degli impianti.

5. — Nel caso in cui l'art. 16, n. 3, della direttiva del Consiglio 15 ottobre 1996, n. 96/67/CE, conferisca all'ente di gestione di un aeroporto il diritto di pretendere anche un canone di ammissione nel senso sopradescritto, se un canone di ammissione, del quale venga preteso il pagamento in aggiunta al canone per l'utilizzazione di sportelli per i servizi di assistenza, corrisponda ai requisiti di pertinenza, obiettività, trasparenza e non discriminatorietà di cui all'art. 16, n. 3, qualora venga determinato in base al numero di passeggeri (nella fattispecie marchi 0,30 per passeggero destinatario dei servizi di assistenza).

Causa C-364/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Beni immobili – Acquisizione per successione – Imposte – Libera circolazione delle persone e dei capitali** – Ordinanza del Gerechtshof te Hertogenbosch (Paesi Bassi).

IL FATTO

I successori di un cittadino olandese residente in Belgio ritengono di individuare nel diritto tributario olandese un ostacolo alla libera circolazione nella Comunità, in quanto questo effettua una distinzione in materia successoria in base alla residenza o meno *de cuius* nei Paesi Bassi autorizzando la detrazione degli obblighi di cessione solo se il *de cuius* risieda nei Paesi Bassi al momento del decesso. Il *de cuius* è cittadino olandese trasferitosi in Belgio — senza perdere la cittadinanza — ed ivi deceduto. Lascia beni immobili siti in Olanda, altri, invece, li aveva alienati a società commerciali da lui controllate di diritto olandese. Altri beni ancora — in comproprietà con il fratello — erano stati alienati a due società di cui deteneva le quote (corrispondenti al conferimento in natura). Al fine di evitare il pagamento dell'imposta di registro, questi manteneva la nuda proprietà attraverso l'assunzione dell'obbligo di cedere i beni venduti. L'obbligo di cessione non era garantito da ipoteca e non produceva interessi. Come corrispettivo della cessione il *de cuius* otteneva una controprestazione pari al valore della piena proprietà non gravata (il valore economico del bene è coincidente in fatto con quello della nuda proprietà). Le società si accollavano i debiti del *de cuius* garantiti da ipoteca. Relativamente ai beni in piena proprietà relitti, il valore dichiarato è stato determinato detraendo i debiti ipotecari assunti per il loro acquisto. L'ufficio delle imposte ha rettificato la dichiarazione aggiungendo tutti gli immobili ceduti. La detrazione degli oneri relativi agli immobili caduti in successione è ammessa dal diritto olandese solo se detti oneri sono detraibili ai fini delle imposte dirette.

I QUESITI

1. — Se per l'accesso al diritto comunitario si richieda ancora l'esistenza di una attività economica transfrontaliera.

2. — Se il diritto comunitario osti a che uno Stato membro (lo stato di ubicazione dei beni) prelevi, in caso di acquisizione per successione di un bene immobile che si trovi in tale Stato, un'imposta sul valore di detto bene immobile autorizzando la detrazione del valore dell'obbligo di cessione del bene immobile se il *de cuius*, all'epoca del decesso, risiedeva in detto stato di ubicazione di vini, ma nonna se e risiedeva allora in un altro stato membro (stato di residenza).

3. — Se per la soluzione della seconda questione rilevi il fatto che all'epoca in cui ha acquistato detto dell'immobile, il *de cuius* non risiedesse più nello Stato di ubicazione dei beni.

4. — Se per la soluzione della seconda questione rilevi la ripartizione del capitale del *de cuius* fra lo Stato di ubicazione, il suo Stato di residenza ed eventuali altri Stati.

5. — In caso affermativo, in quale Stato si debba considerare che il capitale investito nel caso di un credito in conto corrente nei confronti di una società privata di cui al punto 2.4.

Causa C-378/01 – Commissione c. Repubblica italiana. – Ricorso per inadempimento – Mancata applicazione dell'art. 4, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva n. 79/409/CEE – Conservazione di uccelli selvatici – Designazione di nuove zone di protezione speciale.

IL FATTO

La Commissione ha adito la Corte di giustizia chiedendo che sia accertato che la Repubblica italiana, non avendo classificato in misura sufficiente come zona di protezione speciale i territori idonei per numero e per superficie alla conservazione delle specie dell'allegato I della direttiva n. 79/409/CEE e successive modifiche e delle altre specie migratrici e che ritornano regolarmente in Italia, e non avendo comunicato alla Commissione tutte le informazioni opportune in merito alla maggior parte delle zone di protezione speciale da essa classificate, è venuta meno agli obblighi che incombono in virtù dell'art. 4, paragrafi 1, 2 e 3 della predetta direttiva.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Nel controricorso si è rilevato come nella direttiva n. 79/409/CEE — nel testo vigente — si prevede l'obbligo degli Stati di adottare misure per preservare, mantenere e ristabilire per tutte le specie protette una varietà ed una superficie sufficiente di habitat. L'intervento è adeguato, e quindi in linea con l'obbligo comunitario, se proporzionato alla popolazione di uccelli protetti. Con questa ulteriore precisazione: la popolazione di tutte le specie di uccelli protetti deve essere determinata in relazione alle esigenze ecologiche, scientifiche e culturali a ciascuno di esse proprie, tenendo conto anche delle esigenze economiche e ricreative della zona geografica presa in considerazione. La determinazione della popolazione delle specie protette da preservare, mantenere e ripristinare è il risultato di una mediazione tra esigenze di protezione ecologica ed esigenze economiche (protezione della produzione agricola e delle altre attività economiche) e ricreative (caccia). Per operare una tale mediazione non sono forniti criteri oggettivi assoluti. L'affermazione che non sussiste discrezionalità nell'opportunità di classificare come ZPS i territori che appaiono come i più appropriati secondo i criteri ornitologici, che invece sussiste nell'attuazione di tali criteri ai fini della identificazione dei territori più idonei alla conservazione delle specie interessate (sentenza 11 luglio 1996 c.d. Lappel bank) non è concludente al fine della fissazione del numero di ZPS che garantiscano l'adempimento dell'obbligo di protezione, in quanto attiene ad un dato strumentale rispetto all'entità della popolazione degli uccelli da proteggere, che comunque devono essere indicati secondo una ragionevole stima fondata su dati statistici attendibili. Nella specie

si controverte non della idoneità dei siti identificati, ma della sufficienza dei siti medesimi rispetto all'esigenza di tutela. Ne deriva che la contestazione di un inadempimento all'obbligo deve indicare i criteri scientifici presi a base della valutazione di tale fattispecie complessa per dedurne che vi sia stata violazione dell'obbligo di protezione. Tanto non è stato fatto dalla Commissione, la quale si è limitata a delle contestazioni puramente formali in una materia che non ammette l'inversione dell'onere della prova, senza alcun riferimento alla entità delle specie protette, alle rotte di transito e dei luoghi di stationamento, alle caratteristiche produttive (con specificazione delle specie di coltivazioni in loco e delle attività economiche ivi attivate) delle aree assuntivamente interessate. La contestazione è stata, dunque, puramente astratta e, come tale, inidonea a fondare una contestazione di inadempimento. Il ricorso deve, pertanto, essere respinto.

Causa C-380/01 (domanda di rinvio pregiudiziale) – **Discriminazione in base al sesso – Risarcimento del danno** – Art. 6 della Direttiva n. 76/207/CEE – Ordinanza del «Verwaltungsgerichtshof» (Austria) – Emessa il 13 settembre 2001 – Notificata il 20 novembre 2001.

IL FATTO

La questione trae origine dal fatto che in occasione di due concorsi cui il ricorrente ha partecipato negli anni 1997 e 1998 per la copertura di un posto organico corrispondente alle sue competenze gli sono state preferite, a motivo della pari idoneità professionale, le concorrenti più giovani, sia per età che per anzianità di servizio, in considerazione della quota riservata per la promozione della donna.

Il ricorrente, in considerazione dell'asserito danno sofferto a seguito della decisione a lui sfavorevole, ha proposto una azione di responsabilità dinanzi al Tribunale di Vienna ed ha, inoltre, richiesto il risarcimento dei danni subiti. La decisione del Ministero Federale di Giustizia, impugnata dinanzi al Verwaltungsgerichtshof, ha respinto la citata richiesta di risarcimento danni in quanto le circostanze fatte valere dal ricorrente non erano tali da poter essere prese in considerazione dalla decisione in esame ai fini della «clausola di riserva».

IL QUESITO

Se l'art. 6 della direttiva del Consiglio n. 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, debba essere interpretato nel senso che la possibilità, prescritta da tale articolo, di far valere i propri diritti per via giudiziaria (nel caso in esame un'azione di risarcimento danni), non è sufficientemente attuata per il fatto che è previsto il solo ricorso alla Verwaltungsgerichtshof austriaca, considerate le sue competenze limitate alle questioni di diritto (solo quelle di una corte di cassazione senza riesame dei fatti).

Causa C-383/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Tassa di immatricolazione autoveature** – Artt. 28 e 30 Trattato CE – Ordinanza del Ostre Landsret (Danimarca).

IL FATTO

La ricorrente, una associazione di categoria delle imprese atenesi operanti nell'importazione di autoveature nuove per la loro vendita tramite rivenditori, acquistava da altra società una autoveatura della marca Audi A ad uso del proprio direttore. L'importo complessivo per l'autoveatura, compresi, tra altri, taluni costi di consegna, ammontano a corone danesi 498546, importo sul quale la società ricorrente pagava una tassa di immatricolazione di corone danesi 297456. Dal momento che la tassa di immatricolazione, a parere della ricorrente, era stata introitata illegittimamente, questa ne chiedeva la restituzione all'amministrazione tributaria, che rifiutava di provvedervi. Essa ha basato la sua domanda sugli articoli 28, 29 e 90 del Trattato CE come pure sull'art. 11, n. 2, lettera a) e sull'art. 33 della sesta direttiva sull'IVA; ha fatto inoltre riferimento al combinato disposto degli articoli 10 e 3, a), del Trattato CE con l'art. 81 e la direttiva n. 1000475/95/CE. La società, conformemente alla sua consolidata pratica, vendeva l'autoveatura dopo averla usata per un anno. Il prezzo di vendita era di corone danesi 3650. Nel corso del giudizio la società ricorrente modificava la sua domanda dei confronti del Ministro delle finanze, di modo che ora tale domanda si riduce al punto diretto a sentir dichiarare che il Ministro delle finanze è obbligato riconoscere che la tassa di immatricolazione introitata per la vendita dell'autoveatura da parte della ricorrente era stata incassata illegittimamente e che il ministro deve pagare alla ricorrente corone danesi 84094 più gli interessi.

Le norme nazionali danesi da considerare sono quelle di cui alla legge sulla tassa di immatricolazione sugli autoveicoli, che distingue fra tassazione sulle autoveature d'occasione importate e già immatricolate e tassazione sulle autoveature importate nuove di fabbrica. Per le autoveature più costose, il valore dell'autoveatura è passato fino ad una determinata soglia al 105% e da centottanta% per i valori eccedenti. La questione sulla legittimità delle suddette imposte nasce dal fatto che in Danimarca non vi è alcuna produzione di autoveature, pertanto, tributi così elevati sulle autoveature da immatricolare potrebbero pregiudicare l'acquisto delle stesse a favore dell'acquisto nazionale di automobili d'occasione già immatricolate, che sono considerate merci danesi: sarebbe pregiudicata, così, l'importazione di veicoli nuovi a motore nel paese, alle normali condizioni di commercio. In realtà, un tale pregiudizio potrebbe verificarsi solo nel caso in cui gli scambi relativi ai prodotti considerati siano destinati a scomparire o ridursi pressoché a zero.

I QUESITI

1. — Se un tributo indiretto (una tassa di registrazione) percepito da uno stato membro che ammonta per le nuove autoveature al 105% del valore imponibile sino a corone danesi 52800 e al 180% per il valore eccedente,

costituisce una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa ed è pertanto vietato ai sensi dell'art. 28 del Trattato CE (v. a tal riguardo il paragrafo 13 della sentenza della Corte di giustizia delle comunità europee nella causa C-47/88, Commissione contro Danimarca, *Racc.* 1990, I-4509).

2. — In caso di soluzione affermativa della questione sub 1, se una tassa di immatricolazione possa trovare giustificazione nelle ragioni indicate nell'art. 30 del Trattato, ovvero essa rientri nella giurisprudenza della Corte relativa all'art. 28, come risulta dalla sentenza nella causa C-120/78, *Rewe Zentral*, *Racc.* 1979, I-649).

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano è intervenuto nella fase scritta. Si è rilevato che il pregiudizio all'acquisto di autovetture nuove rispetto all'acquisto di autovetture d'occasione già immatricolate, considerate merci danesi, potrebbe verificarsi solo nel caso in cui gli scambi relativi all'acquisto di autovetture nuove (necessariamente di importazione) siano destinate a scomparire o ridursi pressoché a zero. La Corte di giustizia ai punti 12 e 13 della sentenza emessa nella causa C-47/88 (Commissione contro Danimarca), ha specificato che tasse ed analoghi tributi che hanno ad oggetto la libera circolazione delle merci nel mercato comune, devono essere valutati alla luce delle norme generali contenute negli articoli 28 e seguenti del Trattato. La Corte ha poi dichiarato (sentenza nella causa C-132/88, Commissione contro Repubblica ellenica), che gli stati membri sono liberi di introdurre per prodotti come le autovetture un regime fiscale con aliquote progressive secondo un criterio obiettivo e che la Corte non è competente a pronunciarsi ai sensi dell'art. 95 (ora art. 90) su tributi, anche elevati, che gli stati membri si trovino necessità di dover introdurre per determinati prodotti per considerazione di politica sociale. Perciò emergerebbe che il tributo indiretto di cui al caso concreto, non sia stato illegittimamente introitato dal Ministero delle finanze danese. Tale giurisprudenza sembra deporre senso che anche determinate misure di carattere fiscale possono essere valutate alla luce della disposizione di cui all'art. 28 del Trattato. Sembra, tuttavia, assorbente l'obiezione secondo la quale (anche dopo una pronuncia della sentenza nella causa C-47/88) la Corte ha preso posizione sul punto controverso, stabilendo che la sfera di applicazione dell'art. 28 del Trattato non possa estendersi fino a comprendere gli ostacoli considerati da altre disposizioni specifiche (esempio: di natura tributaria) e che gli ostacoli di natura fiscale ad effetto equivalente a dazi doganali considerati dagli articoli 23-25 e 90 del Trattato non rientrano nel divieto di cui l'art. 28 (vedi sentenza nelle cause riunite da C-78/90 a C-88/90). Ne consegue che una disposizione, quale quella evidenziata dal giudice danese, non vada sottoposta al vaglio dell'art. 28 del Trattato, nè ricade nella previsione dell'art. 90 del Trattato. Per costante giurisprudenza della Corte, disposizioni fiscali nazionali, da ritenersi incompatibili con l'art. 90 del Trattato, sono quelle che siano congegnate in modo discriminatorio, oltremodo tale da assoggettare prodotti importati ad un onere più gravoso rispetto i prodotti nazionali analoghi (vedi, in particolare, sentenza 17 giugno 1998 in C-68/96, punto 12; sentenza 14 gennaio 1981 in C-140/79). La piena sovranità degli Stati in materia fiscale, infatti, osta a che gli organi comunitari spingano il loro vaglio

fino a travolgere una disposizione interna che assoggetti determinate categorie di beni a particolari trattamenti fiscali, a condizione che tale differenziazione sia applicabile in base a criteri oggettivi e in modo non discriminatorio rispetto ai beni prodotti negli altri Paesi. A nulla rileva, da questo punto di vista, l'osservazione che tale particolare sistema di tassazione possa determinare (di fatto) una riduzione del numero complessivo di beni di un certo tipo importati dai Paesi in questione. Il diritto comunitario, infatti, nello stato attuale della sua evoluzione non implica che tali valutazioni possano prevalere sul principio (ad oggi prevalente) della sovranità fiscale degli Stati.

Causa C-385/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Procedimento penale nei confronti di cittadino tedesco già condannato a pena pecuniaria – Principio *ne bis in idem*** – Art. 54 del Trattato di Schengen – Ordinanza del «Rechtbank Van Eerste Aanleg te Veurne» (Belgio) – Emessa il 4 maggio 2001 – Notificata il 28 novembre 2001.

IL FATTO

Con la predetta ordinanza è stato chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 35, comma 1 del Trattato, in ordine all'interpretazione dell'art. 54 del trattato di Schengen del 19 settembre 1990.

La causa riferita in oggetto riguarda un quesito pregiudiziale sollevato da un giudice belga che, prima di pronunciarsi nell'ambito di un procedimento penale, intende chiarire se l'applicazione dell'art. 54 del Trattato di Schengen (applicazione del principio *ne bis in idem*) consenta al pubblico ministero belga di rinviare a giudizio e di far condannare un cittadino tedesco nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia già provveduto al pagamento di una somma offertagli, per lo stesso reato, da un pubblico ministero tedesco.

IL QUESITO

Se l'applicazione dell'art. 54 del trattato di Schengen consenta al pubblico ministero belga di rinviare a giudizio dinanzi al giudice penale belga e di far condannare in tale sede un cittadino tedesco nell'ipotesi in cui a quest'ultimo per gli stessi fatti sia stata offerta una pena pecuniaria ed egli abbia provveduto al pagamento di tale somma.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo Italiano ha chiesto la discussione orale della causa.

NOTE

La questione è molto delicata in quanto concorre al ravvicinamento della legislazione penale degli Stati membri. Si trascrive, ad ogni utile fine, il testo dell'art. 54 del trattato di Schengen:

«Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita».

Causa C-387/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Libera circolazione dei lavoratori** – Articoli 12, 23, 25, 39 e 90 Trattato CE – Direttiva 77/388/CEE – Ordinanza del «Verwaltungsgerichtshof» (Austria) – Emessa il 20 settembre 2001 – Notificata il 28 novembre 2001.

IL FATTO

I due ricorrenti, cittadini tedeschi, si trasferiscono per lavoro dalla Germania all'Austria. Con decisione del Finanzamt Feldkirch, dopo l'immatricolazione in Austria delle vetture di proprietà, viene applicata una tassa sulla base del consumo normale (NOVA).

I QUESITI

1. — Se l'art. 39 CE (libera circolazione dei lavoratori) ovvero l'art. 12 (discriminazione effettuata sulla base della nazionalità) debbano essere interpretati nel senso che sia in contrasto con le dette disposizioni l'ipotesi in cui per l'autovettura che il lavoratore porta seco nel territorio della Repubblica d'Austria dal restante territorio della Comunità in occasione del trasloco dovuto al cambio del posto di lavoro sia prescritto un tributo calcolato sulla base del consumo normale (Normverbrauchsabgabe) [tassa di base e tassa addizionale].

2. — Se l'art. 90 CE (divieto di imposizione per i prodotti dagli altri Stati membri superiore a quella prevista per i prodotti nazionali) ovvero l'art. 23 (Unione doganale), e l'art. 25 (divieto di dazi doganali o di tasse di effetto equivalente tra gli Stati membri) siano di ostacolo all'imposizione di un tributo calcolato sulla base del consumo normale di cui è menzione nella questione *sub* 1) (Normverbrauchsabgabe) [tassa di base e tassa addizionale].

3. — Se sia compatibile con la sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE in materia di armonizzazione della legislazione degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari — Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, nella versione risultante dalla direttiva del Consiglio 16 dicembre 1991, n. 91/680/CEE che completa il sistema comune di imposta sul valore aggiunto e modifica, in vista della soppressione delle frontiere fiscali, la direttiva 77/388/CEE (Gazzetta Ufficiale L 376, pag. 1), il fatto che la tassa addizionale prestabilita sia prescritta come parte della «Normverbrauchsabgabe» di cui è menzione nella questione *sub* 1).

Cause da C-397/01 a C-403/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Orario di lavoro – Attività di guardia medica** – Direttiva 93/104/CE – Direttiva 89/391/CEE – Ordinanza del «Arbeitsgericht Lorrach» (Germania) del 26 settembre 2001 – Notificata il 21 gennaio 2002.

IL FATTO

Le parti controvertono sui diritti alla retribuzione per il lavoro prestato oltre le 48 ore settimanali. Il rapporto di lavoro tra le parti si è nel frattempo concluso. Il convenuto gestisce, tra l'altro, il servizio di soccorso sul territorio in parti della Landkreis Waldshut. Esso si occupa del servizio di guardia medica 24 ore su 24 in varie località. Il ricorrente era occupato presso il convenuto come assistente soccorritore. Nel contratto di lavoro le parti hanno

convenuto che si applica la disciplina del contratto collettivo sulle condizioni di lavoro per gli impiegati, i lavoratori e i formatori della Croce Rossa tedesca. Il ricorrente ritiene che la disciplina del convenuto sulla durata del lavoro sia inammissibile.

I QUESITI

1. — Se il rinvio contenuto nell'art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio del 23 novembre 1993, n. 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, all'art. 2, numero 2 della direttiva del Consiglio del 12 giugno 1989, 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza della salute dei lavoratori durante il lavoro, ai sensi del quale le direttive non si applicano quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche e servizi di Protezione civile vi si oppongono in modo imperativo, debba essere inteso nel senso che l'attività del ricorrente, assistente soccorritore, rientra in tale esclusione.

1b. — Se la nozione di trasporto stradale di cui all'art. 1, n. 3, della direttiva 93/104/CE debba essere interpretata nel senso che dall'ambito di applicazione della direttiva sono escluse solo quelle attività di guida in cui, per la natura dell'attività, vengono percorse ampie distanze e di conseguenza, a causa dell'imprevedibilità di eventuali impedimenti, gli orari di lavoro non possono essere predeterminati, ovvero se per circolazione stradale ai sensi di tale disposizione debba intendersi anche l'attività del servizio di autoambulanza, che consiste nella guida di veicoli di soccorso e nell'accompagnamento dei pazienti durante il tragitto.

2. — Se l'art. 18, numero 1, lettera D, sub I) della direttiva 93/104/CE, tenuto conto della sentenza della Corte di Giustizia del 3 ottobre 2000, causa C-303/1998, SIMAP, punti 73 e 74, debba essere interpretato nel senso che il consenso individuale del lavoratore deve espressamente indicare il prolungamento dell'orario di lavoro oltre le 48 ore settimanali, ovvero il consenso può anche consistere nel fatto che al lavoratore conviene nel contratto con il datore di lavoro che le condizioni di lavoro siano disciplinate dal contratto collettivo che, dal canto suo, consente un prolungamento dell'orario di lavoro settimanale ad una media di oltre 48 ore.

3. — Se l'art. 6 della direttiva 93/104/CE del Consiglio del 23 novembre 1993, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, abbia contenuto sufficientemente preciso e incondizionato cosicché i singoli possano far valere tale norma dinanzi ai giudici nazionali qualora lo Stato non abbia correttamente trasposto una direttiva nell'ordinamento nazionale.

Causa C- 405/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Professioni maritime – Riserva a favore di cittadini nazionali – Libera circolazione di lavoratori** – Art. 39 del Trattato CE – Ordinanza del «Tribunal Supremo» (Spagna) – Emessa il 4 ottobre 2001 – Notificata il 5 dicembre 2001.

IL FATTO

La questione nasce dalla previsione della normativa spagnola di riservare, oltre alla carica di capitano e di primo ufficiale, il 50% dell'equipaggio di navi battenti bandiera spagnola a cittadini spagnoli.

I QUESITI

«Se l'art. 39 (ex art. 48) del Trattato CE e gli articoli 1 e 4 del Regolamento (CEE) del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, concedano ad uno Stato membro la facoltà di riservare i posti di capitano e di comandante in seconda delle sue navi mercantili ai propri cittadini. In caso di soluzione affermativa, se tale riserva sia illimitata (valga cioè per tutti i tipi di navi mercantili o se sia valida solo per quei casi in cui sia ragionevolmente prevedibile che i capitani e i comandanti in seconda debbano effettivamente esercitare, a bordo, determinate funzioni pubbliche» «nel caso in cui le norme interne di uno Stato membro escludano dalla riserva dei summenzionati posti a favore dei propri cittadini determinati tipi di navigazione commerciale (con riferimento a fattori quali la stazza lorda della nave, il carico o il numero di passeggeri e le caratteristiche della traversata) e consentano in presenza di tali fattori l'accesso a cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea ai corrispondenti posti, se occorra sottoporre tale accesso alla condizione di reciprocità.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Si riportano le osservazioni scritte redatte dall'Avvocatura dello Stato il 7 febbraio 2002:

«Quanto al primo quesito si osserva che, in base alla deroga prevista dall'art. 39 del Trattato CE, la libera circolazione dei lavoratori può essere limitata quando vi siano ragioni di «ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica».

Non sembra, quindi, che la normativa comunitaria osti a che gli Stati membri riservino le qualifiche di capitano e comandante in seconda a propri cittadini, in quanto comportano l'esercizio di poteri pubblici e ad esse ineriscono responsabilità legate alla salvaguardia degli interessi generali dello Stato. In tal senso si è espressa anche codesta Corte nella causa C-37/1993 ove è stato considerato contrario al diritto comunitario «mantenere norme in virtù delle quali taluni impieghi della gente di mare, diversi da quelli di capitano e comandante in seconda, siano riservati a cittadini belgi».

Poiché la riserva dei posti di capitano e comandante in seconda a propri cittadini si dovrebbe considerare assoluta, non sembra possibile una diversificazione della disciplina in base a variabili quali la stazza, il tipo di viaggio, il carico trasportato o altro. Sembra, in altre parole, che la riserva sia appunto da considerare illimitata, anche considerando, con riferimento all'ultima parte del primo quesito, la difficoltà di verificare a priori se i capitani e i comandanti in seconda debbano effettivamente esercitare pubblici poteri.

Quanto alla seconda questione, formulata dal giudice spagnolo solo per il caso in cui la Corte risolva la prima in senso contrario, si osserva che sembra emergere in modo chiaro dalla giurisprudenza di questa Corte che la libera circolazione dei lavoratori non possa essere subordinata all'esistenza di accordi o pratiche di reciprocità tra gli Stati membri.

Sulla base di tali premesse si suggerisce di rispondere ai quesiti nel senso che:

«l'art. 39 (ex art. 48) del Trattato CE e gli articoli 1 e 4 del Regolamento (CEE) del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1612 non ostano a che gli Stati membri riservino le qualifiche di capitano e di comandante in seconda a propri cittadini. Tale riserva deve ritenersi illimitata»;

«nel caso in cui le norme interne di uno Stato membro escludano dalla riserva dei summenzionati posti a favore dei propri cittadini determinati tipi di navigazione commerciale (con riferimento a fattori quali la stazza lorda della nave, il carico o il numero di passeggeri e le caratteristiche della traversata) e consentano in presenza di tali fattori l'accesso di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea ai corrispondenti posti, tale accesso non può essere subordinato alla condizione di reciprocità.

Causa C-410/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Gara – Esclusione – Composizione amichevole – Interesse ricorso – Risarcimento danni** – Direttiva 89/665/CE – Ordinanza del Bundesvergabeamt – Sezione IV – (Austria).

IL FATTO

La controversia riguarda una gara pubblica relativamente al «controllo *in loco* dei lavori di costruzione e di equipaggiamento di materiale elettrico, domestico e meccanico dei posti di pedaggio principale e secondario e l'installazione del sistema di trasmissione di dati nell'ambito del progetto «LKW MAUT Österreich». Unitamente ad altri offerenti, il ricorrente ha presentato una sua offerta come consorzio offerente. All'esito della valutazione delle offerte l'amministrazione aggiudicatrice ha comunicato alla ricorrente quanto segue: «In seguito alla valutazione delle offerte, la sua offerta è stata classificata al secondo posto, con un totale di 79,92 punti. La migliore posizione è stata quella del consorzio B. con un totale di 85,98 punti. Di conseguenza, ... intendiamo aggiudicare l'appalto al consorzio B». La ricorrente ha ricorso chiedendo che fosse dichiarato che l'appalto non era stato aggiudicato al miglior offerente, in quanto i criteri di aggiudicazione che l'amministrazione aggiudicatrice aveva definito nei documenti della gara erano incompatibili con il principio di determinazione obiettiva del miglior offerente ai sensi dell'art. 53 della BVergG. L'amministrazione aggiudicatrice oppone alla ricorrente di non avere provveduto ad avviare il procedimento di conciliazione al fine di chiarire le eventuali discordanze di valutazione delle offerte, e quindi manca di legittimazione attiva ad avviare un procedimento di ricorso che, in base alla legge, spetta unicamente a chi ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, dimostrato attraverso il ricorso alla procedura arbitrale.

I QUESITI

1. — Se l'art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CE, 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, vada interpretato nel senso che qualunque imprenditore che abbia presentato un'offerta in un procedimento di aggiudicazione o abbia chiesto di partecipare allo stesso sia legittimato a presentare un ricorso.

In caso di soluzione negativa di tale questione:

2. — Se la disposizione della direttiva sopramenzionata debba essere interpretata nel senso che un imprenditore detiene o deteneva un interesse ad un determinato appalto pubblico solo se, oltre a partecipare al procedimento di aggiudicazione, adotta o ha adottato tutte le misure a sua disposizione in base alla normativa nazionale per evitare l'aggiudicazione dell'appalto all'offerta di un altro concorrente e cercare in tal modo di ottenere che l'appalto sia aggiudicato alla sua offerta.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Non si sono svolte osservazioni scritte, in quanto non appare di interesse tale da giustificare un intervento. Per i temi in questione si propone il fine di assicurare, in materia di appalti pubblici, garanzie giurisdizionali rapide ed efficaci, in assenza delle quali le imprese comunitarie possono essere scoraggiate dal concorrere in Paesi stranieri. Essa prescrive che gli Stati membri garantiscono l'accesso, secondo modalità che gli stessi possono determinare, e rimette agli organi giurisdizionali chiunque, avendo interesse alla aggiudicazione, sia stato leso, o rischi di essere leso, a causa di una violazione del diritto comunitario (art. 1, n. 3). Ciò posto, la questione concerne il significato da attribuire alla suddetta disposizione, ossia, se essa debba essere interpretata nel senso che l'offerente soddisfa il requisito di avere, o di avere avuto, un interesse ad ottenere un determinato appalto pubblico per il semplice fatto di aver proposto ricorso con tutti i mezzi tutela giuridica che gli conferisce la legge federale austriaca sugli appalti pubblici quale l'aggiudicazione dell'appalto ad un altro concorrente. Tale legge, infatti, contempla una procedura stragiudiziale di composizione amichevole delle controversie sino all'aggiudicazione dell'appalto. In altri termini, si tratta di stabilire se un concorrente leso che non esperisce, sino alla aggiudicazione della gara, la suddetta procedura sia ciò nonostante legittimato a ricorrere dinanzi al giudice. La direttiva «ricorsi» nell'interpretazione consolidata della corte di giustizia è tesa ad assicurare, nel modo più ampio possibile, la tutela giuridica dei concorrenti nelle procedure di gara. La giurisprudenza della Corte di giustizia, invero, sembra ormai attestata sulla posizione secondo cui il mancato esperimento della procedura pregiudiziale imposta dalla legge federale austriaca sugli appalti non pregiudica l'interesse ad agire del ricorrente avverso gli atti in ipotesi lesivi. Tale opinione sembra supportata anche dal tenore letterale della direttiva che nei «considerando» pone come presupposto l'obbligo per tutti gli Stati membri di introdurre procedure adeguate, dirette sia all'annullamento delle eventuali decisioni illegittime, sia a consentire il risarcimento dei soggetti danneggiati dall'asserita illegittimità della aggiudicazione. Ciò posto, considerato che la legislazione italiana non prevede forme di concilia-

zione stragiudiziale fino all'aggiudicazione della gara e, peraltro, anche relativamente alla fase successiva di esecuzione di lavori, esistono esclusivamente ritratti volontari (essendo, a quelli obbligatori, caduti sotto la declaratoria di legittimità costituzionale), si è ritenuto che la questione al vaglio della Corte di giustizia non presenti aspetti di particolare interesse per il nostro ordinamento.

Cause C-413/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Borse di studio Nozione di lavoratore migrante** – Art. 39 Trattato – Ordinanza del «Verwaltungsgerichtshof» – Emessa il 13 settembre 2001 – Notificata il 10 dicembre 2001.

IL FATTO

La ricorrente nel caso in esame è una cittadina italiana sposata con un austriaco, residente in Austria dal 1993 ed in possesso di una «carta d'identità con fotografia per stranieri (SEE)» che la autorizzava a soggiornare in Austria fino al marzo 1999. La stessa ha prestato un lavoro a tempo determinato (stagionale) nel periodo dal luglio/settembre 1995. Nell'ottobre 1995, la ricorrente ha conseguito il diploma di ragioniere e perito commerciale in Italia ottenendo il presupposto generale per l'ammissione agli studi presso un'università austriaca. Nel periodo compreso tra ottobre 1995 e marzo 1996, quest'ultima cercava un impiego adeguato alla sua formazione ed esperienza professionale, senza avvalersi dei servizi dell'amministrazione del collocamento, ma i suoi tentativi rimanevano senza esito. Nel marzo 1996 cominciava lo studio della romanistica all'Università di Klagenfurt, richiedendo una borsa di studio, in base alla legge Austriaca del 1992 sul sussidio scolastico.

Il Ministro per la scienza, i trasporti e l'arte allora competente respinse la richiesta della ricorrente contro l'istanza inferiore che aveva negato il suo diritto a percepire un sussidio universitario, sostenendo la mancanza dei presupposti in capo alla stessa per la corresponsione di un tale sussidio e cioè, da un lato, l'esistenza nello Stato nel quale si iniziano gli studi di un'attività professionale di lunga durata, e, dall'altro lato, che lo studio si presenti come atto di perfezionamento nel medesimo ramo professionale. La ricorrente adiva quindi al Verwaltungsgerichtshof (Austria) che ha che ha posto alla Corte di Giustizia il quesito.

I QUESITI

1. — Se un lavoro fin dall'inizio a tempo determinato e a breve termine di un cittadino dell'Unione europea in uno Stato membro, di cui non ha la cittadinanza, attribuisca la qualità di lavoratore in base all'art. 39 del Trattato CE;

2. — Se, nel valutare la qualità di lavoratore nel senso suddetto, sia pertinente il fatto che la persona in questione abbia iniziato questo lavoro solo qualche anno dopo l'entrata in territorio straniero e abbia acquisito, poco tempo dopo la conclusione del proprio rapporto di impiego a tempo determinato e a breve termine, l'abilitazione all'accesso agli studi universitari nello Stato membro ospitante dopo aver concluso gli studi nella propria terra natale.

Causa C-416/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Produzione dello zucchero da barbabietola – Fusione d'impresa – Autorizzazione amministrativa alla fusione a titolo oneroso – Rassegnazione a titolo oneroso delle quote di produzione di barbabietole da zucchero – Legittimità dell'atto di autorizzazione** – Regolamenti (CEE) numeri 1785/1981 e 193/1982 – Ordinanza del «Tribunal Supremo» (Spagna) – Emessa il 3 ottobre 2001 – Notificata il 10 dicembre 2001.

IL FATTO

La questione oggetto della causa trae origine da un'operazione di fusione di imprese di produzione e distribuzione dello zucchero da barbabietola avvenuta tra le due maggiori imprese spagnole del settore (Azucareras Reunidas de Jean, S.A. e Azucarera Ebro Agrícolas, S.A.) con l'autorizzazione alla fusione da parte del Consiglio dei Ministri e la rassegna delle quote di produzione a titolo oneroso mediante asta pubblica.

Il Tribunale di difesa della concorrenza spagnolo ha ritenuto che tale fusione abbia certamente attribuito alle imprese interessate una posizione dominante, ma l'ha considerata importante per il miglioramento della competitività internazionale dell'industria zuccheriera spagnola. Di qui lo stesso ha ritenuto non opportuno opporsi alla predetta fusione ed ha richiesto di subordinarla a determinate condizioni che poi sono state imposte nell'autorizzazione del Consiglio dei Ministri spagnolo.

I QUESITI

1. — Se le norme del regolamento (CEE) del Consiglio 30 giugno 1981, n. 1785, e/o del regolamento (CEE) del Consiglio 26 gennaio 1982, n. 193, ostino a che le dette autorità dispongano che tale trasferimento o riassegnazione di quote avvenga a titolo oneroso e, pertanto, comporti l'obbligo per l'impresa o per le imprese destinatarie, di fornire una controprestazione economica.

2. — Nel caso in cui la questione venga risolta negativamente, se, tuttavia, le dette norme ostino a che il prezzo della quota da trasferire e la ripartizione di quest'ultima siano determinanti mediante asta pubblica; se le citate norme ostino al metodo dell'asta pubblica anche quando è previsto che nell'ambito dell'operazione di riassegnazione delle quote mediante asta si adotteranno i provvedimenti opportuni per evitare qualsiasi eventuale ripercussione negativa sugli agricoltori produttori nazionali di barbabietola da zucchero.

3. — Se l'interpretazione della normativa comunitaria sia la stessa e se le soluzioni debbano anch'esse rimanere le stesse a seguito dell'entrata in vigore del regolamento del Consiglio 19 giugno 2001, n. 1260, che, sostituendo i regolamenti anteriori, istituisce l'organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero.

Causa C-418/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Concorrenza – Impresa in posizione dominante – Sfruttamento abusivo – Mercato farmaceutico – Contratto di licenza per uso banca dati – Diritto d'autore – Art. 82 Tr. CE – Ordinanza del «Landgericht Frankfurt Am Main» (Germania) – Emessa il 12 luglio 2001 – Notificata il 10 dicembre 2001.**

IL FATTO

La questione trae origine dalla raccolta, preparazione e interpretazione di dati del mercato farmaceutico della Germania, che risulta suddiviso in segmenti, in riferimento ai quali sono pubblicati rapporti regionali. La banca dati così creata risulta essere il risultato di un lavoro di collaborazione tra più soggetti.

Si pone, quindi, un problema di sfruttamento del diritto d'autore e, più in particolare, di uso legittimo della tutela del diritto d'autore in relazione al divieto di restrizione della concorrenza da parte di una impresa in posizione dominante, come previsto dall'art. 82 del Trattato.

I QUESITI

1. — Se l'art. 82 del Trattato CE debba essere interpretato nel senso che costituisce un comportamento abusivo di un'impresa in posizione dominante il diniego della conclusione di un contratto di licenza relativo all'uso di una banca dati tutelata dal diritto d'autore con un'impresa la quale intenderebbe avere accesso allo stesso mercato geografico e sostanziale se gli operatori presenti sull'altro lato del mercato, vale a dire i potenziali acquirenti, respingono ogni prodotto il quale non si avvale della banca dati tutelata dal diritto d'autore, poiché essi si sono organizzati per utilizzare i prodotti sulla base della banca dati tutelata dal diritto d'autore.

2. — Se per la questione di un comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante rilevi in quale misura i collaboratori degli operatori presenti sull'altro lato del mercato abbiano partecipato allo sviluppo della banca dati tutelata dal diritto d'autore.

3. — Se per la questione di un comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante rilevi quale dispendio per l'adattamento (in particolare, in termini di costi) vi sia per gli acquirenti che fino a quel momento hanno acquistato il prodotto dell'impresa in posizione dominante, qualora in futuro acquistino il prodotto di un'impresa concorrente la quale non si avvalga della banca dati tutelata dal diritto d'autore.

Causa C-421/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Appalti di lavoro – Presentazione offerte in variante – Ammissibilità – Principio dell'equivalenza – Criterio di aggiudicazione – Parametri di riferimento palesati nel bando – Necessità – Artt. 19 e 30 direttiva 93/37/CEE – Ordinanza del «Bundesvergabeamt» (Austria) – Emessa il 25 settembre 2001 – Notificata l'8 gennaio 2002.**

IL FATTO

La pregiudiziale è stata posta nell'ambito di una procedura volta ad accertare la correttezza dell'agire della stazione appaltante che, dopo aver inserito nel bando di gara una clausola nella quale veniva fissata la possibi-

lità di presentare offerta in variante rispetto a quella posta in gara, rifiutava la proposta alternativa presentata da una partecipante alla gara perché tecnicamente non rispondente agli interessi ed obiettivi della stazione appaltante.

Avverso questa decisione il concorrente ricorreva alle competenti autorità, lamentando l'illegittimità della decisione assunta e contestando puntualmente l'istruttoria tecnica posta in essere dalla stazione appaltante in corso di gara.

I QUESITI

1. – Se rappresenti una «variante» ai sensi dell'art. 19, n. 1, della direttiva 93/37/CEE la proposta alternativa, da parte di un offerente, di impiegare per la costruzione del manto stradale uno strato di asfalto invece del calcestruzzo previsto nel bando di gara.

2. – Se possa essere considerata alla stregua del «requisito minimo» prescritto e menzionato dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 19, numeri 1 e 2 della direttiva 93/37/CEE il criterio, previsto dal diritto nazionale per l'ammissibilità dell'accettazione di una «variante» ai sensi dell'art. 19, n. 1, della direttiva 93/37/CEE, secondo cui la proposta alternativa «deve garantire l'esecuzione di una prestazione equivalente dal punto di vista qualitativo», laddove il bando di gara faccia rinvio solo alla normativa nazionale e non definisca in particolare sulla base di quali concreti parametri di paragone debba essere esaminata l'«equivalenza».

3. – Se l'art. 30, numeri 1 e 2, della direttiva 93/37/CEE, letto alla luce dei principi della trasparenza e della parità di trattamento, vieti all'amministrazione aggiudicatrice di subordinare l'accettazione di una proposta alternativa che differisce da un'offerta conforme al bando di gara a causa di una diversa qualità tecnica alla valutazione positiva sulla base di un criterio previsto dal diritto nazionale, secondo cui la proposta alternativa «deve garantire l'esecuzione di una prestazione equivalente dal punto di vista qualitativo», laddove il bando di gara faccia rinvio al riguardo solo alla normativa nazionale e non definisca in particolare sulla base di quali concreti parametri di paragone debba essere esaminata l'«equivalenza».

4a. – In caso di soluzione affermativa sulla questione sub 3: se un'amministrazione aggiudicatrice possa portare a termine con l'assegnazione dell'appalto un procedimento di aggiudicazione come quello descritto sub 3.

4b. – In caso di soluzione affermativa delle questioni *sub 3* e *sub 4a*: se un'amministrazione aggiudicatrice che svolge un procedimento di aggiudicazione come descritto *sub 3* debba comunque respingere, senza un esame del contenuto, le varianti proposte dagli offerenti, laddove essa non ha stabilito i criteri di assegnazione per la valutazione delle differenze tecniche della variante rispetto al bando di gara.

5. – In caso di soluzione affermativa delle questioni *sub 3*, *sub 4a* e *sub 4b*: se un'amministrazione aggiudicatrice che svolge un procedimento di aggiudicazione come descritto *sub 3* debba accertare una variante di cui non può giudicare le differenze tecniche rispetto al bando di gara a causa della mancanza di relative prescrizioni nel bando di gara, laddove tale variante sia l'offerta più conveniente e non siano stati previsti altri criteri di assegnazione.

Causa C-422/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Assicurazioni – Contratti di previdenza integrativa – Premi assicurativi – Detraibilità dei premi – Regime fiscale applicabile** – Articoli 49 e 12 del Trattato CEE – Ordinanza del «Regeringsrätten» (Svezia) – Emessa il 23 ottobre 2001 – Notificata dell'8 gennaio 2002.

IL FATTO

La controversia evidenzia una discriminazione cui il sistema fiscale svedese sottopone i contratti di previdenza integrativi conclusi con le imprese di assicurazione stabilite in altri Paesi membri rispetto agli stessi contratti conclusi con imprese di assicurazioni svedesi.

I QUESITI

«Se le norme comunitarie in materia di libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, in particolare l'art. 49 CE, nel combinato disposto con l'art. 12, debbano essere interpretate nel senso che ostino all'applicazione di una normativa tributaria nazionale per effetto della quale un contratto assicurativo, concluso presso un assicuratore stabilito in Inghilterra, in Germania o in Danimarca e rispondente a tutti i requisiti di un contratto di previdenza integrativa svedese — salvo il fatto di non essere stato sottoscritto presso un assicuratore stabilito in Svezia — debba essere fiscalmente considerato quale contratto di assicurazione di capitalizzazione con effetti meno favorevoli sotto il profilo delle imposte sui redditi eventualmente, a seconda delle circostanze della specie, rispetto a quelli che deriverebbero da un contratto di previdenza integrativa».

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Si riportano le osservazioni scritte redatte dall'Avvocatura dello Stato il 27 febbraio 2002:

«Preliminarmente occorre rilevare che se, da un lato, la materia delle imposte dirette non rientra nella competenza della Comunità, dall'altro lato gli Stati membri devono esercitare le competenze ad essi conservate nel rispetto del diritto comunitario (v. tra le altre sentenze 14 febbraio 1995, C-279/1993, Schumacker, punto 21; 28 aprile 1998, C-118/1996, Safir, punto 21).

Dato per scontato che le assicurazioni costituiscono dei servizi, l'art. 49 del Trattato CE osta all'applicazione di una normativa nazionale che, senza giustificazioni oggettive, renda impossibile o comunque più difficile per un prestatore di servizi di avvalersi delle libertà assicurate dal diritto comunitario (sentenza Safir citata, punto 22).

La giurisprudenza di questa Corte è orientata nel ritenere compatibili con il diritto comunitario differenze di trattamento fiscale quando queste siano supportate da differenti situazioni obiettive; in ogni altro caso esse verrebbero a costituire un mezzo di discriminazione arbitraria (per tutte sentenze 6 giugno 2000, C-35/1998, Vakooijen, punti 43 e 44).

Ancora, sembrano consentite diversità di trattamento quando queste siano giustificate da ragioni di coerenza del sistema tributario nazionale (sentenze: 28 gennaio 1992, C-204/1990, Bachmann, punto 21; 13 aprile 2000, C-251/1998, Baars, punto 40 e Vakooijen, citata, punti 56 e 57).

La normativa svedese non pare rientrare nelle possibili deroghe sopra citate.

In particolare non si comprende il meccanismo per cui l'assicuratore può portare in detrazione i premi versati in conseguenza dell'impegno assunto nei confronti dei propri lavoratori solo al momento della corresponsione effettiva della pensione (vedi ordinanza del «Regeringsrätten» pagina 4, punto 1.3). In sostanza ciò che dovrebbe rientrare nella disciplina delle assicurazioni di vecchiaia — con conseguente detrazione immediata dei premi versati — per il solo fatto che coinvolga un soggetto non appartenente allo stato di origine viene ad essere ricondotto alla disciplina delle assicurazioni di capitalizzazioni. In sostanza viene usato lo strumento della capitalizzazione per disciplinare un fenomeno proprio della pensione di vecchiaia, anche quando — come nel caso di specie — l'assicuratore estero si impegni formalmente a comunicare al fisco svedese le somme erogate a favore dei beneficiari dell'assicurazione.

Tale meccanismo finisce per discriminare le imprese di assicurazioni di altri Stati membri che, essendo meno «appetibili» sul mercato svedese, vedono di fatto limitata una propria libertà riconosciuta dal Trattato CE. Per conservare il fattore competitivo legato alla detraibilità dei premi, l'impresa straniera dovrebbe, di fatto, rinunciare alla raccolta di affari in libera prestazione dei servizi e insediare uno stabilimento nello Stato ospite.

La discriminazione non è limitata solo alle imprese di altri stati CE, ma finisce per coinvolgere anche gli stessi cittadini svedesi che non possono liberamente scegliere la compagnia di assicurazione, sia essa nazionale o meno, che meglio soddisfi le proprie aspettative.

Inoltre tale normativa costituisce anche un ostacolo alla raccolta di capitali — e quindi una violazione della libera circolazione dei capitali — da parte di imprese di altri Stati membri.

La questione in esame solleva anche problemi di tutela della libera concorrenza nel mercato interno; è evidente, infatti, il vantaggio apportato alle imprese di assicurazioni stabilite in Svezia dalla normativa di cui si tratta.

Sulla base di tali premesse si suggerisce di rispondere al quesito nel senso che:

«le norme comunitarie in materia di libera circolazione di persone, dei servizi e dei capitali ostano ad una normativa tributaria nazionale che qualifichi un contratto assicurativo, rispondete a tutti i requisiti di un contratti di previdenza integrativa svedese, come contratto di assicurazione di capitalizzazione per il solo fatto che l'impresa assicuratrice non sia stabilita in Svezia».

Causa C-423/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Contributi alla macellazione – Definizione di stabilimento di provenienza delle carni** – Ordinanza del Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstrasse.

IL FATTO

Viene chiesto alla corte di pronunciarsi sulla corretta interpretazione della direttiva 85/73/CEE, nella formulazione della direttiva 96/46/CE, in relazione ai contributi ed alle spese riscuotibili dal Land per effettuare ispezioni e controlli previsti dalla normativa in materia di igiene.

I QUESITI

1. — Se la disposizione del punto 2, secondo comma, dell'allegato A, capitolo I, della direttiva 85/1973/CEE nella formulazione della direttiva 96/43/CEE, vada interpretata nel senso che debba considerarsi come «stabilimento da cui provengono le carni» anche uno stabilimento che si trova nello stesso edificio del laboratorio di sezionamento, ma il cui titolare è una persona fisica o giuridica diversa dal titolare del laboratorio di sezionamento.

2. — Quali criteri siano determinanti per la decisione del creditore di imposta relativa alla determinazione quantitativa della riduzione dei contributi fino al 55% previsto al punto 2, secondo comma, dell'allegato A, capitolo I, della menzionata direttiva. Se a tale riguardo si possa tener conto del tempo limitato che utilizza il personale, che effettui controlli o ispezioni, anche quando i relativi contributi vengono calcolati aggiungendo un importo forfettario ai sensi del punto 2, primo comma), dell'allegato A, capitolo I, della direttiva sopramenzionata.

In caso di soluzione affermativa della questione n. 1), se si possa tuttavia tener conto, ai fini della riduzione del contributo, del fatto che gli stabilimenti che si trovano in uno stesso edificio appartengono a titolari giuridicamente diversi, e se questo possa comportare in sostanza che in tali casi venga concessa una riduzione inferiore rispetto ai casi in cui il macello e il laboratorio di sezionamento non solo si trovano nello stesso edificio, ma per di più sono gestiti dalla stessa persona fisica o giuridica.

Causa C-424/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Appalti – Direttiva 89/665/CEE** – Articolo 2, n. 4 – Provvedimenti provvisori – Ordinanza del Bundesvergabeamt – Sezione IX – (Austria).

IL FATTO

La controversia ha ad oggetto una gara per la fornitura, il montaggio, il completamento di vari componenti per reti elettroniche, la gestione *software* delle reti, compreso l'addestramento, quale appalto di fornitura per un valore stimato nel contratto di euro un milione. Nel bando di gara non veniva espressamente dichiarato che dovevano essere offerti solo prodotti nuovi di fabbrica. La richiedente presentava un'offerta con la quale proponeva la fornitura dei prodotti indicati nel bando di gara, fornendo però non prodotti nuovi di fabbrica, bensì prodotti generalmente superati. L'autorità aggiudicatrice comunicava alla ricorrente che la sua offerta sarebbe stata esclusa, senza che fosse esaminata nel merito, poiché non corrispondeva ai requisiti del bando di gara. A motivazione l'autorità aggiudicatrice deduceva che,

attenendosi alla giurisprudenza dei Tribunali civili austriaci, si doveva ritenere che nel dubbio, qualora non diversamente previsto, potevano essere offerti solo prodotti nuovi. La richiedente chiedeva la rimozione di tale decisione dell'autorità aggiudicatrice, nonché l'emissione di un provvedimento urgente, che facesse divieto all'autorità aggiudicatrice di assegnare l'appalto fino a che non fosse stata pronunciata la decisione sulla domanda di rimozione della decisione della detta autorità. A motivazione la richiedente adduceva che nel bando di gara non era dato di riscontrare alcun elemento che facesse intendere che i materiali forniti dovessero essere nuovi di fabbrica. Veniva solo richiesto che l'apparecchiatura rispondesse a tutte le disposizioni in materia di sicurezza in vigore.

I QUESITI

1. — Se l'organo responsabile per le procedure di ricorso ai sensi dell'art. 8, n. 2, della direttiva del consiglio 21 dicembre 1989 n. 89/665/CEE, 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, nella versione di cui la direttiva 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE, abbia l'obbligo di prenderli in considerazione, nell'ambito della ponderazione degli interessi da effettuare prima di decidere sul provvedimento provvisorio richiesto nell'ambito dell'art. 2, n. 4, della direttiva n. 89/665/CEE, le possibilità di favorevole accoglimento di una domanda di rimozione di una decisione illegittima di una autorità aggiudicatrice ai sensi dell'art. 2, n. 1, lettera *b*), della detta direttiva.

2. — In caso di soluzione negativa della questione *sub* 1: se l'organo responsabile delle procedure di ricorso ai sensi dell'art. 2, n. 8, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di forniture e di lavori, nella versione di cui alla direttiva 18 giugno 1992 n. 92 /50/CEE, abbia il potere di prendere in considerazione, nell'ambito della ponderazione degli interessi da effettuare prima di decidere su un provvedimento provvisorio richiesto nell'ambito dell'art. 2, n. 4, della direttiva n. 89/665/CEE, la possibilità di favorevole accoglimento della domanda di rimozione di una decisione illegittima di una autorità aggiudicatrice ai sensi dell'art. 2, n. 1, lettera *b*), della detta direttiva.

Causa C-431/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Imposte delle persone fisiche – Perdita di reddito professionale – Detraibilità** – Articoli 39 e/o 43 Trattato CE – Ordinanza della «Cour D'Appel De Mons» (Belgio) – Emessa il 2 novembre 2001 – Notificata il 5 dicembre 2001.

IL FATTO

La controversia riguarda un consulente in informatica che, negli anni 1988 e 1989, svolgeva varie attività subordinate in Germania ed una attività indipendente in Belgio; nel 1988, a seguito di una perdita subita nell'ambito della sua attività professionale in Belgio, l'interessato si è visto rifiutare dallo Stato belga la sua richiesta di imputare tale perdita all'utile generato dalla

stessa attività autonoma nel 1989 con la motivazione che la perdita controversa possa essere solo oggetto di imputazione — peraltro effettuata dall'interessato, per l'esercizio 1989 — sui redditi generati in Germania.

I QUESITI

Se gli articoli 39 e/o 43 del Trattato che istituisce la Comunità europea ostino alla normativa di uno Stato membro ai sensi della quale, per gli avvisi di accertamento dell'imposta delle persone fisiche, la perdita di reddito professionale subita in tale Stato membro da una persona fisica residente in detto Stato nell'arco di un periodo d'imposta precedente può essere detratta dall'utile di tale persona fisica relativo a un esercizio successivo solo in quanto la suddetta perdita di reddito professionale non possa essere imputata alle retribuzioni, inerenti a tale periodo d'imposta precedente, derivanti da un'attività lavorativa subordinata svolta dalla persona fisica in un altro Stato membro, con la conseguenza che la perdita di reddito professionale così imputata non può essere detratta, né in detto Stato membro, né nell'altro Stato membro, dal reddito imponibile di tale persona fisica per l'avviso di accertamento dell'imposta sulle persone fisiche, laddove, se la persona fisica avesse esercitato la sua attività lavorativa subordinata nel medesimo Stato membro in cui si svolge l'attività autonoma, le suddette perdite di reddito professionale potrebbero senz'altro detrarsi dal reddito imponibile di tale persona fisica.

Causa C-438/01 – Disposizioni fiscali – Armonizzazione delle legislazioni – Imposte sulla cifra d'affari – Sistema comune d'imposta sul valore aggiunto – Art. 9, n. 2, lettera e), secondo trattino, della sesta direttiva IVA – Prestazioni pubblicitarie – Inclusione delle prestazioni fornite tramite un terzo – Ordinanza della Cour De Cassation du Grand-Duché de Luxembourg – Emessa l'8 novembre 2001 – Notificata l'8 gennaio 2001.

IL FATTO

La controversia da cui trae origine l'ordinanza di remissione del giudice *a quo* vede coinvolte due società per azioni: la società committente (con sede in Lussemburgo, ricorrente presso la «Cour de Cassation» di quel Paese), per conto del locale Ministero dell'economia, di prestazioni varie connesse all'allestimento di una esposizione commerciale in Belgio (montaggio di due stand, pulizia degli stessi durante l'esposizione, fornitura di manodopera per il trasporto di materiali), e la società (con sede in Belgio), commissionaria delle predette prestazioni. Quest'ultima ha emesso la relativa fattura con applicazione dell'IVA belga, nella considerazione che le prestazioni di cui si tratta non possono essere considerate di carattere «pubblicitario» secondo l'accezione, assunta dalla norma comunitaria (nel qual caso avrebbero dovuto essere assoggettate ad imposta in Lussemburgo, quale Stato di residenza del «destinatario» della prestazione pubblicitaria), in quanto effettuate non nei diretti confronti dell'utente (cioè il Ministero dell'economia del Lussemburgo), bensì di un intermediario (ovvero società committente). Va osser-

vato, preliminarmente, che ciascuno Stato membro ha interesse, in genere, a localizzare nel proprio territorio il «luogo» di effettuazione delle opere poste in essere tra soggetti appartenenti a Stati membri diversi, dato che in tal caso sussisterebbe il diritto a percepire il relativo tributo (da ciò, il sorgere di controversie tra Stati membri).

IL QUESITO

Se l'art. 9, n. 2, lettera *e*), della sesta direttiva (CEE) del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari — Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, per quanto riguarda le «prestazioni pubblicitarie», si applichi a prestazioni fornite indirettamente all'inserzionista e fatturate ad un terzo che a sua volta le fatturerà all'inserzionista, nel caso in cui quest'ultimo non produca la merce il cui prezzo comprenderà il costo della prestazione.

Causa C-439/01 – Trasporti su strada – Condizioni di viaggio – Art. 8, commi 1 e 2, del regolamento CEE n. 3820/1985 – Ordinanza del «Unabhängiger Verwaltungssenat» (Austria) – Emessa il 6 novembre 2001 – Notificata l'8 gennaio 2002.

IL FATTO

I due ricorrenti conducevano, quali autisti dell'equipaggio dagli stessi composto, un autotreno con targa ceca sino al posto di frontiera di Drasenhofen. In seguito alla verifica dei fogli di registrazione che i suddetti erano tenuti a presentare per il periodo dal 22 al 24 ottobre 2000, la polizia sospettava che i ricorrenti non avessero rispettato i periodi di pausa giornalieri in conformità all'art. 8 del regolamento n. 3820/1985 e imponeva a ciascun conducente di versare una cauzione provvisoria pari a ATS 1.000.

Da un'analisi dei fogli di registrazione risultava che entrambi i ricorrenti — con una pausa ininterrotta di 8 ore e 5 minuti nell'arco di un periodo di 30 ore — si erano conformati ai presupposti dell'art. 8, n. 2, del regolamento n. 3820/1985, ma non tuttavia a quelli dell'art. 8, n. 1, del suddetto regolamento.

La Bezirkshauptmannschaft di Mistelbach dichiarava che la cauzione versata doveva considerarsi acquisita. Gli interessati impugnavano i suddetti provvedimenti, affermando di aver effettuato le pause prescritte.

I QUESITI

1. — Se gli autisti che rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento (CEE) del Consiglio 20 dicembre 1985, n. 3820, relativo all'armonizzazione di alcune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada, nell'ipotesi di un equipaggio composto da due autisti, debbano soddisfare cumulativamente i numeri 1 e 2 dell'art. 8 o se l'art. 8, n. 2, del regolamento n. 3820/1985 sia da anteporsi, in quanto *lex specialis*, al n. 1.

2. — Se quando l'equipaggio è composto da due autisti che rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento (CEE) del Consiglio 20 dicembre 1985, n. 3820, relativo all'armonizzazione di alcune disposizioni in materia

sociale nel settore dei trasporti su strada, l'art. 8, n. 1, del regolamento n. 3820/1985, o eventualmente i numeri 1 e 2 dell'art. 8 del suddetto regolamento non debbano trovare applicazione per incompatibilità con le disposizioni di diritto comunitario di rango superiore.

Causa C-442/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Società di persone – Cessione di quote sociali – Esenzione o soggezione ad imposta – Deducibilità delle spese legali derivanti dalla costituzione della società** – Operazioni accessorie – Direttiva 77/388/CE – Ordinanza del «Bundesfinanzhofes» – Emessa il 27 settembre 2001 – Notificata il 31 gennaio 2001.

IL FATTO

L'ordinanza in oggetto nasce dalla costituzione da parte di un gruppo di soci di una società di persone per lo svolgimento di una serie di iniziative immobiliari. In seguito, la società ha dedotto dal proprio imponibile le spese legali dalla stessa sostenute in relazione alla successiva stesura di atti di cessione di quote della società in favore di nuovi soci.

Ai sensi dell'art. 17, II comma e art. 19, II comma, della Direttiva 77/388, è soggetta a deduzione l'imposta sul valore aggiunto relativa ad operazioni accessorie (nel caso di specie le prestazioni legali) nella misura in cui l'operazione principale (nel caso di specie la cessione di quote) sia soggetta ad imposta e non ne sia esente. Pertanto, ai fini della pronuncia interpretativa in merito alla deducibilità o meno delle spese legali sopra citate dall'imponibile della società, è necessario accertare, in via preliminare, se le cessioni di quote di società personali siano considerate — ai sensi della Direttiva 77/388 — soggette ad IVA oppure esenti.

I QUESITI

1. — Se una società di persone la quale ammette un socio contro pagamento di un conferimento in denaro contante fornisca a quest'ultimo una prestazione a titolo oneroso ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 77/388/CEE.

2. — Se sia in tal caso configurabile un'operazione accessoria ai sensi dell'art. 19, n. 2, seconda frase, della direttiva 77/388/CEE e se il soggetto passivo dell'imposta possa invocare l'art. 19, n. 2, seconda frase, della direttiva 77/388/CEE secondo cui siffatte operazioni accessorie non escludono la deduzione.

Causa C-444/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi – Prostituzione** – Articoli 8, 52 e 59 Trattato CE, art. 1 direttiva CE/90/364 – Ordinanza del Bundesverwaltungsgericht – Notificata il 31 gennaio 2002.

IL FATTO

La ricorrente, originaria dei Paesi Bassi, veniva espulsa dalla Germania per esercizio della prostituzione in quanto priva del permesso di soggiorno.

La ricorrente ritiene il provvedimento ingiusto in quanto si tratta di attività non vietata, ed essa disponeva di sufficienti mezzi di sostentamento ed era assicurata contro i rischi di malattia.

I QUESITI

1. — Se l'attività della prostituzione esercitata in modo autonomo da una cittadina dello Stato membro A nello Stato membro B riferita alla situazione giuridica esistente al 16 maggio 1997, rientri sotto la libertà di stabilimento (art. 52, Trattato CE) e, rispettivamente, la libera prestazione di servizi (art. 59, Trattato CE). Se, a tal riguardo, assuma rilievo se la prostituzione nel detto momento secondo l'ordinamento giuridico nazionale era considerata contraria al buon costume e asociale.

2. — In caso di soluzione negativa della prima questione: se la cittadina dello Stato membro A, sulla base della situazione giuridica esistente al 16 maggio 1997, derivava nello Stato membro B un diritto di soggiorno direttamente dall'art. 8 del Trattato CE.

3. — In caso di soluzione negativa della seconda questione: se la stessa, nella situazione giuridica esistente al 16 maggio 1997, disponeva di un diritto di soggiorno sulla base dei presupposti di cui all'art. 1 della direttiva CEE del Consiglio 28 giugno 1990, n. 90/364 (G.U. L. 180, pag. 26), anche se lo Stato membro B in quella data non aveva ancora trasposto nel diritto nazionale la detta direttiva.

4. — In caso di soluzione affermativa della terza questione: se la stessa al momento di entrare nel territorio dello Stato membro B doveva disporre di mezzi di sussistenza sufficienti e ne doveva dare dimostrazione alle competenti autorità, oppure se sia sufficiente che la stessa, durante il suo soggiorno in tale Stato membro, non abbia fatto ricorso all'assistenza sociale.

Causa C-445/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Rapporto di lavoro subordinato – Mancata registrazione sul libretto di lavoro** – Articoli 39, 43, 86 Trattato CE – Ordinanza del tribunale di Biella (Italia) – Emessa il 18 agosto 2001 – Notificata l'8 gennaio 2002.

IL FATTO

La questione verte sulla mancata comunicazione da parte del datore di lavoro all'ufficio circoscrizionale dell'assunzione di personale, comunicazione che si deve effettuare entro cinque giorni dall'assunzione come prescritto dall'art. 9-*bis* comma 2 della legge n. 608/1996.

La questione interpretativa verte sull'applicabilità del decreto-legge n. 232/1995 poiché per le assunzioni precedenti a tale provvedimento il giudice nazionale deve disapplicare la normativa nazionale relativa, annullando le eventuali sanzioni sulla scorta della pronuncia della Corte di Giustizia dell'11 dicembre 1997, che è efficace nel nostro ordinamento, direttamente e retroattivamente, in relazione ad ogni pregresso rapporto che non sia ancora esaurito. Le assunzioni, invece, successive a tale sentenza sono regolate dal decreto del Ministro del lavoro 8 maggio 1998, che prevede semplicemente un obbligo di comunicazione successivo all'assunzione; il giudice del rinvio ha ritenuto che non si potesse procedere, come nell'altro caso, alla disapplicazione della normativa; ha, infatti, sostenuto che si tratta di una normativa

nazionale che il giudice nazionale potrebbe disapplicare solo qualora intervenisse una pronuncia della Corte Costituzionale che ne dichiari l'illegittimità o una pronuncia della Corte di Giustizia che la dichiari in contrasto con la legislazione comunitaria.

IL QUESITO

Con la predetta ordinanza è stato chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, in ordine alla compatibilità dell'art. 9-bis comma 2 della legge n. 608/1996 — dove è previsto per il datore di lavoro l'obbligo della comunicazione dell'assunzione di ogni lavoratore alla Sezione Circoscrizionale per l'Impiego — e dell'art. 10 del decreto legislativo n. 649/1997 — dove si richiama l'art. 9-bis della legge n. 608/1996, in caso di mediazione operata da soggetti non autorizzati — con i principi comunitari di cui agli articoli 39, 43 ed 86 del Trattato CE (libertà di lavoro, di iniziativa economica, di stabilimento, di concorrenza).

NOTE

Si deve ricordare che il regime del collocamento italiano è già stato oggetto di una pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità europee (sentenza dell'11 dicembre 1997 Causa n. 55/1996 Job Center), con la quale la Corte lo ha ritenuto contrario all'art. 90 n. 1 Trattato CE, in quanto istituyente un monopolio dello Stato, contrario al regime della libera concorrenza. La Corte ha, infatti, ritenuto che un sistema che attribuisca il monopolio esclusivo del collocamento all'ente pubblico sia contrario al sistema comunitario se non consente di soddisfare la domanda esistente sul mercato del lavoro ed il regime renda di fatto impossibile l'esercizio della medesima attività da parte di imprese private.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Si trascrivono integralmente le osservazioni svolte dal Governo Italiano:

1. — *La Direzione Provinciale del Lavoro di Biella ha contestato alla S.n.c. M. ed ai Sigg.ri S. e B. la violazione di alcune norme in materia di organizzazione e tutela del mercato del lavoro ed ha ingiunto loro di pagare una somma di denaro a titolo di sanzioni amministrative. Tra le violazioni contestate vi è anche la mancata comunicazione dell'assunzione dei lavoratori, prevista e disciplinata dall'art. 9-bis, comma 2, della legge 28 novembre 1996, n. 608.*

I Sigg.ri S. e B., soci e legali rappresentanti della società M., si sono opposti alla richiesta di pagamento delle sanzioni amministrative ed hanno citato in giudizio la Direzione Provinciale del Lavoro. I ricorrenti hanno formulato diverse eccezioni; in particolare, hanno contestato la violazione dell'art. 9-bis, comma 2, della legge n. 608/1996, poiché i comportamenti previsti da tale norma, confermando il regime di collocamento in vigore prima, sarebbero in contrasto con il Trattato CE così come riconosciuto dalla sentenza della Corte di Giustizia, intervenuta nel procedimento C-55/1996.

L'Amministrazione del lavoro, costituitasi in giudizio, si è opposta a quanto affermato dai privati.

2. — *Il Giudice Unico del Tribunale di Biella, con ordinanza pronunciata il 18 ottobre 2001, ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla compatibilità dell'art. 9-bis, comma 2, della legge 28 novem-*

bre 1996, n. 608, là ove è previsto per il datore di lavoro l'obbligo della comunicazione dell'assunzione di ogni lavoratore alla Sezione Circoscrizionale per l'Impiego, nonché dell'art. 10 del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, là ove si richiama l'art. 9-bis della legge n. 608/1996, in caso di mediazione operata da soggetti non autorizzati, con i principi comunitari di cui agli articoli 39, 43, 86 (ex articoli 48, 52 e 90) Trattato CEE.

3. — *Relativamente al quesito concernente l'art. 9-bis, comma 2, della legge 28 novembre 1996, n. 608, si ritiene opportuno ricordare brevemente l'evoluzione di alcuni principi della disciplina italiana del collocamento al lavoro.*

3.1. — *La legge n. 264 del 1949, prevedeva che il datore di lavoro avesse l'obbligo di assumere per il tramite dell'Ufficio di collocamento territorialmente competente, vietando l'esercizio della mediazione tra offerta e domanda di lavoro subordinato. L'intermediazione di manodopera effettuata in contrasto con le suddette norme e l'assunzione di lavoratori al di fuori del collocamento pubblico erano punite con sanzioni non solo amministrative ma anche penali.*

L'impianto normativo originario del sistema del collocamento obbligava i datori di lavoro ad assumere soltanto i disoccupati autorizzati con nullaosta preventivo dell'ufficio di collocamento competente per territorio, previo invio della relativa richiesta numerica o nominativa.

In tale periodo, in Italia il collocamento della manodopera ha costituito una funzione esclusivamente pubblica esercitata direttamente dallo Stato, rientrando fra gli interventi a tutela del lavoratore. Alla luce della sua storica concezione, l'istituto del collocamento ha, in effetti, assolto la funzione, di rilevante interesse pubblico, di impedire che il datore di lavoro potesse assumere lavoratori senza assicurare loro le condizioni di tutela sancite dalla legge.

Ciò che ha contraddistinto la normativa in allora vigente è stato il carattere esclusivo e rigidamente pubblicistico della mediazione fra domanda e offerta di lavoro.

3.2. — *Tale assetto di cose, peraltro, ha subito una serie di modifiche che hanno progressivamente mutato il quadro generale dell'istituto del collocamento.*

Un primo passo si è fatto con la legge n. 223/1991 che ha generalizzato il sistema della richiesta nominativa; in base a tale sistema gli uffici di collocamento avevano l'obbligo di provvedere all'avviamento dei lavoratori indicati nell'istanza. La norma, tuttavia, lasciava alla sfera pubblica il controllo successivo di una preventiva individuazione privata dei lavoratori da assumere.

Successivamente, dal 1994, il collocamento è stato disciplinato da una serie di decreti-legge, reiterati spesso con modifiche rilevanti ed infine convertiti con la legge 28 novembre 1996, n. 608, che ha profondamente modificato l'istituto in esame. Infatti, si è definitivamente superato il sistema di avviamento al lavoro basato sul rilascio preventivo del nulla osta di un ufficio pubblico e l'art. 9-bis, della legge richiamata, generalizza il principio dell'assunzione diretta dei lavoratori da parte del datore di lavoro, il quale ha solo l'obbligo — corredato di sanzione esclusivamente amministrativa — di comunicare, entro 5 giorni, l'avvenuta assunzione all'Ufficio del lavoro competente per territorio.

3.3. — *Attualmente in Italia non è più previsto, pertanto, un intervento autorizzatorio da parte della Pubblica Amministrazione in regime di monopolio, ma un mero obbligo di comunicazione, la cui inottemperanza dà luogo all'applicazione di una sanzione amministrativa. Viene demandato, di fatto, al datore di lavoro il controllo preventivo sui requisiti di tutela del lavoratore.*

Alla base della previsione contenuta nell'art. 9-bis vi è una motivazione di rilevante interesse pubblico: il legislatore, pur introducendo nell'ordinamento giuridico strumenti di flessibilizzazione e liberalizzazione dell'incontro fra domanda e offerta di lavoro, ha ritenuto ancora necessario lasciare ad un ufficio pubblico il compito di registrazione statistica delle assunzioni.

Tale meccanismo consente alla Pubblica Amministrazione un costante monitoraggio dei flussi di manodopera ed una conoscenza reale dell'andamento della domanda e dell'offerta nel mercato del lavoro.

Un sistema di tal genere è tuttora considerato indispensabile per l'applicazione di strumenti di politica attiva del lavoro quali iscrizioni e cancellazioni nelle apposite liste, quote di riserva, indennità per la disoccupazione.

In tal modo si è portato a maturazione il processo di progressiva completa deregolamentazione del sistema, secondo una linea di pensiero ispirata al principio dell'abolizione del monopolio pubblico del collocamento, in linea con i principi dettati dalla Corte di Giustizia.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si ritiene che non siano fondati i dubbi del Giudice italiano sulla conformità della normativa in questione all'ordinamento comunitario.

Ed invero, il mero obbligo di comunicazione non può conferire di per sé allo Stato una posizione di supremazia di stampo monopolistico essendo finalizzato esclusivamente a far acquisire al medesimo informazioni in ordine al numero e alle modalità delle assunzioni effettuate nel territorio in un determinato periodo. La norma non può pertanto ritenersi lesiva dei principi comunitari richiamati dal giudice italiano in quanto l'obbligo non ha come corrispettivo il potere del centro per l'impiego di autorizzazione all'assunzione, né, tantomeno, una compressione del diritto di esercitare l'attività liberalizzata di mediazione, bensì il solo diritto di conoscere in tempo reale il dato concernente la situazione locale del mercato del lavoro al fine di vagliare eventuali assunzioni irregolari e quello di adottare sanzioni di natura meramente amministrativa in caso di omissione di comunicazione.

Né appare in contrasto con i principi comunitari l'aver dotato lo Stato di uno strumento per consentirgli di svolgere compiti di monitoraggio, statistici e di verifica dei flussi di lavoro essenziali per studiare la domanda e l'offerta di lavoro, le loro dinamiche e le loro relazioni.

3.4. *Conclusivamente si ritiene che i dubbi sollevati non siano condivisibili anche perché il Giudice del Tribunale di Biella muove dal presupposto che la comunicazione integri una «approvazione ex post» delle assunzioni. Tale presupposto è errato e, di conseguenza, sono inesatte le conclusioni logico-giuridiche che da esso vengono tratte.*

4. *I rilievi, estremamente sintetici, che il Giudice del Tribunale di Biella muove all'art. 10, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, non consentono di cogliere con precisione il contrasto con le norme del Trattato.*

La norma in esame disciplina l'esercizio della attività di mediazione tra domanda ed offerta di lavoro.

In particolare, il comma 1-bis (aggiunto dall'art. 117, comma 3, lettera b), della legge 23 dicembre 2000, n. 388), prevede che l'attività di mediazione possa consistere anche nella «... effettuazione, su richiesta dell'azienda, di tutte le comunicazioni conseguenti alle assunzioni avvenute a seguito dell'iniziativa della stessa società di mediazione; ...».

Relativamente a tale aspetto si ribadiscono le considerazioni svolte al punto 3 che precede.

Considerata la valenza della comunicazione di assunzione — atto di conoscenza per monitorare i flussi di manodopera — anche le assunzioni fatte tramite le imprese private autorizzate a svolgere mediazione fra domanda ed offerta di lavoro devono essere comunicate dal datore di lavoro o dal suo delegato all'ufficio pubblico di collocamento (oggi Centro per l'impiego).

5. — Conclusivamente, il Governo italiano fa rilevare che entrambe le norme citate non possano ritenersi contrastanti con il combinato disposto di cui agli articoli 86 e 90 del Trattato istitutivo CEE.

Le norme in esame non delineano, in capo allo Stato italiano, alcuna posizione di monopolio che possa dirsi contraria ai principi comunitari in materia di libertà di lavoro, iniziativa economica, libertà di concorrenza e libero incontro fra domanda ed offerta di lavoro.

In particolare il quadro normativo in cui esse si inseriscono sottende ad una funzione di natura sociale, vale a dire il monitoraggio e la completa conoscenza pubblica sulle attività di mediazione ed incontro fra domanda ed offerta di lavoro, finalizzato, in prospettiva, ad una più efficace attività della Pubblica Amministrazione in tema di politiche attive del lavoro.

Per le considerazioni sopra svolte, il Governo italiano propone alla Corte di rispondere ai quesiti posti dal giudice nei seguenti termini: «L'art. 9-bis, comma 2, della legge 28 novembre 1996, n. 608, là ove è previsto per il datore di lavoro l'obbligo della comunicazione dell'assunzione di ogni lavoratore alla Sezione Circoscrizionale per l'impiego, nonché l'art. 10, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, là ove si richiama l'art. 9-bis, della legge n. 608, del 1996, non sono in contrasto con i principi comunitari di cui agli articoli 39, 43 e 86 del Trattato CE».

Causa C 462/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Normative nazionali sulle sostanze stupefacenti – Coltivazione di canapa industriale** – Articoli 28 e 30 del Trattato – Ordinanza del Halmstads Tingsrätt (Svezia).

IL FATTO

Un agricoltore ha coltivato nel suo podere della canapa cosiddetta industriale. La coltivazione aveva un'estensione di circa un ettaro. Le piante sono state sequestrate secondo quanto disposto dalla legislazione svedese in materie di sostanze stupefacenti. Nel successivo procedimento penale, il pubblico ministero ha chiesto la confisca della canapa sequestrata. È stata sollevata

questione se la legislazione svedese, per la quale tutte le piante della specie *Cannabis*, e dunque anche la cosiddetta canapa industriale, sono sostanze stupefacenti e, di conseguenza, ricadono sotto le disposizioni di diritto penale e in quelle relative alla confisca che figurano nella legge penale svedese sulle sostanze stupefacenti, violi il diritto comunitario.

I QUESITI

1. — Se l'art. 28 del trattato di Roma permetta che uno Stato membro proibisca la coltivazione e qualsiasi altro impiego della cosiddetta canapa industriale, che sono ammessi dai regolamenti CÉ.

2. — In caso di soluzione negativa alla questione 1), se possa cionondimeno sussistere un'eccezione con riferimento all'art. 30 del Trattato di Roma che porti ad escludere la contraddittorietà di tale divieto al diritto comunitario.

3. — In caso di soluzione negativa della questione 2), se il divieto contenuto nella legge svedese possa essere giustificato per altre ragioni.

Causa C-464/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Contratti conclusi da un consumatore – pubblicità – Competenza** – Art. 13 Convenzione di Bruxelles – Ordinanza del «Oberster Gerichtshof» (Austria) – Emessa 18 novembre 2001 – Notificata il 7 febbraio 2002.

IL FATTO

La questione trae spunto da una articolata vicenda che ha visto coinvolto un agricoltore austriaco, proprietario di una fattoria nella quale abita con la propria famiglia, il quale, intendendo rifare la copertura del tetto della propria fattoria, conclude un contratto di compravendita di tegole con un'azienda tedesca. Tale contratto veniva concluso dopo che l'agricoltore, visionato un messaggio pubblicitario allegato ad una rivista, contattava telefonicamente l'azienda tedesca. Successivamente si recava presso la sede dell'azienda per visionare le tegole ed ivi palesava la sua qualità di titolare di azienda agricola.

Rientrato presso la propria abitazione, l'indomani contattava telefonicamente l'azienda e dichiarava di accettare la proposta contrattuale come formulata. A questo punto l'azienda tedesca inoltrava via telefax la conferma dell'ordine dell'agricoltore ed inviava il materiale in Austria. Una volta ricevuta la merce ed utilizzatala per la copertura del tetto, l'agricoltore constatava un vizio cromatico delle tegole acquistate, di conseguenza chiedeva a titolo di garanzia e risarcimento danni il rimborso del prezzo d'acquisto ed i costi per il rifacimento del tetto. A tal fine, l'agricoltore austriaco ai sensi e per gli effetti dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles invocava la competenza del giudice austriaco. Infatti egli riteneva che il contratto di compravendita fosse stato concluso in qualità di consumatore e non già per finalità professionali e constatava di essere stato indotto alla conclusione del contratto in Austria tramite la presa visione, ivi, di materiale pubblicitario.

Tuttavia l'azienda tedesca, convenuta davanti ad un giudice austriaco, ne contestava la competenza sulla base della considerazione che il contratto era stato concluso dall'agricoltore nella sua veste professionale di imprenditore agricolo e che la conclusione formale del contratto era in realtà avvenuta in Germania poiché da qui sarebbe arrivata la conferma dell'ordine via telefax.

Avendo eccepito l'incompetenza del giudice austriaco, la Cassazione Austriaca riteneva che la competenza andasse nuovamente provata. A tal fine dopo aver constatato che per determinare la competenza, ai sensi e per gli affetti dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles, laddove il contratto risponda in parte ad esigenze di carattere privato, risulterebbe decisiva la finalità prevalente, privata o professionale e, ad ogni modo, nel dubbio, prevarrebbe la qualifica come contratto concluso da un consumatore, rinvia la questione alla Corte di Giustizia CE stante la difficoltà di chiarire a chi spetti in concreto la competenza.

I QUESITI

1. — Se ai fini della qualità di consumatore ai sensi dell'art. 13 della Convenzione di Bruxelles, in caso di parziale rispondenza della prestazione ad esigenze private, sia decisivo il prevalente scopo privato o professionale della prestazione stessa e quali criteri siano determinanti per la prevalenza dello scopo privato o di quello professionale.

2. — Se per la determinazione dello scopo siano rilevanti le circostanze obiettivamente riconoscibili dal punto di vista della controparte del consumatore.

3. — Se, in caso di dubbio, un contratto, riconducibile sia all'attività privata che a quella professionale, debba essere considerato come un contratto concluso da un consumatore.

4. — Se la conclusione del contratto sia stata preceduta da una pubblicità ai sensi dell'art. 13, punto 3, lettera *a*), della Convenzione di Bruxelles, allorché colui che in seguito sarà la controparte del consumatore ha distribuito nello Stato del consumatore un prospetto pubblicitario per i suoi prodotti, senza tuttavia avervi propagandato il prodotto successivamente acquistato dal consumatore.

5. — Se sussista un contratto concluso da un consumatore ai sensi dell'art. 13, della Convenzione di Bruxelles quando il venditore abbia fatto dal suo Stato una proposta, non accettata, all'acquirente residente in un altro Stato e tuttavia l'acquirente abbia successivamente comprato il prodotto offerto sulla base di una proposta scritta.

6. — Se, ai sensi dell'art. 13, punto 3, lettera *b*), della Convenzione di Bruxelles, il consumatore abbia compiuto nel suo Stato l'atto necessario per la conclusione del contratto, anche quando egli accetti con una telefonata eseguita dal suo Stato la proposta, che gli sia stata formulata nello Stato della sua controparte.

Causa C-472/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Provvedimento di espulsione di cittadino dall'Unione** – Articoli 18 e 39 del Trattato e art. 9, n. 1 della direttiva 64/22/CEE – Articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali e articolo CEDU – Ordinanza del Verwaltungsgericht Stuttgart (Germania).

IL FATTO

Si impugna una provvedimento di espulsione con minaccia di allontanamento forzato in Grecia di un cittadino greco, residente con la propria famiglia in Germania, in quanto reiteratamente condannato per reati compiuti in dipendenza del suo *status* di alcolizzato e di drogato.

I QUESITI

1. — Se la limitazione di circolazione imposta, a causa di un reato commesso in violazione della legge federale sugli stupefacenti, ad uno straniero cittadino della Unione che soggiornò anche da molti anni nel territorio del paese ospitante ai sensi dell'art. 39, n. 3, CE per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica sia conforme al diritto comunitario qualora, a causa del suo comportamento personale, sia lecito ritenere che egli commetterà altri reati in futuro e qualora non si possa pretendere che il coniuge del medesimo e i suoi figli tornino nello Stato di origine.

2. — Se l'art. 9, n. 1, della direttiva del Consiglio 64/221/CEE osti ad una normativa nazionale che non prevede più un provvedimento di opposizione — in cui ha luogo anche un esame di merito — ad una decisione di un'autorità amministrativa e sull'allontanamento del titolare di un permesso di soggiorno del territorio nazionale, mentre non viene istituita un'apposita autorità indipendente dall'autorità amministrativa che decide.

Causa C-476/01 (questione pregiudiziale) – **Patente di guida** – Art. 1 n. 2 della direttiva del Consiglio 91/439/CEE – Ordinanza del «Amtsgericht Frankenthal» (Germania-Palatinato) – Notificata il 31 gennaio 2002.

IL FATTO

È sorta in una causa di opposizione a decreto penale emesso dall'Amtsgericht Frankenthal (Palatinato) nei confronti del Sig. Kapper, per aver condotto un autoveicolo senza la necessaria patente di guida.

Infatti la patente di guida a suo tempo rilasciata all'imputato dalla Repubblica Federale di Germania gli era stata ritirata dallo stesso Amtsgericht Frankenthal in occasione del procedimento 5365 Js 2510/1998, senza che sia in seguito intervenuto un nuovo rilascio di patente.

L'11 agosto 1999 l'imputato però ha ottenuto una patente di guida olandese e, al momento dei fatti, egli era dunque in possesso di una patente olandese.

Il giudice tedesco ritiene necessario verificare pregiudizialmente se il diritto dell'Unione europea vigente a tal riguardo osti all'applicazione delle norme penali tedesche.

IL QUESITO

1. — Se l'art. 1, n. 2, della direttiva del Consiglio 29 luglio 1991 sulla patente di guida (91/439/CEE) proibisca ad uno Stato membro di rifiutare il riconoscimento di una patente di guida quando abbia accertato che un altro Stato membro l'aveva rilasciata, benché il titolare non avesse la residenza, nel territorio di quest'ultimo, e se la disposizione citata abbia a tal riguardo effetto concreto.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Si riportano le osservazioni predisposte dall'Avvocatura dello Stato:

L'«Amtsgericht Franketal» (Germania — Palatinato), con ordinanza dell'11 ottobre 2001, ha sottoposto alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 1, n. 2, della direttiva del Consiglio 29 luglio 1991 sulla patente di guida (91/439/CEE) proibisca ad uno Stato membro di rifiutare il riconoscimento di una patente di guida quando abbia accertato che un altro Stato membro l'aveva rilasciata, benché il titolare non avesse la residenza, nel territorio di quest'ultimo, e se la disposizione citata abbia a tal riguardo effetto concreto».

2. — *La suddetta questione è sorta in una causa di opposizione a decreto penale emesso dall'«Amtsgericht Frankenthal» (Palatinato) nei confronti del sig. Kapper, per aver condotto un autoveicolo senza la necessaria patente di guida.*

Infatti la patente di guida a suo tempo rilasciata all'imputato dalla Repubblica Federale di Germania gli era stata ritirata dallo stesso «Amtsgericht Frankenthal» in occasione del procedimento 5365 Js 2510/1998. senza che sia in seguito intervenuto un nuovo rilascio di patente.

L'11 agosto 1999 l'imputato però ha ottenuto una patente di guida olandese e, al momento dei fatti, egli era dunque in possesso di una patente olandese.

3. — *Il giudice tedesco ritiene ora necessario verificare pregiudizialmente se il diritto dell'Unione europea vigente a tal riguardo osti all'applicazione delle norme penali tedesche.*

Esso chiede pertanto alla Corte di Giustizia di valutare se il provvedimento di disconoscimento della patente rilasciata da altro Stato membro, conforme alla legge tedesca, sia comunque proibito dal richiamato art. 1, n. 2, della Direttiva del Consiglio n. 91/439/CEE, il quale stabilisce che «Le patenti di guida rilasciate dagli Stati membri sono riconosciute reciprocamente dai medesimi».

Ritiene il giudice remittente che l'implicito accertamento della residenza normale del richiedente la patente di guida nel Paese di rilascio (requisito necessario ai sensi dell'art. 7, n. 1 della menzionata direttiva) comporta che un atto sovrano di un altro Stato membro sia riesaminato nella Repubblica Federale di Germania: il che si risolverebbe in una limitazione al principio del reciproco riconoscimento delle patenti rilasciate da ciascuno degli Stati membri.

Né varrebbe, secondo il giudice tedesco, richiamarsi all'esame di validità della patente rilasciata da altro Stato membro, previsto dai numeri 1 e 4 dell'art. 8 della stessa direttiva, poiché tali disposizioni sono intese solo alla sostituzione di una valida patente di guida, ma non consentono ad uno Stato membro di considerare nullo un atto sovrano di un altro Stato membro.

Del resto, se si interpretasse in maniera rigorosamente letterale l'art. 1, n. 2, della Direttiva, si giungerebbe ad escludere, nella controversia a carico del Kapper, l'applicazione delle norme penali nazionali tedesche, con conseguente preclusione del procedimento penale a carico dell'imputato.

4. — *Il Governo Italiano ritiene che la questione pregiudiziale posta dal giudice tedesco debba essere risolta positivamente, ma con salvezza della facoltà di disconoscimento della patente rilasciata da altro Stato membro quando ricorra una delle ipotesi previste dal paragrafo 2 dell'art. 8 della stessa Direttiva n. 91/439/CEE.*

5. — *Come opportunamente ricorda la Corte di Giustizia nella propria sentenza del 29 ottobre 1998, resa nella C-230/1997 AWOYEMI, le patenti di guida sono state oggetto di una prima armonizzazione con l'adozione della direttiva 80/1263, la quale ha ravvicinato le norme nazionali in materia, segnatamente per quanto riguarda i sistemi nazionali di rilascio delle patenti, le categorie dei veicoli e i requisiti di validità delle patenti. Essa ha inoltre stabilito un modello comunitario di patente, e istituito un sistema di reciproco riconoscimento delle patenti da parte degli Stati membri, nonché di sostituzione di queste ultime allorché i titolari trasferiscono la loro residenza o la loro sede di lavoro da uno Stato membro all'altro.*

La direttiva 91/439 ha poi segnato una nuova tappa nell'armonizzazione delle disposizioni nazionali, in particolare per quanto riguarda i requisiti di rilascio delle patenti e le categorie dei veicoli; essa ha inoltre abrogato l'obbligo di sostituire la patente di guida in caso di trasferimento della residenza normale in un altro Stato membro, obbligo che costituisce un ostacolo alla libera circolazione delle persone ed è quindi inammissibile tenuto conto dei progressi compiuti in vista dell'integrazione europea.

Questa è, in effetti, la ragione della previsione dell'art. 1, n. 2 della direttiva, che dispone che «Le patenti di guida rilasciate dagli Stati membri sono riconosciute reciprocamente dai medesimi», nonché dell'altra previsione di cui all'art. 8, n. 1, della stessa direttiva, laddove stabilisce che «Il titolare di una patente di guida in corso di validità rilasciata da uno Stato membro, qualora abbia acquisito la residenza normale in un altro Stato membro, può chiedere la sostituzione della propria patente di guida con una equipollente».

In definitiva, la nuova direttiva revoca il previgente obbligo di sostituzione della patente di guida nel caso di acquisizione della residenza normale in un altro Stato membro e sostituisce a tale obbligo un reciproco riconoscimento delle patenti di guida: cosicché in tale ipotesi la sostituzione della patente di guida è divenuta solo facoltativa.

6. — *Tale essendo il quadro normativo di base cui riferirsi, non può che convenirsi nel senso della preclusione, per uno Stato membro, della possibilità di un riesame della sussistenza dei requisiti (come quello della normale residenza) per il rilascio della patente già intervenuto da parte di altro Stato membro.*

7. — *Diverse, invece — e meritevoli di apposita specificazione, poiché arrecanti deroghe al principio di reciprocità di cui sopra — sono le disposizioni dettate per regolare le fattispecie descritte nei numeri 2 e 4 dell'art. 8 della direttiva 91/439: sottolineandosi, in particolare, che la previsione del n. 4 appare puntualmente pertinente alla causa da cui trae origine il quesito pregiudiziale sottoposto alla Corte di Giustizia.*

Infatti, il n. 2 dell'art. 8, nel disporre che «Fatto salvo il rispetto del principio di territorialità delle leggi penali e dei regolamenti di polizia, lo Stato membro di residenza normale può applicare al titolare di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro le proprie disposizioni nazionali concernenti la restrizione, la sospensione, la revoca o l'annullamento del diritto di guidare ...», esprime compiutamente il principio secondo il quale le norme nazionali in materia penale e di limitazione del diritto alla guida di veicoli prevalgono comunque rispetto all'automatico riconoscimento della patente di guida rilasciata da altro Stato.

Il n. 4 del medesimo art. 8, poi, sancisce che, ricorrendo l'applicazione in concreto di taluno dei provvedimenti menzionati al precedente n. 2, lo Stato membro può addirittura rifiutarsi di riconoscere al destinatario di tali provvedimenti la validità della patente da questi conseguita in altro Stato membro.

Tale ultima disposizione è perfettamente calzante al caso di specie, posto che all'imputato era stata in precedenza revocata la patente tedesca ed ora si tratta di valutare se, in ragione di ciò, possa essere o meno rifiutato dalla Germania il riconoscimento della patente successivamente rilasciata dall'Olanda.

Né può ritenersi ostativo all'applicazione di tale - norma sostanzialmente derogatoria del principio generale di cui all'art. 1, n. 2, della direttiva - il rilievo per il quale l'intero art. 8 sarebbe dettato con riferimento alla sola eventualità di sostituzione della patente di guida, facoltà questa che potrebbe conseguire solamente all'iniziativa facoltativa dell'interessato, ai sensi del n. 1 dello stesso art. 8.

Infatti il n. 4 dell'art. 8, nel richiamare il principio di prevalenza della normativa penale nazionale e della limitabilità del diritto alla guida in determinati casi, non fa riferimento alla sola ipotesi di richiesta di sostituzione, bensì esprime l'incondizionata facoltà dello Stato membro di rifiutare il riconoscimento della patente rilasciata da altro Stato membro, quale che sia l'occasione o il motivo di conoscenza della sussistenza di ragioni ostative al riconoscimento stesso.

8. - In definitiva e per concludere, non si tratta qui tanto di valutare la sindacabilità del requisito della normale residenza al momento del rilascio (il che certamente non sembra consentilo dalla logica e dalla lettera della direttiva in questione), quanto invece - a prescindere dalla regolarità del rilascio del documento di guida - si tratta di precisare, a completamento della sollevata questione (facoltà, quest'ultima, normalmente ammessa dalla Corte di Giustizia, la quale non è vincolata alla questione così come formulata dal giudice nazionale: cfr. sent. 18 maggio 1977, VAN DEN HAZEL, punto 4), che nel caso di ragioni ostative, come la pregressa revoca della patente nello Stato di residenza, ben può lo Stato stesso rifiutare il riconoscimento del titolo di abilitazione alla guida ottenuto in altro Stato membro.

Diversamente opinando, del resto, non si disporrebbe - pur in presenza di una affermazione di prevalenza della legge penale interna conclamata dalla stessa direttiva 91/439 - di uno strumento idoneo ad evitare l'arbitrario conseguimento della patente di guida in Stati diversi da quelli nei quali il soggetto è stato colpito da provvedimenti di sospensione o revoca del titolo di guida.

9. – *A tutto ciò deve soggiungersi che, in ogni caso, occorre tenere distinta la questione della validità della patente in ambito comunitario, che non è e non resta messa in discussione sul piano della sua valenza come documento amministrativo di abilitazione alla guida in tutti gli Stati membri.*

Quello che però non può non rilevare — data anche la piena autonomia degli Stati della CE quanto alle rispettive legislazioni penali — è che nel caso di previa irrogazione, da parte di uno Stato membro, di una sanzione penale accessoria consistente nella sospensione o nella revoca della patente dallo stesso Stato a suo tempo rilasciata, non potrebbe comunque ammettersi l'utilizzazione, in via alternativa, di altra patente eventualmente conseguita presso diverso Stato membro.

Ciò infatti equivarrebbe ad eludere indebitamente l'applicazione — all'interno dello Stato membro che abbia disposto la sanzione penale della revoca della patente di guida — di norme penali di per sé inderogabili da parte del diritto comunitario, siccome conseguenti ad un giudizio di pericolosità dell'esercizio della guida da parte del soggetto destinatario che non è sindacabile da fonti esterne allo Stato stesso.

Tale conclusione non equivale al disconoscimento della patente rilasciata da altro Stato membro, che ben potrebbe continuare ad essere utilizzata al di fuori del territorio dello Stato che abbia irrogato la sanzione penale della revoca del titolo di guida.

10. – *In ragione di quanto sin qui considerato e dedotto, il Governo Italiano suggerisce di rispondere al quesito posto dal giudice nazionale tedesco nei seguenti termini: «L'art. 1, n. 2, della Direttiva del Consiglio 29 luglio 1991 sulla patente di guida (91/439/CEE) preclude allo Stato membro di rifiutare il riconoscimento di una patente di guida rilasciata da altro Stato membro benché il titolare non avesse la residenza normale nel territorio di quest'ultimo, fatti comunque salvi gli effetti derivanti dall'applicazione di norme penali nazionali che abbiano comportato l'irrogazione di sanzioni limitative del diritto alla guida».*

Causa C-485/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Agenti di commercio** – **Iscrizione nel registro delle imprese** – Direttiva del Consiglio 86/653/CEE – Ordinanza del tribunale di Trento – Notificata il 27 febbraio 2002.

IL FATTO

La ricorrente ha presentato all'ufficio del registro delle imprese di Trento, in data 10 aprile 2002, domanda di iscrizione al registro medesimo quale agente di commercio per la vendita di spazi pubblicitari.

Il Conservatore del registro delle imprese di Trento, con deliberazione ex art. 2189, III comma codice civile, ha rifiutato l'iscrizione nel registro delle imprese della ricorrente, quale agente di commercio, per mancanza di iscrizione della stessa nel ruolo degli agenti e rappresentanti di commercio, istituito con la legge 3 maggio 1985 n. 204.

La ricorrente ha presentato quindi ricorso al Tribunale di Trento contro il decreto del Giudice del registro, che aveva rigettato il ricorso, ai sensi dell'art. 2192 codice civile, per ottenere l'iscrizione rifiutata dal conservatore o, in alternativa, la dichiarazione che non sussiste il suo obbligo di iscrizione nel registro. Il giudice adito ha ritenuto di sollevare la questione procedurale di interpretazione.

I QUESITI

Se la direttiva del Consiglio 18 dicembre 1986, 86/63/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti agli agenti commerciali indipendenti, osta ad una normativa nazionale che subordina all'iscrizione dell'agente di commercio in un apposito albo l'iscrizione dello stesso agente nel registro delle Imprese.

NOTE

La Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi nel senso della non conformità di tali norme alla Direttiva 86/653, in occasione della sentenza emessa nella causa C-215/1997 (Bellone), nella parte in cui subordinano all'iscrizione nel ruolo la validità di un contratto di agenzia. Tuttavia, in quella sede, è stata valutata la contrarietà della normativa nazionale con la Direttiva solo sotto il profilo dell'invalidità dei contratti di agenzia per contrarietà a norme imperative: appare, pertanto, rilevante valutare se la contrarietà sussiste anche laddove si subordini all'iscrizione nel ruolo l'iscrizione dell'agente medesimo nel registro delle imprese.

(Omissis).

Causa C-487/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Locazione di campi sportivi imposta sul giro d'affari – Denuncia a posteriori – Legittimo affidamento** – Direttiva 77/388/CEE – Ordinanza del «Hogeraad der Nederland» (Paesi Bassi) – Emessa il 14 dicembre 2002 – Notificata il 7 marzo 2002.

IL FATTO

Il caso riguarda un Comune, proprietario di un campo sportivo trasformato da prato naturale a manto artificiale nel 1990/1991 ed affittato ad un club di Hockey. Quest'ultimo, per la legge vigente al tempo nei Paesi Bassi, non aveva diritto alla deduzione d'imposta sul giro d'affari.

A seguito di una modifica legislativa entrata in vigore nel 1996 l'ispettore incaricato aveva considerato tale locazione come fornitura di un bene precedentemente inesistente ed aveva posto a carico del Comune l'imposta (accertata a posteriori) portata a deduzione dall'interessato in relazione alla costruzione del campo.

Il Comune aveva contestato il diritto dell'ispettore di rettificare a posteriori, dal 1996, la deduzione goduta dagli interessati dagli anni 1990/1991 rifacendosi a due precedenti della Corte di Giustizia (casi Schloßstraße, C-196/1998 — sentenza dell'8 giugno 2000 e Belgocodex, C-381/1997 — sentenza del 3 dicembre 1998) sostenendo la violazione del legittimo affidamento e della certezza del diritto. I giudici comunitari, nelle sentenze citate,

si erano espressi nel senso che, a parte le eccezioni rappresentate da simulazione di attività economica (frode) o mutamento di utilizzo del bene immobile, «la liquidazione dell'IVA con riserva di verifica a posteriori non può permettere all'amministrazione tributaria di privare un soggetto passivo del diritto alla detrazione che egli ha acquisito» e ciò in base all'art. 17 della sesta direttiva citata.

I QUESITI

1. — Se gli articoli 20, n. 2, e 17, della sesta direttiva, ovvero i principi generali sanciti dal diritto europeo del legittimo affidamento e della certezza del diritto ostino a che, in un caso in cui non ricorra frode o abuso né variazione dell'utilizzo previsto — come indicato nei punti 50 e 51 della sentenza della Corte di giustizia nella causa *Schloßstraße* — l'IVA portata a deduzione da un soggetto passivo e da lui versata in ragione di un bene immobile fornitogli per essere concesso in locazione (soggetta ad IVA) venga rettificata per il solo motivo che il soggetto passivo d'imposta, a seguito di una modifica normativa, non ha più il diritto di rinunciare alla esenzione per la detta locazione per gli anni del periodo di rettifica che decorrono dal momento del venir meno di tale possibilità di scelta (nella specie 1° gennaio 1996) e non ancora decorsi ai sensi del menzionato art. 20, n. 2.

2. — In caso di soluzione affermativa della prima questione, se la modifica normativa resti disapplicata solo nei riguardi dell'imposta portata a deduzione di cui alla menzionata questione 1, ovvero anche per quanto riguarda il fatto che in applicazione del disposto dell'art. 13 C della sesta direttiva, sono assoggettate ad imposta anche le locazioni menzionate nella questione I fintantoché non sia decorso il periodo di rettifica.

Causa C491/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Prodotti del tabacco** – **Lavorazione, presentazione e vendita** – Direttiva 2001/37/CE del 18 luglio 2001 – Ordinanza della High Court of Justice (Regno Unito) – Emessa il 6 dicembre 2001 – Notificata il 31 gennaio 2002 (*).

IL FATTO

È stato richiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 234 del trattato CE, sulla validità ed interpretazione della direttiva 2001/37/CE sull'avvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relativi alla lavorazione, alla presentazione, alla vendita ed all'esportazione verso paesi terzi dei prodotti del tabacco. Le ricorrenti, due imprese inglesi operanti nel settore del tabacco, sollevano dubbi sulla validità della direttiva in parola, che prevede come termine ultimo di attuazione il 30 settembre 2002. I vizi di legittimità rilevati dai ricorrenti si riferiscono:

1. alla violazione delle forme sostanziali, in particolare all'errata individuazione del fondamento giuridico e alla violazione dell'obbligo di motivazione;

(*) Si segnala la particolare rilevanza della causa.

2. alla violazione di taluni principi del trattato CE, in particolare i principi di proporzionalità e di sussidiarietà;

3. all'abuso di potere.

La direttiva fissa una specifica disciplina, destinata ai fornitori dei prodotti del tabacco, in riferimento al contenuto massimo di catrame, nicotina e monossido di carbonio presente nelle sigarette; all'etichettatura; alla necessità di presentare un elenco di tutti gli ingredienti utilizzati nella fabbricazione di ciascun prodotto del tabacco; al divieto di usare espressioni che inducano a ritenere prodotto meno nocivo di altri.

Parte delle disposizioni contenute nella direttiva rappresentano lo sviluppo normativo di precedenti atti adottati dalla comunità in materia.

I QUESITI

1. — Se la direttiva del Consiglio n. 2001/37/CE sia invalida in tutto o in parte in ragione:

dell'inadeguatezza dell'art. 95 e/o dell'art. 133 del Trattato come fondamento giuridico;

dell'uso dell'art. 95 dell'art. 133 del Trattato come un doppio fondamento giuridico;

della violazione del principio di proporzionalità;

della violazione dell'art. 295 CE, del diritto fondamentale alla proprietà e/o dell'art. 20 dell'accordo TRIPS;

della violazione dell'art. 253 CE o dell'obbligo della motivazione;

della violazione del principio di sussidiarietà;

dell'abuso di potere.

2. — Qualora dovesse risultare valida, se l'art. 7 della direttiva del Parlamento e del Consiglio n. 2001/37/CE e si applichi solo ai prodotti del tabacco commercializzati entro la Comunità europea ovvero se esso si applichi anche ai prodotti del tabacco condizionati nell'ambito della comunità per l'esportazione verso paesi terzi.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Si premette che nella presente controversia hanno presentato osservazioni i Governi belga, tedesco, greco, francese, italiano, lussemburghese, danese, finlandese, svedese, del Regno Unito, il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea, la Commissione della Comunità europea, nonché le parti in causa ricorrenti ed intervenute.

Si riportano di seguito integralmente le osservazioni svolte dal governo italiano.

«1. — In una causa promossa da due imprese operanti nel settore del tabacco il giudice britannico ha chiesto alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità e l'interpretazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2001/37/CE del 5 giugno 2001 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco.

In particolare il giudice nazionale chiese alla Corte di pronunciarsi sulle seguenti questioni:

1. se la direttiva del Consiglio n. 2001/37/CE sia invalida in tutto o in parte in ragione:

- a) dell'inadeguatezza dell'art. 95 e/o dell'art. 133 come fondamento giuridico;*
- b) dell'uso dell'art. 95 e dell'art. 133 CE come un doppio fondamento giuridico;*
- c) della violazione del principio di proporzionalità;*
- d) della violazione dell'art. 295 CE, del diritto fondamentale alla proprietà e/o dell'art. 20 dell'Accordo TRIPs;*
- e) della violazione dell'art. 253 CE o dell'obbligo della motivazione;*
- f) della violazione del principio di sussidiarietà;*
- g) dell'abuso di potere.*

2. Qualora dovesse risultare valida, se l'art. 7 della direttiva del Parlamento e del Consiglio n. 2001/37/CE si applichi solo ai prodotti del tabacco commercializzati entro la Comunità europea ovvero se esso si applichi anche ai prodotti del tabacco condizionati nell'ambito della Comunità per l'esportazione verso Paesi terzi.

2. — La direttiva 2001/37/CE sostituisce, abrogando, le precedenti direttive 89/622/CEE (e successive modifiche) sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri riguardanti l'etichettatura dei prodotti del tabacco, e 90/239/CEE sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri riguardanti il tenore massimo di catrame delle sigarette. Essa, ritenuto necessario introdurre modifiche a tali direttive e ritenuto opportuno, per motivi di chiarezza, procedere alla rifusione di esse (primo considerando), ha definito, con ulteriore precisione, i nuovi parametri di fabbricazione e commercializzazione dei prodotti del tabacco che le imprese devono rispettare, in ordine al tenore massimo di catrame, nicotina e monossido di carbonio delle sigarette (art. 3); ai metodi di misurazione (art. 4); ai criteri dettati per l'etichettatura (art. 5); le informazioni (art. 6) e la denominazione del prodotto (art. 7).

In particolare la direttiva ha precisato (art. 3 comma 1) che le regole sul tenore in catrame, nicotina e monossido di carbonio (e quindi anche quelle conseguenziali) valgono a decorrere dal 1° gennaio 2004, per le «sigarette immesse in libera pratica, commercializzate o prodotte negli Stati membri» (salva la deroga di un ulteriore anno per le «le sigarette fabbricate nella Comunità europea e destinate all'esportazione»).

La direttiva è stata adottata sulla base degli articoli 95 e 133 del Trattato CE secondo la procedura di cui al successivo art. 251, cioè sul presupposto che essa abbia per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno (art. 95) e la politica commerciale comune (art. 133).

3. — La direttiva nei suoi «considerando» precisa quanto segue:

— in relazione all'art. 95 (mercato interno):

«(2) Sussistono ancora differenze sostanziali fra le disposizioni ... degli Stati membri relative alla lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco, che ostacolano il funzionamento del mercato interno»;

«(3) Dette barriere dovrebbero essere eliminate e, a questo scopo, le regolamentazioni ... dovrebbero essere ravvicinate ...»;

«(7) Diversi Stati membri hanno indicato che, se non saranno adottate disposizioni a livello comunitario sul tenore massimo di monossido di carbonio delle sigarette, tali norme saranno adottate a livello nazionale. Le differenze nelle disposizioni relative al monossido di carbonio possono costituire ostacoli agli scambi e impedire il buon funzionamento del mercato interno ...»;

«(9) Esistono differenze fra le disposizioni ... degli Stati membri sulla limitazione del tenore massimo in nicotina delle sigarette. Tali differenze possono ostacolare gli scambi e il funzionamento del mercato ...»;

«(10) Detti ostacoli dovrebbero essere eliminati e a questo scopo l'immissione in libera pratica, la commercializzazione e la lavorazione delle sigarette dovrebbero formare oggetto di norme comuni ...»;

«(19) La presentazione delle etichette di precauzione e l'indicazione dei tenori continua a variare fra gli Stati membri. Di conseguenza i consumatori possono essere informati quanto ai rischi dei prodotti del tabacco meglio in uno Stato membro che in un altro. Tali disparità sono inaccettabili e possono ostacolare gli scambi e il funzionamento del mercato interno ...»;

«(22) Negli Stati membri esistono situazioni divergenti per quanto riguarda gli ingredienti e gli additivi utilizzati Sarebbe opportuno procedere ad un ravvicinamento delle norme applicabili in questo settore migliorando la trasparenza»;

«(33) Le dimensioni del mercato interno dei prodotti del tabacco e la tendenza crescente dei produttori di tabacco a concentrare la produzione per l'intera Comunità in un piccolo numero di impianti negli Stati membri richiedono un'azione legislativa a livello comunitario piuttosto che nazionale per realizzare un funzionamento regolare del mercato interno dei prodotti del tabacco».

— In relazione all'art. 133 (politica commerciale comune):

«(11) La presente direttiva avrà ripercussioni anche sui prodotti del tabacco esportati dalla Comunità europea. Il regime di esportazione rientra nella politica commerciale comune ...».

4. — Riguardo ai quesiti posti dal giudice britannico che attengono alla validità della Direttiva, il Governo italiano ritiene che corretto sia il richiamo all'art. 95 CE quale base giuridica della direttiva.

Le considerazioni svolte dalla direttiva nel suo preambolo (e in particolar modo nei considerando che sopra sono stati espressamente riportati) danno ampia ed esaustiva ragione di come il legislatore comunitario, fissando dei parametri di produzione e commercializzazione uniformi nell'ambito del territorio comunitario, abbia inteso eliminare possibili distorsioni nel mercato interno, dovute alle differenze esistenti negli Stati membri sia per quanto attiene alle modalità di fabbricazione sia per quanto attiene alla commercializzazione dei prodotti del tabacco. Tanto la limitazione del contenuto di nicotina, catrame e monossido di carbonio nelle sigarette, quanto una differenziata disciplina dei controlli sul rispetto dei limiti legalmente imposti vigente nei Paesi dell'Unione nonché le diverse discipline nazionali sull'etichettatura dei prodotti, porterebbero ad una alterazione delle regole sulla concorrenza tra le imprese sul territorio comunitario. In tal senso risulta particolarmente esplicito l'indirizzo della Corte

ai sensi del quale «le disposizioni richieste da considerazioni di tutela della sanità e dell'ambiente possono essere tali da costituire oneri per le imprese cui si applicano e, in mancanza di un ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia, la concorrenza potrebbe essere sensibilmente falsata» (sentenza 18 marzo 1980, causa 91/1979, Commissione/Italia).

Se quindi, la predisposizione di una disciplina ad hoc si è resa necessaria al fine di preservare il corretto sviluppo del mercato intracomunitario, deve rilevarsi come la produzione e la vendita delle sigarette abbia riflessi tutt'altro che secondari anche nel campo della salute pubblica. Appare, dunque, scevra da critiche l'individuazione del fondamento della direttiva nell'art. 95, con particolare riferimento al comma 3, e ciò anche alla luce della sentenza della Corte 5 ottobre 2000, nella causa C-376/1998, Germania C. Parlamento e Consiglio, in materia di pubblicità dei prodotti del tabacco, per la quale «... qualora le condizioni per fare ricorso all'art. 100A (ora art. 95) ... come fondamento giuridico siano soddisfatte, non può impedirsi al legislatore comunitario di basarsi su tali fondamenti giuridici per il fatto che la tutela della sanità pubblica sia determinante per le scelte da operare. Al contrario, l'art. 129, n. 1 (ora art. 152) ... stabilisce che le esigenze di protezione della salute costituiscono una componente delle altre politiche della Comunità e l'art. 100A, n. 3 (ora art. 95, n. 3) esige espressamente che, nell'attuazione dell'armonizzazione, sia garantito un livello elevato di protezione della salute delle persone».

Questo spiega il frequente richiamo, nei «considerando «della direttiva, alle ragioni di tutela della salute e dei consumatori (cfr. i considerando n. 4 — dove si richiama il livello di protezione elevato e l'attenzione prioritaria alla protezione della salute —; n. 5 — sulla natura cancerogena del catrame—; n. 6 — sulle avvertenze aggiuntive per i consumatori—; n. 11 — sulle disposizioni sanitarie come parte integrante delle politiche della Comunità —; n. 13 — sulla lotta al tabagismo —; e ancora i numeri 19, 25, 27)».

La Corte, nella citata sentenza del 2000 sulla pubblicità dei prodotti del tabacco, nell'annullare la direttiva 98/43/CE nella sua interezza, ha precisato che ciò è il frutto della constatazione che «per gran parte delle forme di pubblicità dei prodotti del tabacco il loro divieto ... non può essere giustificato dalla necessità di eliminare ostacoli alla libera circolazione degli strumenti pubblicitari ...» (punto 99) e che «per quanto riguarda le distorsioni della concorrenza neanche in questo settore la direttiva è tale da eliminare sensibili distorsioni ... (punto 112). Essa ha ammesso, però, che «date le disparità esistenti fra le legislazioni nazionali in materia di pubblicità dei prodotti del tabacco, esistono o possono verosimilmente insorgere ostacoli alla libera circolazione delle merci o alla libera prestazione dei servizi (punto 96) ovvero «sensibili distorsioni della concorrenza (punto 110), che possono giustificare, in astratto, l'adozione di una direttiva ai sensi dell'ex art. 100A del Trattato (punti 98 e 111) e avrebbero potuto giustificare, in concreto, l'adozione di alcune delle disposizioni della direttiva in questione (punto 117).

Si tratta, dunque, di verificare in concreto se la direttiva di cui ora si tratta (2001/37/CE) «contribuisca effettivamente all'eliminazione di ostacoli alla libera circolazione delle merci» (punto 95 della suddetta sentenza), per confermare o meno la sussistenza del presupposto per il ricorso alla base giuridica dell'art. 95 del trattato.

5. — *Questa verifica non può che essere positiva nel caso della direttiva in esame.*

Quanto alla fissazione di un tenore massimo in catrame, nicotina e monossido di carbonio (art. 3), è vero che, per il catrame, v'era già un'armonizzazione con la direttiva 90/239/CEE, ma ciò non significa che, nel corso di una rimodulazione delle misure di armonizzazione quale quella effettuata dalla nuova direttiva che ha assorbito la precedente, siano fissati nuovi limiti armonizzati che assicurino, ai sensi dell'art. 95 n. 3 del Trattato, un livello di protezione più elevato della salute desumibile agevolmente dalla sicura nocività della presenza del catrame: le misure di armonizzazione, tese appunto ad assicurare un livello sempre più elevato di protezione, ben possono essere adottate gradualmente secondo una progressione sempre più restrittiva, senza che il potere esercitato sia consumato dall'armonizzazione al primo livello. Riguardo alla nicotina e al monossido di carbonio non v'erano in precedenza misure di armonizzazione e la nuova direttiva ne ha ritenuto necessaria l'adozione proprio per eliminare ostacoli agli scambi e impedimenti al buon funzionamento del mercato interno, tenendo conto degli intenti manifestati da alcuni Stati membri di adottare altrimenti misure nazionali riguardo al tenore del monossido di carbonio (considerando n. 7) e delle differenze già esistenti nelle normative nazionali sul tenore di nicotina (considerando n. 9).

Quanto ai metodi di misurazione (art. 4) si tratta evidentemente di misure complementari di armonizzazione che, prevedendo regole uniformi di verifica nell'intero territorio comune, aiutano il funzionamento del mercato interno, prevenendo altresì un possibile divergente sviluppo delle normative nazionali.

Sull'etichettatura (art. 5) valgono, per quanto riguarda le novità introdotte su misure di armonizzazione già esistenti, le considerazioni svolte sopra in ordine al tenore di catrame.

Quanto alle altre informazioni attinenti il prodotto (art. 6), la direttiva ha cura di precisare che negli Stati membri esistono situazioni divergenti per quanto riguarda gli ingredienti e gli additivi ...» e «... sarebbe opportuno procedere ad un ravvicinamento, migliorando la trasparenza»: è evidente il fine di migliorare il funzionamento del mercato interno ed è altresì evidente la congruità e la inerenza della misura adottata.

Le restrizioni poste alle denominazioni del prodotto (art. 7) sono sussidiarie a quelle che erano state poste e poi sono state riproposte riguardo all'etichettatura: il considerando n. 27 evidenzia l'esigenza di assicurare un più elevato livello di protezione ai consumatori.

6. — *La direttiva è stata adottata anche sulla base dell'art. 133. Il Governo italiano ritiene che il richiamo all'art. 133 del Trattato sia meramente rafforzativo e comunque corretto.*

In effetti, già sulla base del considerando n. 10 e dell'art. 95 del Trattato che lo presuppone, l'art. 3 n. 1 della direttiva precisa che «a decorrere dal 1° gennaio 2004 il tenore di catrame, nicotina e monossido di carbonio delle sigarette immesse in libera pratica, commercializzate o prodotte negli Stati membri non può superare ...».

Poiché la prescrizione, vale anche per tutte le sigarette immesse in libera pratica, commercializzate o prodotte negli Stati membri», è evidente che l'esportazione o la riesportazione di esse fuori dei confini comunitari può avvenire solo se sono stati rispettati i limiti (salvo la deroga temporale di cui al successivo comma 2 per le sigarette «fabbricate nella Comunità europea e destinate all'esportazione»).

E in effetti se si lasciasse esente da limiti il prodotto destinato alla esportazione (o riesportazione), potrebbero sorgere non solo più che evidenti distorsioni nella concorrenza, ma anche pericolose ricadute del prodotto nel mercato interno.

Sotto questo profilo, dunque, il richiamo all'art. 133 e alla politica commerciale comune potrebbe anche risultare non strettamente necessario.

Ma il legislatore comunitario ha preferito eliminare dubbi e perplessità e nel considerando n. 11 ha precisato che la direttiva «avrà ripercussioni anche sui prodotti del tabacco esportati dalla Comunità europea» e che «il regime di esportazione rientra nella politica commerciale comune»: donde il richiamo alla base giuridica concorrente dell'art. 133 del Trattato. Non sembra che sia contestabile che il regime di esportazione rientri effettivamente nella politica commerciale comune. Da un lato debbono essere tenute presenti le dimensioni del mercato delle sigarette e la concentrazione delle produzioni di cui parla la direttiva stessa nel suo considerando n. 33; e da un altro lato non potrebbe non rilevarsi l'incongruenza — anche sotto il profilo dell'immagine — di restrizioni che venissero armonizzate anche in considerazione di un sempre più elevato livello di protezione della salute e dei consumatori le quali fossero applicabili solo ai prodotti destinati al mercato interno e non anche a quelli destinati all'esportazione, quasi che i consumatori dei Paesi terzi non fossero meritevoli di tutela e potessero essere destinatari di prodotti legittimamente provenienti dalla Comunità e che la Comunità stessa ritiene nocivi.

7. — Rimane da valutare se la possibile censura di una sola tra le due basi giuridiche (art. 133 e art. 95 del Trattato) scelte dalle istituzioni comunitarie per l'adozione della direttiva 2001/37 possa automaticamente condurre all'annullamento di quest'ultima. A tale riguardo, la Corte ha più volte avuto modo di affermare che «nell'ambito del sistema delle competenze della Comunità, la scelta della base giuridica di un atto deve fondarsi su degli elementi obiettivi suscettibili di un controllo giurisdizionale. Tra tali elementi figurano segnatamente lo scopo e il contenuto dell'atto» (sentenza 17 marzo 1993, causa C-155/91; sentenza 11 giugno 1991, causa C-300/89).

Ora, vista la minore rilevanza del riferimento alla politica commerciale comune (art. 133 CE) ai fini del perseguimento degli obiettivi propri della direttiva (tutela del mercato comune, con elevato livello di protezione della salute pubblica), la decisione della Corte con la quale dovesse, in via di ipotesi, dichiararsi l'invalidità della direttiva in forza del riferimento a una base giuridica che non sostenesse gli scopi essenziali dell'atto adottato, sembrerebbe contraddire il predetto indirizzo giurisprudenziale, tendente a favorire, invece, interpretazioni di tipo sostanziale, che tengano cioè conto delle finalità concretamente perseguite e del contenuto effettivo dell'atto oggetto del quesito.

La direttiva, pertanto, pur potendo, in ipotesi, risultare viziata per l'errata indicazione di uno dei due fondamenti giuridici che la ispirano, dovrebbe essere considerata legittima per la necessaria prevalenza di ragioni di tipo sostanziale, oltre che di salvaguardia dell'obiettivo generale perseguito (instaurazione e funzionamento del mercato interno).

Occorre tener presente in proposito che la doppia base legale prescelta nel caso della direttiva in questione non induceva alla adozione di due differenti itinerari legislativi fra loro incompatibili (come nel caso deciso nella sentenza nella causa C-300/89 soprarichiamata): l'art. 133 autorizza anch'esso il Consiglio ad agire a maggioranza qualificata e il ruolo del Parlamento ai sensi dell'art. 251 non muta.

8. — *Una volta riconosciuta la correttezza delle basi giuridiche adottate (o anche solo della prima di esse), non sembra che possano sussistere dubbi sugli altri, punti indicati nel primo quesito del giudice nazionale: — non si può parlare di violazione del principio di proporzionalità, avendo la direttiva operato scelte che certamente limitano la commercializzazione dei prodotti, ma con un contenuto restrittivo che risponde proprio alle esigenze — ampiamente indicate nei considerando — di garantire un alto livello di protezione della salute (particolarmente evidenziato nei considerando n. 27 relativamente al contenuto dell'art. 7, in relazione al quale viene ipotizzata la violazione del principio) e di tutela dei consumatori; — non si può parlare di violazione del diritto fondamentale di proprietà (invocato in relazione ai diritti di proprietà intellettuale conculcati dalla norme sulla etichettatura), perché anch'esso è cedevole di fronte a ragionevoli limitazioni a tutela di interessi superiori; — non si può parlare di violazione dell'obbligo di motivazione, perché la necessità delle misure adottate è stata ampiamente spiegata e motivata nei considerando della direttiva; — non si può parlare di violazione del principio di sussidiarietà perché la direttiva ha indicato le ragioni della necessità di un intervento a livello comunitario (cfr. in particolare i considerando numeri 7 e 33); — né, infine, si può parlare di abuso di potere, perché, come si è detto dei precedenti paragrafi, la direttiva è stata adottata sulla base di corrette basi giuridiche e per esigenze di ravvicinamento delle normative esistenti ampiamente esposte e condivisibili.*

9. — *Relativamente al quesito di interpretazione dell'art. 7 della direttiva, appare sufficiente precisare che la norma vieta, a partire da una certa data, che le «confezioni» dei prodotti del tabacco presentino diciture o altro che suggeriscano che un particolare prodotto sia meno nocivo di un altro. Tali diciture o altro sono presenti solo sulle «confezioni» di qualsivoglia tipo (non certo sul prodotto contenuto nella confezione), intendendosi per confezione l'involucro con cui sono messi in commercio i prodotti del tabacco. Non effettuando la norma alcuna distinzione, le confezioni cui essa si riferisce sono non solo quelle commercializzate nel mercato interno ma anche quelle preparate nel territorio della Comunità e destinate all'esportazione. Valgono in proposito le osservazioni fatte a proposito dell'art. 3 n. 1 della direttiva stessa, in relazione sia all'art. 95 che all'art. 133 del Trattato.*

10. — *Per queste ragioni il Governo italiano conclude proponendo alla Corte di dichiarare che:*

a) *non emergono elementi tali da inficiare la validità della direttiva 2001/37/CE;*

b) *l'art. 7 della direttiva 2001/37/CE deve essere interpretato nel senso che esso si applica anche ai prodotti del tabacco condizionati nell'ambito della Comunità per l'esportazione verso Paesi terzi.*

Roma, 25 marzo 2002

Avv. Oscar Fiumara»

Causa C-493/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Provvedimenti di espulsione di cittadino della Unione** – Articoli 18 e 39 del Trattato e art. 3 della direttiva 64/221/CEE – Ordinanza della Verwaltungsgericht Stuttgart.

IL FATTO

Un cittadino italiano impugna il provvedimento di espulsione dal territorio federale con minacce di allontanamento forzato in Italia conseguente a pena detentiva per abuso di sostanze stupefacenti, pena detentiva risultante dalla conversione di singole pene pecuniarie.

I QUESITI

1. — Se gli articoli 39 del Trattato e 3 della direttiva del Consiglio n. 64/221/CEE contrastino con una normativa nazionale che prescriba in maniera obbligatoria che le Autorità espellano i cittadini di altri Stati membri i quali siano stati condannati con sentenza passata in giudicato ad una pena detentiva di non lieve entità.

2. — Se l'art. 3 della direttiva del Consiglio n. 64/221/CEE sia da interpretare nel senso che, nell'esaminare la legittimità dell'espulsione del cittadino dell'Unione, il giudice nazionale debba tenere conto anche di un'esposizione di fatti ed una nuova situazione di fatto dell'interessato o intervenuto successivamente all'ultimo provvedimento dell'autorità amministrativa.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano è intervenuto nella fase scritta deducendo quanto segue. (Omissis).

«A) *La normativa della Repubblica federale di Germania di riferimento*

L'art. 47 della legge sugli stranieri (Ausländergesetz) prevede l'espulsione obbligatoria dal territorio federale degli stranieri (ivi compresi, quindi, i cittadini comunitari) condannati con sentenza penale, per aver commesso un reato doloso previsto dalla legge sugli stupefacenti (Beträubungsmittelgesetz), ad una pena detentiva restrittiva della libertà personale, purché l'esecuzione della pena non sia sospesa condizionalmente.

Organo competente ad emanare il provvedimento di espulsione è il Regierungspräsidium (autorità amministrativa del Baden-Württemberg). L'art. 6 bis AGVwGO (legge del Baden-Württemberg di attuazione del codice di procedura

amministrativa) stabilisce che: “Non è necessario un procedimento preliminare quando l'atto amministrativo è stato emesso o respinto da un *Regierungsprasidium*”. È esclusa, pertanto, ogni valutazione sul merito delle singole questioni da parte dell'Autorità amministrativa chiamata ad adottare il provvedimento *de quo* (art. 7, n. 1 AAZuVO del Regolamento del Baden-Württemberg sulla competenza in materia di stranieri e di asilo).

B) La normativa comunitaria di riferimento

La direttiva 64/221/CEE del 25 febbraio 1964, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, dispone all'art. 3 che:

“1. I provvedimenti di ordine pubblico o di pubblica sicurezza devono essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'individuo nei riguardi del quale essi sono applicati.

2. La sola esistenza di condanne penali non può automaticamente giustificare l'adozione di tali provvedimenti”.

L'art. 8 prevede che: “1. contro la decisione di allontanamento dal territorio, l'interessato deve avere assicurata la possibilità di esperire i ricorsi consentiti ai cittadini avverso gli atti amministrativi”.

L'art. 9 stabilisce, inoltre, che: “1. Se non sono ammessi ricorsi giurisdizionali o se tali ricorsi sono intesi soltanto ad accertare la legittimità dei provvedimenti impugnati o se essi non hanno effetto sospensivo, il provvedimento di (...) allontanamento dal territorio del titolare del permesso di soggiorno è adottato dall'autorità amministrativa, tranne in casi di urgenza, solo dopo aver sentito il parere di una autorità competente del paese ospitante, dinanzi alla quale l'interessato deve poter far valere i propri mezzi di difesa e farsi assistere o rappresentare secondo la procedura prevista dalla legislazione di detto paese. La suddetta autorità deve essere diversa da quella cui spetta l'adozione dei provvedimenti di (...) allontanamento dal territorio”.

La direttiva 64/221/CEE disciplina un aspetto affatto peculiare dei generali principi sanciti dal Trattato CE della libertà di circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri per tutti i cittadini dell'UE (art. 18 TCE) e della libera circolazione dei lavoratori (art. 39 TCE), essendo volta “tanto a definire la portata della riserva relativa all'ordine pubblico, quanto ad assicurare determinate garanzie minime di natura procedurale, alle persone colpite da provvedimenti restrittivi della loro libertà di circolazione e del loro diritto di soggiorno” (sentenza 28 ottobre 1975, in C-36/75, Rutili).

3. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, il principio della libera circolazione delle persone deve essere interpretato estensivamente (sentenze 26 febbraio 1991, in C-292/89, punto 11, e 20 febbraio 1997, in C-344/95, punto 14), mentre le deroghe a tale principio devono essere, al contrario, interpretate restrittivamente (sentenze 4 dicembre 1974, in C-41/74, punto 18; 26 febbraio 1975, in C-67/74, punto 6, e 3 giugno 1986, in C-139/85, punto 13). Analogamente, le disposizioni a tutela dei cittadini comunitari che esercitano questa libertà fondamentale devono essere interpretate in loro favore. Occorre,

peraltro, ricordare che tanto l'applicazione del diritto comunitario, quanto il principio di uguaglianza esigono che una disposizione del diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri (quale quella relativa al limite dell'«ordine pubblico») per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dare luogo, nell'intera Comunità, ad una interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa (sentenze 18 gennaio 1984, in C-327/82, punto 11, e 19 settembre 2000, in C-287/98, punto 43).

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, sul punto del limite dell'«ordine pubblico» in materia di espulsione di un cittadino straniero (cittadino algerino, nato in Francia e quivi maritato, resosi colpevole di numerosi reati) considerato in relazione al rispetto del diritto della vita familiare (art. 8, § 1, della C.E.D.U.) ha precisato: "(...) 78. La Cour reconnaît qu'il incombe aux états contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux du traité, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux (...). Toutefois, leurs décisions en la matière, dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le § 1 de l'article 8, doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi" (Beldjoudi c/France, 26 mars 1992 (série A, n. 234-A).

4. Secondo consolidata giurisprudenza della Corte le libertà fondamentali sancite dal Trattato costituiscono un limite all'azione dei governi nazionali anche in campo penale, settore in cui gli Stati conservano piena potestà (v. sentenza Corte di giustizia del 2 febbraio 1989, causa 186/87, Cowan). Tale consolidata impostazione giurisprudenziale è confortata dalla presenza della disposizione contenuta nel sopra citato art. 3 n. 2 della direttiva 64/221, che anzi esclude qualsiasi ipotesi di immediata connessione tra una condanna di natura penale e un provvedimento d'espulsione nei confronti di un cittadino comunitario.

Ciò posto, risulta in evidente contrasto con la libera circolazione dei cittadini comunitari e, in particolare, con la direttiva 64/221/CEE, una qualsiasi disciplina nazionale che, in virtù dell'eccezione relativa alla tutela del proprio ordine pubblico, predisponga un meccanismo di espulsione automatica a seguito di condanna penale. Infatti, l'eccezione di ordine pubblico, che venga posta alla base di una simile normativa nazionale, "come tutte le deroghe a un principio fondamentale del Trattato, deve essere... interpretata in modo restrittivo" (sentenza 19 gennaio 1999, causa C-348/96, Calfa). In termini più generali, la Corte di giustizia ha precisato che il principio della libera circolazione delle persone deve essere interpretato estensivamente (sentenza 26 febbraio 1991, C-292/89, Antonissen e sentenza 20 febbraio 1997, C-344/95, Commissione/Belgio), mentre le deroghe a tale principio devono essere al contrario interpretate restrittivamente (sentenza 4 dicembre 1974, causa 41/74, Van Duvt; sentenza 26 febbraio 1975, 67/74, Bonsinore; sentenza 3 giugno 1986, 139/1985, Kempf).

La nozione di ordine pubblico, come contenuta nell'art. 39 n. 3 TCE, può essere richiamata solamente in caso di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività (v. sentenza 27 ottobre 1977, causa 30/1977, Boucherau), "di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie" (causa Rutili, citata).

Proprio la difesa dei diritti dei cittadini comunitari e l'accezione restrittiva della nozione di ordine pubblico portano la Corte di giustizia ad esplicitare quanto già chiaramente previsto nell'art. 3 della Direttiva 64/221/CEE, sancendo che "la legittimità dei provvedimenti a tutela dell'ordine pubblico va valutata alla luce dell'intera normativa comunitaria avente ad oggetto, in primo luogo, di limitare il potere discrezionale degli Stati membri in materia e, in secondo luogo, di garantire la difesa dei diritti dei singoli, nei confronti vengono applicati provvedimenti restrittivi" (causa Bonsignore, citata), in un'ottica, quindi, esclusivamente di prevenzione speciale, cui devono rimanere estranee le finalità deterrenti generali della norma penale. "Considerate nel loro complesso, tali restrizioni dei poteri degli Stati membri in materia di polizia relativa agli stranieri appaiono come la manifestazione specifica di un principio più generale, sancito dagli articoli 8, 9, 10 e 11 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata da tutti gli Stati membri, e dall'art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione, firmata a Strasburgo il 16 settembre 1963, i quali stabiliscono, in termini identici, che le restrizioni apportate, in nome delle esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, ai diritti tutelati dagli articoli testè citati non possono andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze in una società democratica" (causa Rutili, citata).

Riassuntivamente, con riguardo ai cittadini comunitari cui si applichi ex se la disciplina derivante congiuntamente dall'art. 39 TCE e dalla direttiva 64/221, le premesse generali per affrontare la questione sono le seguenti:

a) per valutare se una disposizione nazionale, restrittiva della libera circolazione dei cittadini/lavoratori comunitari, sia riconducibile a una delle deroghe contemplate dall'art. 39 n. 3 TCE, la nozione di ordine pubblico che sia posta a fondamento di tale disposizione deve essere conforme alla corrispondente interpretazione che di tale nozione viene data a livello comunitario;

b) i mezzi restrittivi della circolazione che colpiscano un singolo cittadino comunitario non possono essere giustificati da motivi di ordine generale rinvenibili in norme di natura penale;

c) le restrizioni della libera circolazione dei cittadini comunitari non possono superare i limiti di proporzionalità ricavabili dalla disciplina comunitaria e valutabili dal giudice comunitario.

Stando a tali generali premesse, sembra doversi concludere che la normativa tedesca in materia di stranieri non risulta conforme al diritto comunitario nella misura in cui dispone l'espulsione automatica di un cittadino di un altro Stato membro sulla base della sola condanna penale (art. 3, Direttiva 64/221/CEE).

5. Per quanto attiene ai mezzi procedurali predisposti dal legislatore tedesco, si ricorda che la Corte di giustizia ha già indicato che il mezzo prefigurato nell'art. 9 della direttiva 64/221 è di natura complementare rispetto al ricorso giurisdizionale previsto dal precedente art. 8 della stessa direttiva, specificando

le minime garanzie procedurali che con tale mezzo ciascuno Stato membro deve comunque assicurare ai cittadini comunitari sottoposti a un provvedimento restrittivo della loro libertà di circolare. Più in particolare, il mezzo procedurale contemplato dall'art. 9 deve prevedere un esame completo dei fatti, compresi i motivi di opportunità su cui si fonda il provvedimento considerato, prima che esso venga definitivamente adottato (sentenze 22 maggio 1980, causa 131/79, Santillo; 18 maggio 1982, cause riunite 115/81 e 116/81, Adoui e Cornuaille; 30 novembre 1995, causa C-175/94; 17 giugno 1997, C-65/95 c C-111/95, Mann Singh Shingara e Abbas Radiom). Pertanto, la questione pregiudiziale attinente all'interpretazione dell'art. 9 della direttiva 64/221 sembra doversi risolvere nel senso che, poiché il rinvio è stato proposto nell'ambito di un ricorso giurisdizionale (anche se amministrativo), il diritto tedesco prevede comunque un mezzo riconducibile all'art. 8 della direttiva, posto che ogni altro mezzo predisposto ai sensi dell'art. 9 della stessa si presenta quale opzione procedurale «minima» imposta agli Stati a tutela del diritto di difesa del cittadino comunitario sottoposto a provvedimenti restrittivi della libertà di circolare sul territorio di uno Stato membro. Ciò che eventualmente andrebbe valutato dal giudice comunitario è se il ricorso in sede giurisdizionale amministrativa, ai sensi dell'art. 8 dir. 64/221, consenta una valutazione di merito del provvedimento di espulsione: in caso contrario, vale a dire di esclusivo sindacato di legittimità dell'atto da parte del giudice, dovrebbe trovare applicazione la garanzia di tutela minima dell'art. 9 dir. 64/221.

Su tali presupposti, si propone di rispondere ai quesiti interpretativi sottoposti alla Corte dal giudice amministrativo tedesco nei seguenti termini.

A) non è conforme al diritto comunitario una normativa nazionale che disponga l'espulsione automatica di un cittadino di un altro Stato membro sulla base della sola condanna penale;

B) non è conforme all'ordinamento comunitario una normativa nazionale che non consenta in caso di ricorso avverso un provvedimento di espulsione di un cittadino di un altro Stato membro un controllo del provvedimento sotto il profilo del merito e della proporzionalità rispetto alla situazione personale e familiare dell'espulso.

Avv. Maurizio Fiorilli»

Causa C-497/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Imposta sulla cifra d'affari – Universalità di beni** – Articolo 5, n. 8 della sesta direttiva del Consiglio 77/388/CEE – Ordinanza del Tribunal d'arrondissement (Lussemburgo).

IL FATTO

La Zita Mode, esercente una attività di commercio nel settore dell'abbigliamento cede la propria attività alla Milady, esercente l'attività commerciale di profumeria. L'ufficio tributario riprende a tassazione il corrispettivo della cessione di azienda in quanto non ritiene l'operazione esente per mancanza di continuazione dell'attività del cedente, visto che quest'ultimo esercitava una attività di commercio nel settore dell'abbigliamento ed il cessionario una profumeria.

I QUESITI

1. — Se l'art. 5, n. 8, della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative all'imposta sulla cifra d'affari — Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme — debba essere interpretato nel senso che la trasmissione di universalità di beni ad un soggetto passivo costituisce una condizione sufficiente a che l'operazione non sia sottoposta all'imposta sul valore aggiunto, quale sia l'attività del soggetto passivo o quale che sia l'utilizzazione da lui effettuata dei beni trasmessi.

2. — In caso di soluzione negativa della prima questione, se l'art. 5, n. 8, della sesta direttiva dev'essere interpretato nel senso che la trasmissione di una universalità di beni ad un soggetto passivo dev'essere intesa nel senso di una trasmissione totale parziale di un'impresa ad un soggetto passivo che continua l'attività totale dell'impresa cedente, ovvero ne continua l'attività del settore che corrisponde all'universalità parziale ceduta, o semplicemente nel senso di una trasmissione totale o parziale di una universalità di beni ad un soggetto passivo che continua il tipo di attività totale o parziale del cedente, senza che vi sia trasmissione di impresa o di un ramo di impresa.

3. — In caso di soluzione affermativa di una delle parti della seconda questione, se l'art. 5, n. 8, esiga da uno Stato ovvero consenta allo stesso di chiedere che l'attività del beneficiario sia svolta conformemente alla prescritta autorizzazione di esercizio, rilasciata dall'organismo competente, dell'attività ovvero le settore d'attività, fermo restando che l'attività svolta rientra nel circuito economico lecito ai sensi della giurisprudenza della Corte.

Causa C-502/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Divieto di discriminazione in base alla nazionalità – Lavoratrice migrante – Assistenza a titolo non professionale** – Regolamento n. 1408/1971 – Ordinanza del «Sozialgericht Hannover» (Germania) – Emessa il 12 dicembre 2001 – Notificata il 27 febbraio 2002.

IL FATTO

La ricorrente è cittadina tedesca, residente in Francia ove provvede, unitamente al proprio coniuge di nazionalità francese, all'assistenza del figlio disabile. Entrambi i genitori svolgono attività lavorativa, soggetta ad obbligo contributivo, ad orario ridotto presso un'impresa tedesca in Germania. Per effetto di tale attività lavorativa, entrambi i coniugi sono assicurati in Germania ai fini della pensione. L'ente resistente corrisponde dal 1997 al minore un assegno mensile di assistenza. Nell'aprile del 2000 i genitori chiedevano all'ente resistente la corresponsione dei contributi relativi all'assicurazione obbligatoria ai fini della pensione prevista per le persone che svolgono attività di assistenza non retribuita ai sensi del § 44, XI Sozialgesetzbuch (codice in materia di previdenza sociale) (in prosieguo: il «SGB XI»). Con decisione 16 maggio 2000 il resistente respingeva la richiesta sulla base del rilievo che,

in considerazione della residenza all'estero, non vi sarebbe alcun obbligo contributivo previsto per le persone che svolgano attività di assistenza, attività che non costituirebbe né un'attività di lavoro indipendente né un'attività di lavoro autonomo. Troverebbe quindi applicazione il disposto di cui al § 3, n. 2, del IV Sozialgesetzbuch (SGB IV), ai sensi del quale l'obbligo contributivo sarebbe previsto solamente per le persone residenti sul territorio nazionale. Le persone che svolgano assistenza a titolo non professionale sarebbero quindi soggette ad obbligo contributivo solamente se residenti sul territorio nazionale. La successiva opposizione veniva respinta dall'ente resistente con decisione sull'opposizione del 17 luglio 2000.

I QUESITI

1. — Se ed, eventualmente, in presenza di quali circostanze, le nozioni di «prestazione per malattia» ovvero «prestazione di vecchiaia», ai sensi dell'art. 1 del regolamento n. 1408/1971, ricomprendano le prestazioni fornite da un ente previdenziale ad altro ente previdenziale, quando l'assicurato ne tragga solamente vantaggio astratto ed indiretto (versamento di contributi assicurativi ai fini della pensione da parte di una cassa di previdenza e assistenza per una persona che svolga attività di assistenza, a titolo non professionale).

2. — Se dal divieto di discriminazioni, sancito dal diritto comunitario primario o derivato, derivi che una prestazione del genere di quella indicata *sub* 1) debba essere concessa indipendentemente dal fatto se l'attività che legittimi la corresponsione della prestazione sia stata svolta sul territorio nazionale ovvero su quello di uno Stato membro dell'Unione europea ed indipendentemente dal luogo di residenza dell'assicurato o del diretto beneficiario della prestazione stessa.

Causa C-647/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – **Prodotti agricoli – Concessione all'esportatore di termini supplementari** – Articolo 47 commi 2 e 4 art. 48 del Regolamento CEE 3665/1987 – Ordinanza della corte d'appello di Genova emessa il 15 novembre 2001 – Notificata il 31 gennaio 2001.

IL FATTO

La società esportatrice ha presentato domanda — peraltro accolta — al Tribunale di Genova al fine di far valere il proprio diritto ad ottenere la riapertura dei termini per la presentazione della documentazione necessaria ad ottenere le restituzioni. La società suddetta chiedeva la riapertura dei termini, in quanto non era riuscita a presentare nel termine dei dodici mesi dalla data di accettazione della dichiarazione all'esportazione la documentazione necessaria, pur essendosi fatta parte diligente per l'ottenimento della stessa. La diligenza della società, infatti, era provata dall'intervento della rappresentanza diplomatica e dell'ICE al fine di ottenere almeno una dichiarazione sostitutiva dalla Dogana israeliana. Il Ministero delle Finanze, da

parte sua si opponeva all'accoglimento della domanda, sostenendo che i documenti erano stati presentati trentadue mesi dopo le dichiarazioni di esportazione, non rispettando, quindi, né il termine dei dodici mesi previsto all'art. 47, né l'ulteriore termine supplementare concedibile di sei mesi.

Secondo il Ministero delle Finanze, il termine massimo concedibile non può eccedere i diciotto mesi; ed a sostegno di tale tesi fa riferimento all'art. 48 del Regolamento 3665/1987 dove si prevede che, quando la prova dell'adempimento di tutte le condizioni stabilite dalla normativa viene consegnata nei sei mesi successivi ai dodici previsti dall'art. 47.2, 4 e 5, la restituzione da effettuare è pari all'85% dell'importo totale pagabile ove ricorreranno tutti i requisiti.

Al contrario, la società esportatrice ha ritenuto che l'abbattimento di cui all'art. 48 si possa applicare solo ai casi in cui non siano stati concessi termini suppletivi e che l'art. 47.4 si riferisce solo all'ipotesi di mancato rispetto di termini supplementari già concessi e non al limite massimo di termini supplementari concedibili.

I QUESITI

1. — «Se — in base al c.d. degli articoli 47.4 e 48 del Regolamento (CEE) 3665/1987 — si debba ritenere che: *a*) i termini supplementari che possono essere concessi all'esportatore comunque non possano superare la durata massima di 18 mesi; oppure *b*) che, invece, la riduzione del 15% si applichi solo per il caso di superamento di oltre 6 mesi del termine ordinario e di quello supplementare eventualmente concesso all'esportatore»;

2. — «Se, per il caso in cui fosse esatta l'interpretazione di cui alla lettera *b*) del punto precedente, in base ai due predetti articoli, esistano limiti temporali massimi — in considerazione dei vari profili, tra cui quelli indicati nella parte motiva di quest'ordinanza, che al riguardo possono rilevare da un punto di vista del diritto comunitario — entro cui possono essere concessi i termini supplementari»;

3. — «Per il caso in cui fosse esatta l'interpretazione di cui alla lettera *b*) del quesito 1, quali siano tali limiti temporali massimi e, quindi, quali siano i termini supplementari, in base ai due predetti articoli»;

4. — «Se, per il caso in cui fosse esatta l'interpretazione di cui alla lettera *b*) del quesito 1, in base ai due predetti articoli il privato possa vantare una pretesa giuridicamente tutelata alla fissazione in una certa misura (ritenuta congrua in riferimento alle difficoltà di procurarsi la prescritta documentazione) dei termini supplementari»;

5. — «Se, per il caso in cui fosse esatta l'interpretazione di cui alla lettera *b*) del quesito 1, in base ai due predetti articoli il Giudice nazionale — in caso di mancata concessione da parte dell'Autorità amministrativa dei termini supplementari — possa riconoscere il diritto dell'esportatore (che si sia fatto parte diligente per procurarsi i documenti ed inoltrarli entro il termine di 12 mesi di cui all'art. 47.2 di tale Regolamento) di ottenere i termini supplementari e possa determinare tale durata in base al tempo effettivamente occorso per ottenere ed inoltrare la prescritta documentazione».

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

IL REGIME TARIFFARIO DELL'IMPORTAZIONE DELLE BANANE

Tribunale di Trento, sentenza 20 novembre 2001, n. 1029 – *Giudice Erlicher* –
C. S.p.A., E. S.a.s. c/ Amministrazione delle Finanze (avv. Stato
S. Pirrone).

la massima

L'art. 130 del d.P.R. n. 43/1988 esclude che l'ingiunzione fiscale possa avere efficacia di titolo esecutivo, ma non impedisce all'amministrazione di usare tale strumento nella sua funzione residuale di atto di accertamento di un credito tributario e di intimazione ad adempiere rivolta al debitore. L'istituto della revisione ex art. 11 del D.Lgs n. 374/1990 non trova applicazione allorché la determinazione dei diritti evasi consegua all'accertamento di fatti illeciti, penalmente rilevanti e comunque al di fuori dei casi in cui si tratti di rimediare ad omissioni e ad errori sull'esatta individuazione delle merci importate. Da ciò consegue la legittimità dell'ingiunzione opposta e l'ammissibilità della domanda riconvenzionale proposta dall'amministrazione finanziaria.

È legittima l'applicazione del regime tariffario pieno rispetto ad operazioni effettuate da operatore «tradizionale», mediante l'utilizzazione di certificati di importazione riservati ad operatori c.d. «nuovi arrivati», risultati estranei alle operazioni di importazione. Il mantenimento in capo alla società importatrice della disponibilità della merce sia prima che dopo lo sdoganamento curato dal proprio spedizioniere, l'assolvimento da parte della medesima delle relative obbligazioni doganali, la omessa verifica dei poteri di rappresentanza dell'intermediario che procurava le licenze di importazione, la circostanza che i titolari delle medesime siano risultati in molti casi del tutto ignari delle operazioni compiute a loro nome, costituiscono altrettanti indici rivelatori dell'anomalia della situazione, idonei, per la loro gravità e concordanza, ad integrare la prova del carattere fittizio delle operazioni. La società cui facevano capo le operazioni suddette deve ritenersi «proprietaria» della merce importata e tenuta al pagamento del trattamento tariffario intero. La società di spedizioni che ha svolto le operazioni doganali risponde in solido con l'importatrice nei limiti della responsabilità conseguente al ricorso alla procedura semplificata di accertamento ex art. 12, comma 6 del D.Lgs n. 374/1990.

il commento

La Comunità europea istituiva nel 1993, in seguito ad un contenzioso sorto nell'ambito dell'organizzazione mondiale del commercio, un'organizzazione comune, il mercato europeo delle banane. Lo scopo era quello di sostituire ai vari regimi nazionali una gestione centralizzata e flessibile dei flussi di importazione delle banane, al fine di consentire il mantenimento dei livelli di smaltimento del prodotto originario dei Paesi ACP (Africa-Caraibi-Pacifico), fornitori tradizionali, che godevano — e godono tuttora — di un regime di preferenza tariffaria comunitaria. L'organizzazione comune fu istituita con il regolamento comunitario n. 404/1993 il quale introdusse un regime tariffario agevolato, limitato ad un contingente di importazioni annualmente determinato, ripartito per categorie di operatori, distinti, grosso modo, a seconda della provenienza e dei quantitativi di prodotto mediamente commercializzato. Il contingentamento operava in concreto attraverso il rilascio di licenze all'importazione in favore degli operatori delle varie categorie e nei limiti fissati per ciascuna di esse. Le importazioni operate fuori contingente erano assoggettate a dazi praticamente proibitivi.

Alla situazione sopra sommariamente descritta si ricollega la nascita di un mercato di rivendita delle licenze di importazione e, parallelamente, lo sviluppo dell'attività di contrabbando, incentivata dalla rilevanza e stabilità della domanda che caratterizza il prodotto in questione e dall'impossibilità per alcuni importatori di farvi fronte a causa dei disposti contingentamenti. Il divario tra domanda ed offerta risultava altresì accentuato in seguito all'esistenza di operatori, i quali, pur avendo teoricamente diritto al rilascio di licenze in virtù della loro qualificazione o della pregressa attività di importazione, non facevano, per le ragioni più svariate (cessazione di attività, commercio di altri prodotti, ecc.), in concreto uso di tale possibilità. Tale situazione ha indotto alcuni soggetti ad improvvisarsi «procacciatori di licenze» per soddisfare le richieste di quegli operatori che avevano esaurito i contingenti loro assegnati. Le licenze venivano ottenute spesso falsificando le domande presentate al Ministero del Commercio con l'Estero per conto — ma all'insaputa — di commercianti «inerti» o di altri ignari operatori del settore. I titoli venivano poi «venduti» a grossi importatori, i quali erano così messi in condizione di superare i contingenti loro attribuiti, beneficiando, in definitiva, di agevolazioni cui non avrebbero avuto diritto.

— Si inserisce nel contesto sopra sommariamente descritto la vicenda che ha dato origine alle ingiunzioni fiscali oggetto del giudizio deciso con l'annotata sentenza del Tribunale di Trento.

— Le ingiunzioni si riferiscono a 174 operazioni di importazione di banane effettuate tutte secondo il medesimo schema. La controllata italiana di una delle maggiori multinazionali del settore importa dal Centramerica le partite di banane destinate al mercato italiano. A tale scopo utilizza licenze procurate da un intermediario ed intestate a soggetti o ditte appartenenti alla categoria dei c.d. «nuovi arrivati» (categoria C). Le partite di banane vengono documentalmente vendute, allo stato estero, ai licenziatari, e sdoganate per mezzo di spedizioniere, il quale opera per conto e su istruzioni della società venditrice. Dopo aver assolto il dazio in misura agevolata

le banane vengono rivendute alla stessa società da cui erano state formalmente acquistate, la quale le immette successivamente sul mercato italiano. Da verifiche effettuate dagli organi di vigilanza doganale è poi risultato che gli intestatari di licenze sono rimasti del tutto estranei alla vicenda, trattandosi spesso di soggetti che avevano da tempo cessato la propria attività commerciale.

— Le autorità doganali emettono quindi, previa redazione di verbali di constatazione, ingiunzioni a carico della società importatrice, ritenendo che la stessa, attraverso le fittizie triangolazioni sopra descritte, abbia illegittimamente beneficiato del regime daziario agevolato. Anche la ditta di spedizione, che ha provveduto a sdoganare la merce in regime semplificato, viene chiamata a rispondere in solido con l'importatore.

Proposta l'opposizione avanti al Tribunale di Trento, entrambe le società sostengono la legittimità delle operazioni effettuate sulla base essenzialmente della seguente argomentazione.

Esse fanno leva sul carattere pretesamente «oggettivo» delle agevolazioni daziarie di cui al regolamento n. 404/93, le quali sarebbero dipese, in sostanza, dalla mera verifica quantitativa volta ad accertare se le partite di merce importate rientrassero nell'ambito del contingente di 2,2 milioni di tonnellate stabilito dall'art. 18 del reg. n. 404/1993 (come sostituito dal reg. CEE 3290/1994). La prova positiva di tale inserimento viene fatta derivare dalla mera constatazione del rilascio, da parte degli organi nazionali competenti (Min. del Commercio con l'Estero), di titoli relativi ai quantitativi di merce in concreto importata, non essendo evidentemente pensabile che tali titoli siano stati emessi in esubero rispetto alle quote stabilite a livello comunitario. Tutto si risolve, quindi, — secondo la prospettazione delle opposenti — nella semplice equazione: esistenza di titolo di importazione diritto all'applicazione del dazio agevolato, non rilevando la circostanza che all'immissione sul mercato comunitario abbia provveduto un soggetto diverso dal titolare della licenza.

L'argomento è contraddetto dall'amministrazione finanziaria, la quale rileva, in primo luogo, che il contingente tariffario non è unico, bensì ripartito in tre «tranches» a seconda della categoria degli operatori ammessi a beneficiarne. Ai sensi dell'art. 19 del Regolamento CEE n. 404/93 la ripartizione del contingente avviene infatti nel seguente modo: — Il 65,5% per la categoria degli operatori che hanno commercializzato banane di paesi terzi e le banane ACP non tradizionali (provenienti dalle ex colonie francesi dell'Africa, Caraibi e Pacifico ed eccedenti le quantità tradizionalmente esportate da tali Paesi); il 30% per la categoria degli operatori che hanno commercializzato banane comunitarie e/o ACP tradizionali; il 3,5% per la categoria di operatori che hanno iniziato a commercializzare nel triennio antecedente banane diverse dalle banane comunitarie e/o dalle banane ACP tradizionali. Rilevo decisivo, ai fini dell'individuazione della natura delle agevolazioni, riveste poi il regolamento n. 1442/1993, il quale ripartisce il contingente tariffario annualmente tra distinte categorie di operatori in relazione all'origine delle banane importate e, più precisamente, tra operatori di categoria «A», di categoria «B» e di categoria «C».

Già da tali premesse discende la constatazione dell'impossibilità di procedere ad una verifica «meramente oggettiva» volta ad accertare che le partite di merce per cui è causa rientrano nei contingenti ammessi a tassazione ridotta, senza prendere in considerazione la qualificazione soggettiva dell'importatore nei termini indicati dal citato art. 2 del reg. n. 1442/93.

L'amministrazione opposta rileva altresì che l'intero sistema dell'organizzazione comune del mercato delle banane, così come introdotto dai regolamenti n. 403/93 e 1442/93, si basa sulla attenta ponderazione dell'incidenza delle misure restrittive sulle varie categorie di operatori come sopra individuate, onde ridurre al minimo gli effetti discorsivi connessi all'uso di meccanismi protezionistici di contingentamento. Tale sistema richiede, quindi, un attento censimento degli operatori del settore ed un esatto monitoraggio dei flussi di merce ammessi sul mercato europeo da ciascuno di essi (v. art. 29 del reg. n. 404/1993 e art. 4, c. 1 del reg. n. 1442/1993), essendo inoltre i vari contingenti rideterminati annualmente sulla base dei volumi di importazioni effettuati da ogni singolo operatore negli anni progressi (v. art. 19, comma 2 reg. n. 404 e articoli 9 e 14 del reg. n. 1442). Le effettuazioni di operazioni «inesistenti» o meramente cartolari con importatori «figurativi», oltre a sottrarre quote di contingente a coloro che realmente operano od intendono operare nel settore, finisce con il pregiudicare l'attendibilità ed operatività futura dell'intero sistema, basato sull'assegnazione di licenze commisurate sui quantitativi medi che ciascun operatore risulta aver commercializzato nel triennio precedente.

In un siffatto contesto normativo risulta veramente arduo sostenere — come in effetti sostenuto da entrambi gli oppositori — che sarebbe del tutto ultronea, ai fini dell'accertamento del diritto alle agevolazioni di cui si tratta, la verifica di corrispondenza tra titolare della licenza di importazione e soggetto che «realmente» immette la merce sul mercato comunitario.

L'assunto trova del resto ulteriore e chiara smentita anche alla luce di altre disposizioni del reg. n. 1442/1993. L'art. 13 del citato regolamento, pur ammettendo una limitata «circolabilità» delle licenze di importazione (per una sola cessione e tra operatori della medesima categoria, tra operatori della categoria «A» a favore di operatori della categoria «B» e viceversa, da operatori delle categorie «A» e «B» a favore di operatori della categoria C) vieta espressamente le cessioni fra operatori della categoria C a favore di operatori della categoria A e B (2. comma dell'art. 13 citato).

La ragione di tale divieto si spiega con riferimento alla particolare tipologia degli operatori di categoria C, ai quali le citate disposizioni comunitarie riservano una quota estremamente ridotta del contingente ammesso a trattamento daziario preferenziale (il 3,5%). Si tratta di imprenditori che hanno iniziato a commercializzare banane centramericane nel triennio di riferimento antecedente la richiesta di rilascio di importazione (v. art. 2 reg. n. 1442/93). Il divieto di cessione di tali titoli agli operatori che tradizionalmente operano sul mercato delle banane (di categoria A e B) è volto a garantire la possibilità che nuovi operatori si affaccino a tale mercato e, in definitiva, a salvaguardare la libertà di iniziativa economica degli stessi rispetto

alle naturali tendenze oligopolistiche degli operatori già affermati che godono dei vantaggi concorrenziali derivanti dal controllo di rilevanti quote di mercato (v. al riguardo il 13° «considerando» del preambolo al reg. n. 404/1993 e soprattutto il 6° considerando del reg. n. 1442/1993, ove si dichiara espressamente che il divieto di cessione dei titoli rilasciati agli operatori di categoria C è volto ad evitare relazioni commerciali artificiose o speculative.

Nella fattispecie sottoposta all'esame del Tribunale trentino risulta — dalla documentazione prodotta dall'Amministrazione — che tutte indistintamente le 174 importazioni per cui è causa sono state effettuate sulla scorta di certificati intestati ad operatori «nuovi arrivati».

Tale dato di fatto evidenzia la reale «causa economica» delle triangolazioni, volte ad aggirare precisi e tassativi divieti di cessione dei titoli in questione. In altri termini, attraverso il meccanismo delle doppie cessioni la C. (operatore di categoria A) che evidentemente aveva esaurito il contingente a propria disposizione, ha potuto «appropriarsi» di quote di contingente che i regolamenti comunitari avevano inteso riservare in via esclusiva ad operatori «nuovi arrivati».

AVV. SARRE PIRRONE

Gli argomenti della decisione

«(omissis)

La legittimità delle ingiunzioni fiscali. Le parti attrici hanno eccepito l'illegittimità delle ingiunzioni opposte in quanto emesse ai sensi di una norma, l'art. 82 del d.P.R. n. 43/1973, che è stata abrogata dall'art. 130 del d.P.R. n. 43/1988. Nel condividere l'orientamento espresso al riguardo sia dalla giurisprudenza di questo distretto (v. sentenze della Corte d'Appello citate dall'Amministrazione finanziaria nelle scritture difensive finali) sia dalla Suprema Corte (v. Cass. 2 giugno 1999 nr. 5350 e Cass. 8 giugno 2000 nr. 7801) si ritiene che la natura giuridica dell'ingiunzione può essere ora solo quella di atto amministrativo di accertamento di un credito tributario e di contestuale intimazione ad adempiere rivolta al debitore avendo essa perduto l'efficacia di titolo esecutivo e di atto prodromico all'esecuzione forzata, la quale viene attuata nelle forme dell'esecuzione esattoriale a cura dei concessionari del servizio di riscossione dei tributi, previa formazione dei ruoli.

Le attrici hanno lamentato il mancato rispetto del procedimento di revisione previsto dall'art. 11 del D.Lgs. n. 374/1990 (in particolare la notifica della rettifica e l'eventuale procedimento amministrativo conseguente) richiamando la motivazione della pronuncia della Corte di Cassazione 23 ottobre 1998 n. 10542, circa la riferibilità di tale procedura a tutte le ipotesi di rettifica di accertamenti divenuti definitivi e l'inammissibilità della domanda di riconoscimento del credito erariale direttamente proposta dalla amministrazione in sede giudiziale. Pur dando atto che la dogana di Trento ha inteso agire ai sensi del citato art. 11 (un tanto viene riconosciuto anche dall'amministrazione convenuta nelle comparse di risposta), ritiene questo giudice condivisibile l'interpretazione espressa dalla Suprema Corte in ordine all'inapplicabilità dello strumento della revisione d'ufficio «allorché la determinazione

dei diritti evasi consegua, come nella specie, a fatti di contrabbando; quando cioè non si tratti di rimediare con la verifica in contraddittorio ad omissioni e ad errori sulla esatta individuazione delle merci importate, ma di quantificare l'entità del dovuto come conseguenza di un giudizio sulla sussistenza di illeciti, demandato al giudice penale» (Cass. 26 gennaio 1999 nr. 685). Come verrà chiarito più avanti è ravvisabile nella fattispecie una condotta illecita, di cui viene accertata incidentalmente in questa sede l'esistenza, realizzata al fine di beneficiare del dazio di importazione ridotto e da ciò discende da un lato la legittimità della ingiunzione, sia pure con i limitati effetti specificati, e dall'altro lato l'ammissibilità della domanda riconvenzionale proposta dall'amministrazione finanziaria.

Il merito della controversia. Pare opportuno premettere una rapida disamina della disciplina del regime di importazione delle banane nella Comunità europea.

L'art. 17 del Reg. CEE n. 404/93 prevede per le importazioni di banane « la presentazione di un certificato rilasciato dagli Stati membri a qualunque interessato che ne faccia richiesta, fatte salve particolari disposizioni per l'applicazione degli articoli 18 e 19». Tali ultime norme (secondo l'ulteriore specificazione contenuta nel Reg. CEE n. 1442/93) prevedono l'istituzione di un contingente tariffario per le importazioni di banane da Paesi terzi e ACP non tradizionali a dazio ridotto e l'art. 19 ripartisce il contingente fra tre gruppi di operatori nel seguente modo: il 66,5% alla categoria A) costituita dagli operatori che prima del 1992 avevano commercializzato merce di paesi terzi o banane ACP non tradizionali; il 30% alla categoria B) composta dagli operatori che avevano commercializzato banane comunitarie o banane ACP tradizionali; il 3,5% alla categoria C) riservata agli operatori di nuova attività per il commercio di banane non comunitarie o ACP non tradizionali. Va precisato che per le importazioni nei limiti del citato contingente tariffario è fissata un'imposizione pari a 100 ecu per tonnellata per il prodotto proveniente da paesi terzi e a dazio zero per le banane di origine ACP; le importazioni extra contingente scontano invece un dazio di 850 ecu (o di 750 ecu) a tonnellata rendendo antieconomica l'operazione. L'art. 13 del regolamento CEE n. 1442/1993 prevede la facoltà di cessione dei diritti connessi alle licenze di importazione a favore di un solo cessionario per ogni titolo e relativo estratto, stabilendo peraltro il divieto di trasferimento da un operatore della categoria C) a favore di operatori delle categorie A) e B).

In presenza di questo quadro normativo, si passa ad esaminare l'insieme delle operazioni poste in essere dalla C. con i titolari delle licenze di importazione secondo quanto prospettato concordemente dalle parti e rilevabile documentalmente.

La C., che era proprietaria della merce, l'ha venduta allo stato estero in singole partite ai titolari dei certificati esattamente indicati nei processi verbali di constatazione (documenti prodotti dalla C. in allegato all'atto di citazione), i quali hanno provveduto all'importazione delle banane in Italia e successivamente le hanno rivendute alla C. stessa.

Sostengono le attrici che i negozi di compravendita intervenuti sono validi ed effettivi essendo stati regolarmente fatturati e contabilizzati dalle

ditte coinvolte e rispondendo tali operazioni ad una precisa causa economica rappresentata dall'interesse dei contraenti l'uno a valorizzare la propria licenza senza assumersi gli oneri e gli incombeni connessi all'importazione e distribuzione e l'altro a disporre di maggiori quantitativi di merce da commercializzare sul territorio nazionale, senza doverla importare a dazio pieno. Aggiungono che, essendo avvenuta l'importazione in forza di certificati regolarmente emessi e comunque senza che ne sia derivato il superamento del contingente tariffario (circostanza nemmeno dedotta dall'amministrazione) la pretesa tributaria non è legittima stante l'irrilevanza del fatto che l'immissione nel mercato comunitario sia eventualmente avvenuta ad opera di soggetto diverso dal titolare della licenza; ciò in quanto l'agevolazione doganale sarebbe legata unicamente all'esistenza del requisito oggettivo dell'inserimento della merce nel contingente per effetto del rilascio del certificato di importazione. Viene richiamato, a conferma della correttezza di tale impostazione, il tenore letterale del citato art. 17 del Reg. CEE in ordine al rilascio della licenza «a qualsiasi interessato che ne faccia richiesta».

Tale interpretazione non pare condivisibile. Va in primo luogo evidenziato che la norma citata fa salve «le particolari disposizioni adottate per l'applicazione degli articoli 18 e 19» i quali, come sopra specificato, introducono e disciplinano il contingente tariffario, individuando le tre categorie di soggetti che beneficiano dell'agevolazione daziaria con i relativi limiti. Va poi ricordato il divieto fissato dall'art. 13 del Reg. n. 1442/93 di cessione dei diritti connessi alle licenze da operatori di categoria C) a favore di operatori titolari delle altre categorie. Non v'è dubbio che l'elemento soggettivo (titolarità dei certificati) assume rilievo, almeno a determinati fini, nella regolamentazione comunitaria.

L'assunto dell'ufficio doganale è che il complesso delle operazioni realizzate (cessione della merce allo stato estero, importazione formalmente ad opera del titolare della licenza e rivendita a C. dopo la nazionalizzazione) sia simulato e che in realtà le importazioni debbano essere attribuite alla C. essendosi semplicemente verificata l'interposizione fittizia dei titolari delle licenze. Il meccanismo attuato avrebbe consentito alla C., che aveva esaurito il proprio contingente, di disporre di ulteriori quantitativi di banane da immettere sul territorio nazionale a prezzo competitivo per effetto del dazio ridotto.

In presenza delle contrapposte posizioni delle parti in ordine alla qualificazione dei medesimi (pacifici) elementi di fatto, occorre esaminare le ragioni poste dalla convenuta a sostegno dell'asserito carattere artificioso e fittizio delle negoziazioni sopra descritte.

È incontestato che la C. ha sempre mantenuto la materiale disponibilità della merce anche dopo la vendita, ha curato (per conto del titolare della licenza per il tramite del N., secondo la versione attorea) la procedura di importazione provvedendo al pagamento dei diritti doganali e dei costi dello spedizioniere ed infine ha provveduto al trasporto e alla commercializzazione in Italia.

Si evince dai processi verbali di constatazione redatti dall'ufficio SVAD della Dogana di Trento e prodotti in giudizio dalla C. che i titolari formali dei certificati di importazione, che secondo quanto prospettato dall'attrice avrebbero effettivamente acquistato le partite di banane, le avrebbero importate e successivamente rivendute alla stessa cedente, in risposta alla richiesta di informazioni inviata dall'ufficio ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. n. 374/1990 si sono dichiarati nella maggior parte dei casi all'oscuro di tali operazioni e quindi completamente estranei ad esse ed in altra parte non sono stati rintracciati avendo cessato da tempo l'attività. Tale documentazione, del resto neppure contestata dalle attrici, può essere utilizzata ai fini probatori essendo relativa al procedimento sfociato nella redazione dei processi verbali di contestazione.

Va ancora rilevato che non v'è prova del fatto che le fatture relative alla cessione delle banane siano state regolarmente registrate dagli acquirenti e che in occasione della rivendita della merce i cedenti abbiano documentato fiscalmente l'operazione. Si osserva che dal tenore delle citate risposte alle richieste di notizie e documenti inviate dall'ufficio doganale deve ragionevolmente escludersi che gli operatori interpellati (titolari delle licenze) abbiano adempiuto agli incombeni fiscali in relazione alle negoziazioni in questione. In nessuna considerazione può essere tenuta la giustificazione delle attrici in ordine all'intervento di N.F., qualificatosi rappresentante dei contraenti titolari delle licenze d'importazione, posto che non v'è prova di una condotta diligente delle attrici volta all'accertamento dell'effettività del possesso dei poteri rappresentativi e quindi tale da configurare una posizione di buona fede meritevole di tutela.

Quelli evidenziati sono indici rivelatori dell'anomalia della situazione in esame che risultano idonei, per la loro gravità e concordanza, ad integrare la prova del carattere fittizio delle operazioni poste in essere dalla C. Non si tratta di verificare e dichiarare la simulazione assoluta dei negozi giuridici formalmente stipulati (al riguardo non v'è neppure domanda della convenuta) ma di accertare, in via incidentale quale presupposto del fondamento della pretesa erariale, il compimento di un illecito per effetto della violazione della disciplina delle importazioni, attraverso un meccanismo che prevedeva lo strumentale ricorso a operazioni che in realtà non erano volute da una parte (C.) e all'altra parte non erano probabilmente nemmeno note.

Va ora precisato che i titolari dei certificati utilizzati per le importazioni oggetto di accertamento sono tutti operatori di categoria C), come è dato rilevare dall'elenco relativo al contingente tariffario per l'anno 1998 prodotto dall'attrice (doc. n. 51) ed è parimenti pacifico che la C. è operatore delle categorie A) e B). Stante il divieto, sopra ampiamente menzionato, di cessione delle licenze di categoria C) a favore di operatori delle altre categorie, pare evidente l'illiceità delle operazioni realizzate dall'attrice che, oltre a presentare aspetti di oggettiva anomalia tali da farle ritenere fittizie, sono volte, nell'insieme considerate, a conseguire in concreto il risultato che la disciplina comunitaria ha inteso impedire. Merita ricordare la *ratio* di detto divieto: come chiarito dal legislatore europeo esso è finalizzato ad evitare che

abbiano luogo «relazioni commerciali artificiali o speculative» nonché il rischio di turbamento dei normali rapporti commerciali (sesto «considerando» dal preambolo al Reg. CEE n. 1442/93) e quindi è dettato a tutela dei «nuovi operatori che hanno recentemente intrapreso o che intraprenderanno un'attività commerciale in questo settore» (tredicesimo considerando al Reg. CEE n. 404/93).

Si deve concludere che attraverso le importazioni contestate la C., operatore delle categorie A e B, che verosimilmente aveva esaurito il contingente riservato alle sue licenze, ha immesso nel consumo nazionale ulteriori quantitativi di banane a dazio ridotto che competevano agli operatori di categoria C.

Le argomentazioni che precedono rendono evidente l'irrilevanza della questione, sollevata dalla C., della validità ed efficacia dei certificati d'importazione utilizzati, posto che la pretesa doganale trova fondamento nella violazione sostanziale delle discipline comunitarie.

La C. ha eccepito la propria carenza di legittimazione passiva facendo riferimento al disposto degli articoli 202 del codice doganale comunitario che individua i debitori d'imposta nel caso di importazione irregolare e all'art. 38 del codice doganale interno che indica quale soggetto passivo dell'obbligazione doganale il proprietario della merce. Analogo rilievo ha sollevato la ditta E. mettendo in evidenza che la normativa comunitaria richiede la consapevolezza dell'irregolarità dell'introduzione (elemento soggettivo).

Quanto accertato ed esposto in ordine alla natura fittizia e non reale delle operazioni connesse all'introduzione nel territorio nazionale delle banane da parte della C. esclude ogni dubbio sulla «irregolarità» dell'importazione e induce nel contempo a individuare nella stessa attrice il soggetto titolare della merce e quindi anche del debito erariale. Per le stesse ragioni nella C. va identificato il «proprietario della merce» importata. Quanto alla E. la sua responsabilità sociale deriva dal disposto dell'art. 12 del D.Lgs. n. 374/1990 e non pare possibile, avendo la solidarietà funzione di garanzia a favore dell'erario, attribuire rilievo a presunti stati soggettivi, non senza evidenziare che le anomale modalità delle importazioni avrebbero dovuto indurre lo spedizioniere doganale diligente ad esperire gli approfondimenti del caso.

La C. ha infine invocato l'applicazione dell'art. 220 paragrafo 2 lettera B) del codice doganale comunitario per sentire dichiarare non dovuti i maggiori diritti intimati per effetto della contabilizzazione a posteriori da parte dell'autorità doganale, non essendo possibile per quest'ultima correggere in tal modo eventuali errori in presenza di una posizione di buona fede dell'importatore.

Sul punto pare sufficiente osservare che il carattere irregolare della introduzione della merce esclude in radice la possibilità di beneficiare dell'esimente in questione, difettando il requisito della buona fede.

(omissis)»

RICORSO AVVERSO IL SILENZIO DELL'AMMINISTRAZIONE: UN FRENO ALL'ESTENSIONE DEI POTERI DECISORI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Consiglio di Stato, *Adunanza Plenaria*, 9 gennaio 2002, n. 1 – *Presidente De Roberto* – *Estensore Borioni* – Ministero della Sanità e Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica (avv. Stato G. Aiello) c/ A. P. ed altri. (1).

Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione III-*bis*, 6 marzo 2002, n. 1682 – *Presidente Scognamiglio* – V.M.T. ed altri (avv.ti Iannarelli e Cintoli) il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca Scientifica (avv. Stato M.A. Scino). (2).

le massime

(1) *L'art. 21 bis, così come modificato dall'art. 2 legge 205/00, introduce nell'ordinamento un giudizio speciale diretto ad accertare se il «silenzio» violi l'obbligo dell'Amministrazione di adottare un provvedimento esplicito sull'istanza del privato; il giudice non può, né tanto meno deve, sostituirsi all'Amministrazione in nessuna fase del giudizio, ma limitarsi ad accertare se il «silenzio» sia o non sia illegittimo e, nel caso di accoglimento del ricorso, imporrà all'Amministrazione di provvedere sull'istanza entro il termine previsto.*

Le potestà amministrative non passano in capo all'organo giudicante neanche quando l'istanza del privato si realizzi in un provvedimento che sia espressione di potere privo di contenuto discrezionale o a basso contenuto di discrezionalità. L'art. 21 bis, infatti, definisce una disciplina unica e indifferenziata, valida in tutti i casi in cui l'Amministrazione si sottragga al dovere di adottare un atto autoritativo esplicito.

(2) *Nei casi di azione che ha per oggetto una pretesa patrimoniale diretta, già predeterminata in tutti i suoi elementi, o, quanto meno, facilmente determinabile, questa si prospetta come rivolta all'accertamento di un obbligo patrimoniale imposto dall'ordinamento ed è diretta ad ottenere una pronuncia di condanna dell'Amministrazione. A siffatto risultato non può condurre il procedimento speciale di annullamento del silenzio-rifiuto ex art. 2 della legge 205/2000: nel detto procedimento il giudice amministrativo esercita solo i poteri propri della giurisdizione di legittimità. Nei casi, invece, di giurisdizione esclusiva per giungere alla condanna della P.A., le pretese patrimoniali devono essere valutate attraverso un giudizio ordinario diretto ad accertare la reale consistenza della posizione giuridica vantata, della titolarità della stessa, ed, infine, della sussistenza dell'inadempimento dell'Amministrazione. Il nuovo e accelerato strumento di tutela offerto dal procedimento speciale introdotto per i ricorsi avverso il silenzio non può valere per ottenere in modo anticipato una deliberazione del merito della controversia, che invece è riservato al normale giudizio di cognizione.*

il commento

1. *Ricostruzione della questione* — Con la decisione *de qua* l'Adunanza Plenaria prende in esame e definisce, sembrerebbe in modo decisivo,

l'annosa questione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati nell'ipotesi di mancata (o intempestiva) adozione del provvedimento amministrativo.

Le premesse per la costruzione della disciplina attuale del silenzio-rifiuto sono poste dalla giurisprudenza all'inizio degli anni sessanta, con il superamento della concezione tradizionale che identificava nel silenzio della pubblica Amministrazione un atto amministrativo tacito. Il nuovo orientamento è prospettato per la prima volta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella celebre sentenza n. 8 del 3 maggio 1960, relativa agli effetti della decisione tardiva sul ricorso gerarchico nei confronti del giudizio instaurato contro il silenzio-rigetto. Il giudice amministrativo offre, in questo modo, una interpretazione del silenzio come mero comportamento omissivo, nel quale non è mai ravvisabile una decisione, neppure implicita, della pubblica Amministrazione (1).

Il giudice amministrativo con la ricordata pronuncia del 1960 aveva fondamentalmente evidenziato che nel sistema del diritto amministrativo gli effetti costitutivi, cui è interessato il cittadino che agisce contro il silenzio, non possono di regola conseguire che ad atti formali dell'Amministrazione. Pertanto, «la mancanza dell'atto implica necessariamente che la situazione giuridica debba restare immutata». L'Amministrazione ha il *dovere* di provvedere ed il giudice «*può* accertare l'illegittimità dell'omissione, ma non può anche sostituirsi all'Amministrazione nel determinare il contenuto dell'atto», poiché esso riguarda «*valutazioni riservate all'autorità amministrativa*». Secondo l'Adunanza Plenaria del 1960, quindi, l'illegittimità non risiede nell'aver rifiutato (tacitamente) l'istanza, ma nell'aver rifiutato di emettere su di essa un qualsiasi provvedimento. Ne consegue che non solo l'Amministrazione, allo scadere del termine fissato nella diffida non perde il potere di provvedere ma anche che il suo provvedimento, di segno positivo o negativo che sia, è idoneo a far venir meno il giudizio contro il silenzio (2).

Un successivo indirizzo dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in ordine alla procedura per la formazione del silenzio-rifiuto, ritenne applicabile l'art. 25 del tu. imp. civ., che disciplina le modalità per far valere la

(1) Il silenzio-rifiuto, nell'orientamento tradizionale, veniva equiparato ad un atto amministrativo tacito di reiezione dell'istanza del privato: tale tecnica si risolveva semplicemente in una forma di legittimazione processuale, concessa per la tutela di un interesse legittimo pur in assenza di un procedimento espresso dell'amministrazione da impugnare. L'identificazione del silenzio con l'atto amministrativo di rifiuto comportava, inoltre, che nella impugnazione del silenzio si percepisse lo stesso bisogno di tutela giuridica che si esprimeva nell'impugnazione del diniego esplicito: «la posizione del ricorrente, quanto all'interesse permane identica, persistendo la sua pretesa di ottenere ciò che l'amministrazione gli ha negato, prima implicitamente poi esplicitamente» (C.S., sez. VI, 10 dicembre 1958 n. 921).

(2) Il silenzio è solo un comportamento, da cui non è possibile desumere alcuna volontà dell'amministrazione, e che pertanto il giudice non può «sostituirsi all'amministrazione nella determinazione del preteso contenuto di siffatto comportamento», ma si deve «limitare ad accertare il contrasto del comportamento negativo con l'obbligo di provvedere». Cfr. C.S., V, 542/1960 e 302/62.

responsabilità dei pubblici impiegati per l'omissione di atti od operazioni dovuti. Si riconobbe, infatti, che nel caso del silenzio-rifiuto, fosse necessaria, fra l'istanza ed il ricorso giurisdizionale, l'intermediazione di una diffida a provvedere rivolta all'Amministrazione, la cui disciplina poteva ricavarsi dall'art. 25 sopra citato: ne risultava che, trascorsi sessanta giorni dalla domanda, nei procedimenti ad istanza di parte, o immediatamente nei procedimenti d'ufficio, il cittadino doveva notificare una diffida all'Amministrazione e successivamente agire davanti al giudice amministrativo contro il silenzio, trascorsi trenta giorni dalla notifica. (3)

Appare, quindi, coerente con questa logica ritenere che l'inerzia, in quanto negazione della funzione, comporti il venir meno della responsabilità esclusiva dell'Amministrazione nei confronti del suo esercizio e la possibilità di porre in essere meccanismi sostitutivi in sede giurisdizionale da parte dei soggetti interessati. L'estensione del potere giudiziale di accertamento trova, però, un limite invalicabile nella natura del processo di legittimità, in cui il giudice non ha il potere di sostituire l'Amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate.

La questione ha trovato nuovo impulso, di recente, con l'introduzione, nel contesto della riforma del processo amministrativo, di un rito processuale speciale per «i ricorsi avverso il silenzio della pubblica Amministrazione».

Il nuovo art. 21 *bis*, introdotto dall'art. 2 della legge 205/00, disciplina un rito caratterizzato dall'emanazione in tempi brevi di una «sentenza succintamente motivata» del giudice amministrativo che «ordina all'Amministrazione di provvedere». È inoltre prevista una successiva, eventuale, seconda fase da un giudizio di «ottemperanza speciale» o «anomala», che si apre con l'insediamento di un commissario *ad acta* in sostituzione dell'Amministrazione rimasta inadempiente all'ordine del giudice.

Nonostante l'indubbia rilevanza dell'introduzione nel nostro ordinamento di un rimedio *specifico* contro l'inerzia amministrativa, ha lasciato all'interprete la scelta se il giudizio si debba concludere con una sentenza meramente dichiarativa dell'obbligo di provvedere o se invece lo stesso sia idoneo a definire, quantomeno parzialmente, il rapporto giuridico sottostante che intercorre tra Amministrazione e privato (4).

(3) In questa direzione sembrerebbe potersi valorizzare il principio sancito dall'art. 2 della legge n. 241/1990. Il sistema introdotto dalla legge n. 241/1990 è chiaramente inteso a garantire l'esercizio effettivo della funzione amministrativa sia nell'interesse pubblico che nell'interesse dei cittadini coinvolti. Essa quindi introduce la tempestività fra i requisiti essenziali dell'attività amministrativa. Pertanto, l'interesse dell'ordinamento non è più quello di ottenere che la funzione sia esercitata, ma quello che la funzione sia esercitata nei tempi prescritti, soprattutto quando ci siano cittadini interessati al suo svolgimento.

(4) Ovvero se «il giudice amministrativo debba decidere i ricorsi avverso il silenzio-rifiuto, soltanto controllando il calendario, per dichiarare se scaduti i termini, bisognava e bisognerà

Si tratta in sostanza delle due ipotesi prospettate nell'ordinanza della VI sezione del Consiglio di Stato che ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria temendo «la possibilità di contrasti giurisprudenziali» (5).

Respingendo la tesi estensiva — forse maggiormente rispettosa di esigenze di effettività della tutela e più in linea con le soluzioni degli altri ordinamenti europei (6) — la Plenaria ha stabilito che il giudizio speciale, riformato dall'art. 2 legge 205/00, sia diretto unicamente «ad accertare se il silenzio violi l'obbligo dell'Amministrazione di adottare un provvedimento esplicito sull'istanza del privato»; pertanto «il giudice non si sostituisce all'Amministrazione in nessuna fase del giudizio, ma accerta se il silenzio sia o non sia illegittimo e, nel caso di accoglimento del ricorso, impone all'Amministrazione di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato».

2. *Motivi della decisione.* — Una prima conferma dell'assunto è da rintracciare, a giudizio del Collegio, nello stesso tenore letterale della norma in esame: il testo del «nuovo» art. 21 *bis* «identifica l'oggetto del ricorso nel silenzio» e non fa alcun riferimento alla «pretesa sostanziale del ricorrente» né tanto meno agli interessi (legittimi) di cui egli è portatore. Trattandosi di procedimenti avverso il solo «silenzio», ad essere censurato risulta esclusivamente il comportamento di inerzia della P.A., e con ciò i «poteri cognitori del giudice sono delimitati dal ricorso» stesso ex art. 112 c.p.c. secondo il noto principio del *ne eat iudex ultra petitum partium*. Sarebbe quindi lo stesso legislatore a «circoscrivere il giudizio alla inattività dell'Amministrazione». La norma si limita a prevedere che il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, «ordina all'Amministrazione di provvedere» e qualora «l'Amministrazione resti inadempiente... su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa» (comma 2), sancendo, così, in capo al giudicante il «solo» ordine di provvedere da imporre all'Amministrazione competente, senza alcuna possibilità di provvedere direttamente.

Inoltre l'espressione «*resti inadempiente*» induce a ritenere che l'inadempimento dell'Amministrazione ha lo stesso contenuto prima della sentenza, quando è condizione per l'accoglimento del ricorso avverso il silenzio, e *dopo*, quando è condizione perché il commissario provveda.

provvedere oppure se debba valutare, nei limiti consentiti, la fondatezza della domanda» CAN-NADA BARTOLI, *Ricorso avverso il silenzio rifiuto e mutamento della domanda*, in *Foro Amministrativo*, 1993, 310.

(5) La giurisprudenza amministrativa era divisa tra la tesi secondo cui «nell'ipotesi di impugnazione del silenzio-rifiuto tenuto dall'amministrazione sulla domanda di un privato, la pronuncia del giudice amministrativo nel procedere all'accertamento dell'obbligo di provvedere sull'istanza medesima può contenere statuizioni che indichino i motivi per cui possa ritenersi fondata la pretesa avanzata dall'interessato e indirizzi in tal modo l'attività successiva dell'amministrazione», in questo senso Cons. St., 25 maggio 2000, n. 264, in *Cons. St.*, 2000, I, 1544; e la tesi, seguita poi dalla Plenaria, secondo cui «ai sensi dell'art. 2 legge 21 luglio 2000, n. 205, a fronte dell'impugnazione del silenzio serbato dall'Amministrazione, il giudice amministrativo deve limitarsi ad accertare l'obbligo di provvedere, senza poter esaminare la fondatezza della domanda», T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 25 luglio 2001, n. 724, in *T.A.R.*, 2001, 3496.

(6) La cosiddetta azione di adempimento prevista nell'ordinamento tedesco, e i rimedi previsti in Austria e Francia saranno successivamente analizzati.

La terminologia utilizzata — «provvedere» — «ordina...di provvedere», «un commissario che provveda» — definisce l'esercizio di una potestà amministrativa, e sarebbe, quindi, inappropriata se il giudice dovesse spingersi a stabilire il concreto contenuto del provvedimento, poiché in tal caso all'Amministrazione e al commissario non residuerebbero altri spazi se non per un'attività avente contenuto e funzione di mera esecuzione». Solo il protrarsi dell'inadempimento sarebbe idoneo a trasferire le potestà amministrative *non già al giudice bensì al commissario ad acta* nominato. Infatti l'indeterminatezza circa il contenuto (positivo o negativo) dell'eventuale provvedimento tardivo dell'Amministrazione, avvalora, secondo la Plenaria, «la tesi che l'organo competente in via ordinaria conserva, pur dopo la sentenza e fino all'insediamento del commissario, il potere di provvedere in senso pieno».

Tali conclusioni, inoltre, non sarebbero confutate — diversamente da quanto prospettato nell'ordinanza di rimessione — dalla previsione contenuta nell'art. 21-*bis* (7) di una istruttoria o di un accoglimento parziale del ricorso «trattandosi di eventi ipotizzabili anche se il giudizio ha per oggetto il solo accertamento dell'obbligo».

Altro elemento di conferma alla tesi proposta viene ravvisato dall'Adunanza da ciò che emerge dall'analisi del d.d.l. A.S. 2934 (propedeutico alla legge 205/00): la trasformazione del ricorso avverso il silenzio «in un procedimento d'urgenza» diretto ad evitare che «la dichiarazione dell'obbligo di provvedere (che di per sé non soddisfa l'interesse sostanziale al ricorso) sopraggiunga dopo i lunghi tempi del processo ordinario». Sussisterebbero, dunque, concordi elementi ermeneutici dai quali emergerebbe «che il rito speciale» sia stato introdotto per riuscire, «con la speditezza consentita dal rispetto delle garanzie processuali, ad imporre all'Amministrazione «inadempiente» l'esercizio della potestà amministrativa».

I tempi fissati, trenta giorni dal deposito del ricorso, le stesse modalità di decisione (assunta in camera di consiglio, previa audizione dei difensori che ne facciano richiesta, e succintamente motivata) e il fatto che in un primo momento il d.d.l. 2934 prevedeva una decisione sul ricorso in forma di ordinanza fanno pensare più a un *giudizio sommario* che ad un giudizio nel quale il giudice ricostruisce i presupposti di fatto e di diritto della questione. Un procedimento diretto all'accertamento della pretesa sostanziale del ricorrente dovrebbe essere sicuramente più complesso del processo diretto all'annullamento dell'atto. Infatti, «mentre quest'ultimo si limita di per sé a considerare una vicenda finita ed è a sua volta delimitato, nei suoi confini, dai vizi proposti nel ricorso, un giudizio diretto alla fondatezza della pretesa al provvedimento investe a tutto tondo, il rapporto Amministrazione amministrato relativamente al provvedimento richiesto, e comporta quindi l'analisi di uno spettro di situazioni molto più ampio e com-

(7) La sentenza riporta «art. 23 bis» ma è, a nostro giudizio, un chiaro errore di trascrizione.

plesso» (8). La brevità dei termini e la snellezza delle formalità sono, infatti, corrispondenti ad una costruzione del procedimento attraverso il quale il giudice accerti *solo* se l'Amministrazione debba provvedere senza estendere «la propria cognizione ad altri profili» (9).

3. *Un problema ancora irrisolto.* — Abbandonando precedenti convinzioni circa la tutela ritenuta ottimale nei confronti dell'inerzia amministrativa, e contro l'interpretazione della dottrina secondo la quale la norma lascerebbe impregiudicato il problema dell'oggetto del giudizio contro il silenzio (10), ad avviso dell'Adunanza Plenaria, la novella del 2000 delinea un giudizio avente ad oggetto l'obbligo di provvedere, finalizzato esclusivamente ad ottenere una determinazione amministrativa che concluda il procedimento rimasto inevaso.

Parte della giurisprudenza, infatti, dopo l'entrata in vigore dell'art. 2, legge 205/00, aveva ritenuto che la decisione sul silenzio rifiuto non assumesse ad oggetto unicamente la legittimità in senso puramente formale del silenzio, ma si estendesse fino ad accertare la fondatezza sostanziale della pretesa posta a base dell'istanza dedotta in giudizio (11).

Tuttavia non pochi indizi porterebbero a ritenere che, tra le due soluzioni possibili prospettate anche nell'ordinanza di rimessione il legislatore abbia scelto quella più semplice sul piano dei rapporti tra procedimento amministrativo e processo di legittimità: l'azione ex art. 21 bis sembrerebbe essere volta più che altro all'emanazione *nel più breve tempo possibile* di un atto che definisca il rapporto tra Amministrazione e privato, lasciando impregiudicati i profili inerenti alla legittimità della definizione del rapporto per tale via conseguita (12).

La volontà del nomopoieta di privilegiare — rispetto ad esigenze di effettività della tutela — il mantenimento del carattere successivo del giudizio rispetto al formarsi dell'azione amministrativa, emerge chiaramente dalla lettera del terzo comma dell'art. 21 *bis* rappresentando, al contempo, anche il vero punto debole delle teorie estensive. È evidente che, «se la pronuncia del giudice avesse potuto estendersi ai presupposti di fatto e di diritto, fissando il contenuto del futuro provvedimento, non sarebbe bastata una qualsivoglia pronuncia della P.A., ben potendosi configurare una violazione della sentenza anche attraverso comportamenti elusivi» (13).

(8) DE PRETIS, *op. cit.*, 37.

(9) «L'art. 21 *bis* introduce un rito di cognizione a carattere speciale, nel quale le ragioni dell'accelerazione impressa alla definizione della controversia sono da ricercare, prevalentemente, nella relativa semplicità degli accertamenti di fatto e di diritto che è necessario svolgere in sede giurisdizionale»; Cons. St., 3 gennaio 2002, *inedita*.

(10) Cfr. TONOLETTI, *Commento all'art. 2, l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, 574.

(11) Cons. St., 13 aprile 2000, n. 2211, in *Cons. St.*, 2000, I, 962.

(12) TONOLETTI, *op. cit.*, 576.

(13) DEL GATTO S., *Giudizio contro il silenzio della P.A.: verifica della pretesa o controllo del calendario?* in *Giust. It.*, 2002.

Il permanere, in capo all'organo amministrativo competente, del potere di provvedere ben oltre la sentenza del giudice (14), e con l'unico limite temporale dell'insediamento del commissario la cui nomina non è immediata, cioè contestuale alla sentenza, come in un primo tempo previsto (15) — determina nell'ordinamento italiano una prerogativa assai significativa specie se paragonata alle soluzioni di altri ordinamenti quello austriaco ad esempio dove la pubblica Amministrazione, allo spirare del termine fissato dal giudice, perde inevitabilmente il potere di provvedere (16).

La peculiarità del procedimento risiede qui nel breve lasso di tempo che deve intercorrere tra l'inadempimento dell'Amministrazione all'ordine di provvedere e la nomina di un commissario *ad acta*: tra l'inadempimento e l'esecuzione non si interpone alcuna fase giudiziale di cognizione del contenuto dell'obbligo scaturente dalla sentenza. Come viene confermato anche dal comma 3° dell'art. 21 *bis*, il legislatore attribuisce rilevanza esclusivamente al fatto che «l'Amministrazione abbia provveduto»: qualora il provvedimento non sia stato emanato, il giudice, come si è detto, deve nominare un commissario che provveda in luogo della stessa Amministrazione.

La giurisprudenza già aveva dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse, il ricorso giurisdizionale proposto a seguito del silenzio rifiuto serbato dalla P.A. nei confronti dell'istanza del privato, ogni qual volta che, nelle more del giudizio, l'Amministrazione stessa avesse adottato un provvedimento esplicito di rigetto della predetta istanza, ancorché non soddisfattivo della pretesa sostanziale del ricorrente (17). Unica funzione dell'azione contro il silenzio era, e tuttora è, quella di provocare una pronuncia da parte dell'Amministrazione che potesse costituire il punto d'aggancio di un successivo processo impugnatorio, mentre la tutela della pretesa era rinviata completamente al giudizio di ottemperanza (18).

(14) La previsione della possibilità di provvedere anche oltre il termine assegnato dal giudice evidenzia chiaramente la finalità essenzialmente compulsoria del giudizio contro il silenzio.

(15) Cfr. art. 6 del d.d.l. 10 novembre 1994 n. 1124, pubblicato in *Giorn. Dir. Amm.*, 1995, 21 ss., con commento di PATRONI GRIFFI, *La riforma del processo amministrativo*, prevedeva che «in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso, il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordina all'amministrazione di provvedere entro un dato termine, e nomina un commissario che provveda in luogo dell'amministrazione qualora quest'ultima resti inadempiente».

(16) La Corte amministrativa austriaca avrà la possibilità o di decidere in modo pieno ed immediato, emanando il provvedimento al posto della P.A., oppure di limitare la propria decisione alle questioni di diritto ritenute essenziali, ordinando all'amministrazione di provvedere entro un termine massimo di otto settimane nel rispetto, giova sottolinearlo, delle statuizioni dettate. Si veda FERRARA L., *Prime riflessioni sulla disciplina del silenzio — inadempimento con attenzione alla Saumnisbeschwerde austriaca*, in *La tutela dell'interesse al provvedimento*, a cura di FALCON, Trento, 2001.

(17) Tale circostanza, «costituisce di per sé una corretta effusione della potestà amministrativa, la quale non viene meno per il sol fatto del decorso del termine di legge per la formazione del silenzio — rifiuto». Cons. St. sez. V, 21 maggio 1999, n. 589, in *Foro amm.*, 1999, 1003.

(18) TONOLETTI, voce «Silenzio della pubblica amministrazione» in *D. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 156 ss.

Il legislatore si è limitato ad accogliere il citato orientamento giurisprudenziale non ritenendo necessaria una mediazione rivolta a definire il contenuto dell'obbligo di conformazione dell'Amministrazione: la sentenza risulta essere meramente dichiarativa dell'obbligo di provvedere e priva di qualunque statuizione circa la regola da applicare nel caso concreto.

Sebbene la Plenaria non vi faccia riferimento, importante è la considerazione che la nomina del commissario *ad acta* per l'esecuzione dell'ordine di provvedere rimasto inadempito, rappresenta, ai sensi dell'art. 2, legge 205/00, non già *una facoltà* del giudice, bensì *un atto dovuto*, a differenza di quanto avviene nell'ordinario giudizio di ottemperanza, in cui il giudice amministrativo può scegliere se sostituirsi direttamente all'Amministrazione o nominare un commissario. Infatti nell'ipotesi di cui all'art. 21 *bis*, la scelta del legislatore di prevedere espressamente che unico legittimato in luogo dell'Amministrazione inadempiente sia un commissario *ad acta*, determina l'importante conseguenza di dover considerare quest'ultimo non come un semplice ausiliario del giudice bensì un organo straordinario dell'Amministrazione (19).

La previsione dell'art. 21 *bis*, 3° comma parrebbe affine più alle tecniche di surrogazione in via amministrativa dell'autorità inadempiente (fra cui il meccanismo sostitutivo previsto dall'art. 4 della legge n. 493/1993 nel procedimento per il rilascio della concessione edilizia) che non all'ordinario giudizio di ottemperanza (20).

Gli atti adottati dal commissario, definendo per la prima volta il rapporto dell'Amministrazione con il cittadino per opera di un organo della P.A. seppur straordinario, si configurerebbero come provvedimenti autonomamente impugnabili nelle forme del processo ordinario. Ciò conferma, da un lato, la volontà di mantenere il capo al giudice amministrativo unicamente la funzione di controllo successivo sugli atti, e, dall'altro, come ha rilevato la Plenaria, l'unicità della sede in cui è consentito il sindacato sulla fondatezza della pretesa del ricorrente ovvero attraverso un giudizio con la forma e con i tempi di un giudizio ordinario.

Una diversa interpretazione potrebbe dar luogo ad abusi, ove si consentisse di avvalersi del rito del silenzio per ottenere l'esame immediato di un provvedimento «connesso» con il denunciato inadempimento (21). Colui il quale, trovandosi nella medesima posizione sostanziale, ottenga un provvedimento negativo espresso si vedrà costretto ad attendere i lunghi tempi del

(19) Più precisamente è stato definito come il «collega dell'ottemperanza». Cfr. DE PRETIS, *L'azione e i poteri del giudice*, in *La tutela dell'interesse al provvedimento*, cit., 35.

(20) A ciò si è obiettato che tale costruzione comporterebbe, se non un perdita, un «annacquamento o un'ibridazione della natura giurisdizionale del processo di esecuzione, alla luce di una specialità del giudizio amministrativo», poiché la garanzia giurisdizionale risiederebbe in meccanismi che tornano a fare affidamento sulla pubblica amministrazione. Si veda: FERRARA L., *op. loc. cit.*

(21) Il provvedimento deve essere gravato con impugnazione ordinaria.

processo ordinario, rischiando di veder annullato il provvedimento unicamente per vizi di forma, che lascino impregiudicato il potere dell'Amministrazione di provvedere nuovamente a sfavore del cittadino. (22)

La scelta legislativa si è uniformata al principio generale che assegna la cura dell'interesse pubblico all'Amministrazione, e consente al giudice amministrativo, solo in ipotesi eccezionali tassativamente previste dalla legge, di esercitare il potere di «riformare l'atto o sostituirlo» in via diretta ed immediata, in sede di accoglimento del ricorso (art. 26, comma II, l. T.A.R.) (23). Inoltre proprio perché derogativi al principio suddetto, i casi di interposizione del giudice amministrativo nelle aree di attività pubblicistica sono esplicitamente previsti da precise «norme autorizzatorie» (24). Un'estensione di tale principio in via interpretativa sarebbe sì possibile, ma solo se giustificata da elementi che indicassero una chiara volontà in tal senso, elementi che, come si è visto, non sono stati ritenuti presenti dall'Adunanza Plenaria nell'art. 2, legge 205/00 (25).

La tesi estensiva incontra però il favore di parte della dottrina: oltre ad essere considerata sicuramente più rispettosa degli standard europei in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, non contrasta in alcun modo con il dettato normativo, assicurando una *tutela migliore e più utile*, non solo per il privato ma anche per la pubblica Amministrazione (26).

Una pronuncia del giudice volta a rilevare il mero obbligo di provvedere sarebbe in contrasto con un generale principio di economia processuale, il quale imporrebbe di evitare la necessità della promozione di un nuovo giudizio, allorché una corretta valutazione sulla sua fondatezza delle pretese sostanziali ben sarebbe possibile nello stesso giudizio (27).

(22) Si ricordi che la legge 205/00 proprio per decisioni emesse in forma semplificata, ha stabilito che le stesse «sono soggette alle medesime forme di impugnazione previste per le sentenze» senza la previsione di alcuna abbreviazione dei termini per l'appello, e che per le sentenze emesse ai sensi dell'art. 23 *bis* il termine «breve» per l'impugnazione è dimezzato rispetto a quello ordinario, mentre il termine «lungo» è stato ridotto a 120 giorni dalla pubblicazione della sentenza: termini, quindi, ben più ampi giustificati dal fatto che in questi casi si tratta appunto di vere sentenze di merito. In proposito si veda: DEL GATTO S., *op. cit.*

(23) «Ma in tali ipotesi è richiesta la manifesta fondatezza, infondatezza, inammissibilità del gravame...» Cfr. SANDULLI A.M., intervento al *IX Convegno biennale di diritto amministrativo «Inerzia della p.a. e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata»*, Sirmione, Lago di Garda, 25 ottobre 2001.

(24) Si pensi ad esempio all'art. 6, 2° comma, e art. 7, 1° e 4° comma, della legge 1034/1971.

(25) Per il Collegio l'intento del legislatore non sarebbe stato quello di introdurre nel nostro ordinamento l'azione di condanna propria dell'ordinamento tedesco, bensì quello di accelerare l'emanazione di un provvedimento — sia questo positivo o negativo — con la minaccia di uno «spostamento» della competenza ad assumerlo. Non si dimentichi che in Germania l'azione di condanna contro il silenzio della P.A. è estesa, salvo alcuna differenze procedurali, anche all'ipotesi di provvedimento esplicito di diniego.

(26) SCOCA G. F., *Il silenzio della p.a.*, cit.; cfr. SCOCA — D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, cit., 415 ss.

(27) CARINGELLA F. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001.

Se la sentenza dichiarativa del dovere di provvedere non contenesse alcuna indicazione in positivo, desunta dal diritto applicabile e dai fatti oggettivamente acclarati, il giudizio sarebbe «monco» risultando la sentenza priva di contenuto utile (28): un giudizio sul mero obbligo di provvedere renderebbe l'intero *iter* giudiziario e la pronuncia del giudice amministrativo equiparabili ad un banale effetto *ex lege*, che si verifica tutte le volte in cui una norma preveda l'automatico intervento sostitutivo di un organo amministrativo (29).

A supporto di tale posizione è portato il dato testuale della previsione di un'istruttoria che si rivolgerebbe non solo all'accertamento della sussistenza dei presupposti per la configurazione del potere-dovere dell'Amministrazione di provvedere — provocando così la formazione del silenzio inadempimento — bensì anche a determinare un giudizio sommario sulla fondatezza della pretesa del ricorrente, teso ad evitare di costringere l'Amministrazione a provvedere di fronte a domande palesemente infondate.

L'espressa previsione di una fase istruttoria — che avrebbe poco senso in un giudizio sull'obbligo di pronuncia — assumerebbe, al contrario, un ruolo centrale nell'ottica di un giudizio sul rapporto sostanziale. Consentirebbe al giudice amministrativo di procedere ad ogni accertamento del caso, col supporto altresì della consulenza tecnica d'ufficio e senza alcun limite temporale. Un dato particolarmente rilevante, è ravvisato nel fatto che il legislatore, pur comprimendo lo *spatium deliberandi* nel breve termine di trenta giorni (30) non abbia fissato limiti temporali per l'istruttoria né per la sua ampiezza.

Anche ragioni di carattere sistematico, ancor più chiare e agevoli, suffragherebbero tale orientamento.

Si è affermato che, ciò che si suole definire accertamento autonomo del rapporto, non è più un obiettivo da raggiungere, «né solo il frutto di una giurisprudenza pretoria ed evolutiva» (31). Esso è viceversa normativamente previsto e, comunque, presupposto, una volta introdotta in via generale l'azione di risarcimento del danno, anche in forma specifica. Detta azione, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, altro non è, che un'azione di adempimento per la tutela degli interessi pretensivi. In questi casi, infatti, la soddisfazione dell'interesse legittimo pretensivo leso non può che passare attraverso un giudizio che ne accerti la fondatezza e che ordini all'Ammini-

(28) SCOCA G. F., *Il silenzio della p.a.*, cit.

(29) GRECO G., *L'art. 2 della legge 21 luglio 2000 n. 205*, in *Atti del IX convegno biennale di diritto amministrativo «Inerzia della p.a. e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata»*, Sirmione, Lago di Garda, 25 ottobre 2001.

(30) Tale termine si ritiene tuttavia a carattere non perentorio.

(31) In questo senso anche CARINGELLA, *op. cit.*, 82, secondo cui «altro argomento di carattere sistematico si desume dalla possibilità prevista dall'art. 7, comma 3 L. T.A.R., per il ricorrente di ottenere una pronuncia di condanna che attraverso la reintegrazione in forma specifica del danno gli procuri il provvedimento ingiustamente negato in presenza di tutti i requisiti già scanditi dalla sentenza della Cassazione, Sezioni Unite n. 500/1999».

strazione l'emissione del provvedimento richiesto (32). Se ciò fosse vero in linea generale per qualunque interesse legittimo pretensivo, non si potrebbe poi pensare di restringere la tutela del medesimo, allorché la lesione sia operata non già da un provvedimento negativo ma dal silenzio.

Una tale conclusione sarebbe illogica e paradossale in quanto porterebbe a dover ammettere che proprio il giudizio sul silenzio, dove la giurisprudenza si è mostrata più aperta, debba ora tornare ad offrire una tutela di posizioni meramente formali, proprio ora che l'art. 21 *bis* prevede una sentenza ordinatoria e proprio ora che il mutato quadro legislativo ha finalmente accolto una concezione più sostanziale dell'oggetto del giudizio (33).

Soprattutto, nel caso in cui la richiesta del privato sia manifestamente infondata per mancanza di uno specifico e preciso requisito, il giudice potrebbe, e forse dovrebbe, risolvere immediatamente la controversia, dichiarando appunto l'insussistenza dell'obbligo di provvedere, al fine di evitare un'attività amministrativa inutile (34).

Accogliendo tale assunto tuttavia si finirebbe col legittimare in ogni caso il silenzio dell'Amministrazione sulle pretese insuscettibili di accoglimento, privando così l'interessato del diritto, riconosciutogli dall'art. 2 della legge, ad avere un provvedimento espresso. Il dovere di provvedere sussiste sempre, a prescindere dalla fondatezza della pretesa sostanziale. Del resto la stessa Adunanza Plenaria, anche se nulla dice in merito all'istruttoria, ha affermato che «sul piano sostanziale, il giudizio sul silenzio così definito, si collega al «dovere» delle amministrazioni pubbliche di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso» nei casi in cui esso «consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio» come prescrive l'art. 2, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Altra ragione di carattere esegetico è rinvenuta nell'uso della locuzione «In caso di accoglimento totale o parziale del ricorso...» che mal si giustificerebbe nell'ipotesi in cui la condanna fosse limitata all'attuazione del mero obbligo di provvedere, nel qual caso il ricorso potrebbe essere o respinto o accolto rendendo difficilmente ipotizzabili situazioni intermedie. Pur rappresentando un valido argomento è stato sottolineato come lo scarso rigore mostrato dal legislatore non autorizzi «ad attribuire portata decisiva a tale espressione, che potrebbe essere stata utilizzata anche come mera formula di stile, comunque idonea ad abbracciare ipotesi di contestazione di vari

(32) SCOCA G. F., *L'art. 2 della legge 21 luglio 2000 n. 205*, in *Atti del IX convegno biennale di diritto amministrativo «Inerzia della p.a. e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata»*, Sirmione, Lago di Garda, 25 ottobre 2001.

(33) CARINGELLA, *op. cit.*, 82

(34) Cfr. Cons. St., 23 ottobre 2001, n. 5573, in *Cons. St.*, 2001, I, 1356. Un giudizio che, al pari di quello introdotto dalla legge 205/00 in materia di regolamento di competenza, sarebbe improntato non tanto ad esigenze di effettività della tutela, quanto ad un principio di economia dei mezzi amministrativi e processuali.

silenzi» (35). A sostegno della considerazione si può osservare che in questa ipotesi il dettato dell'art. 2 ricalca pedissequamente quello dell'art. 25 legge 241/1990 dove tuttavia il riferimento ad un accoglimento solo parziale è ben più comprensibile.

4. *Casi di attività vincolata.* — La pronuncia in epigrafe va però oltre: la Plenaria compiendo un radicale passo *indietro* — o forse in *avanti* — estende la soluzione restrittiva sin qui commentata anche ai provvedimenti vincolati.

La giurisprudenza precedente, pur accogliendo la tesi estensiva, ammetteva che il giudice potesse sostituirsi all'Amministrazione nell'adozione di provvedimenti discrezionali (36). Nel caso in cui l'esercizio del potere risulti vincolato in tutte le sue articolazioni, un giudizio diretto all'accertamento dell'antigiuridicità dell'inerzia potrebbe condurre l'Autorità giurisdizionale alla conoscenza dell'intero rapporto amministrativo; in caso di discrezionalità, tuttavia, l'unica censura che può essere mossa alla P.A. a seguito del silenzio inadempimento è costituita soltanto dalla violazione del cd. obbligo di *procedere e (o) di provvedere*.

In una prospettiva definita di «indirizzamento sostanzialista dell'ordinamento» (37) la giurisprudenza del Consiglio di Stato, con alcune significative pronunce rispettivamente del 1978 (38) e del 1982 (39), aveva affermato, nei limiti in cui l'inerzia riguardi scelte o attività vincolate, che la decisione possa e debba andare oltre il mero riconoscimento dell'obbligo di procedere, precisando anche come e quando tale obbligo debba essere adempiuto.

Abbandonando l'indirizzamento che vedeva nell'inerzia un atto amministrativo tacito (40), la giurisprudenza ammise che nel processo di accertamento circa l'esistenza del dovere della P.A. di provvedere, il giudice *possa* o meglio

(35) SANDULLI M.A., *op. cit.*

(36) Cfr. T.A.R. Marche, 27 luglio 2001, n. 975, in *T.A.R.*, 2001, 3367; anche parte della dottrina è concorde sul punto: si veda GRECO G., *Silenzio della pubblica amministrazione e problemi di effettività della tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1979, 408; secondo l'Autore soltanto nel caso in cui l'esercizio del potere risulti vincolato in tutte le sue articolazioni, un giudizio diretto all'accertamento dell'antigiuridicità dell'inerzia potrebbe condurre l'Autorità giurisdizionale alla conoscenza dell'intero rapporto amministrativo, ma allorché sussista anche un lieve margine di discrezionalità l'unica censura che può essere mossa alla p.a. a seguito del silenzio inadempimento è costituita soltanto dalla violazione del cd. obbligo di procedere e (o) di provvedere.

(37) GIACCHETTI, *op. cit.*, 473.

(38) Cons. St., Ad. Plen., 10 marzo 1978, n. 10, in *Foro it.*, 1978, III, 352 in cui si afferma che «non sembra dubbio che, nei limiti in cui l'inerzia riguardi scelte o attività vincolate, la decisione possa o debba andare oltre il mero riconoscimento dell'obbligo di procedere, precisando anche come e quando tale obbligo debba essere adempiuto».

(39) Cons. St., 26 febbraio 1982, n. 92, in *Giur. It.*, 1983, III, 137 ss. con nota di GRECO G., *Silenzio della pubblica amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo*.

(40) «Il silenzio non è un atto, cioè una dichiarazione di volontà dell'amministrazione: il silenzio è un comportamento al quale la legge attribuisce certi effetti, sostanziali e processuali, indipendentemente dal reale contenuto di volontà, ed anche da qualsiasi contenuto di volontà» in Cons. St., Ad. Plen., 3 maggio 1960, n. 8, in *Foro It.*, 1961, III, 42.

debba sindacare se il comportamento tenuto dall'Amministrazione sia legittimo, «se cioè ricorrano o meno i vizi lamentati dal ricorrente conoscere anche del c.d. 'rapporto amministrativo', ovvero della situazione di fatto e di diritto cui fa riferimento la richiesta inoltrata dal privato all'Amministrazione, per l'inerzia di quest'ultima rimasta inevasa». (41)

Si trattava di una soluzione giurisprudenziale peraltro non uniforme, giustificata dai tempi lunghi del giudizio amministrativo ordinario: attendere degli anni per sentir unicamente pronunciare il dovere dell'Amministrazione di provvedere appariva veramente una forma (antieconomica) di denegata giustizia, alla quale agevolmente si poteva ovviare affidando al giudice il potere-dovere di formulare la sua pronuncia in ragione dell'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale sottostante (42).

Anche dopo la riforma del processo amministrativo introdotta dalla legge 205/00, la dottrina aveva continuato a sostenere che, con riferimento ai provvedimenti vincolati, il giudice, «nei limiti in cui può individuare e interpretare le disposizioni applicabili e ricostruire autonomamente il fatto (...) potrebbe arricchire il contenuto della sentenza (breve)»; si renderebbero così intangibili, nella successiva attività amministrativa, «le conclusioni ivi raggiunte, indirizzando (e restringendo anche i margini del)l'azione del commissario eventualmente nominato a seguito della constatazione dell'(ulteriore) inadempimento dell'Amministrazione». In questo modo l'Amministrazione conserverebbe intatto il potere di valutare i profili di discrezionalità eventualmente residui e di adottare il provvedimento finale; nel pieno rispetto dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

Sicuramente il totale vuoto normativo aveva sollecitato la creatività del giudice amministrativo il quale si sentiva in qualche misura ancor più «legittimato» in questa attività di supplenza del legislatore dalla censurabilità «in assoluto» del comportamento dell'Amministrazione (43). Del resto anche la dottrina aveva più volte sottolineato che il giudizio sul silenzio, per potere essere considerato rispondente al principio di effettività della tutela giurisdizionale, sarebbe dovuto essere costruito come un mezzo celere di tutela interinale con i tempi di una misura cautelare (44).

Ora la questione è se sia ancora ammissibile tale indirizzo giurisprudenziale e dottrinale alla luce dei brevissimi tempi entro cui dovrebbe svolgersi e definirsi il nuovo giudizio *ex art. 21 bis*.

L'Adunanza Plenaria non sembra avere dubbi: l'art. 21 *bis* non consente di attribuire al sindacato del giudice amministrativo un'estensione diversa in relazione alle peculiarità sostanziali della potestà non esercitata. Il dettato normativo, al contrario, «definisce una disciplina unica e indifferenziata, valida in tutti i casi in cui l'Amministrazione si sottragga al dovere di adot-

(41) Cass., Sez. U., 14 luglio 1962, n. 1876, in *Mass. Foro it.*, 1962, col. 563.

(42) DEL GATTO S., *op. cit.*

(43) SCOCA G. F., *Il silenzio della p.a.: ricostruzione evolutiva.*, *cit.*, 15.

(44) DE PRETIS, *op. loc. cit.*

tare un atto autoritativo esplicito. Sotto questo profilo sono *irrilevanti* i presupposti di fatto del provvedimento; è determinante che il silenzio riguardi l'esercizio di una potestà amministrativa e che la posizione del privato si configuri come un interesse legittimo. Ed è logico e coerente che all'identità formale di situazione soggettiva dell'Amministrazione e del privato corrisponda una identità di tutela giurisdizionale» (45).

La VI sezione del Consiglio di Stato, nel rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, aveva manifestato la preoccupazione che il nuovo rito possa ridimensionare l'ambito di tutela costringendo il privato a due gradi di giudizio. La procedura accelerata, che determina solo la mera declaratoria dell'obbligo di provvedere, potrebbe non assicurare una puntuale e tempestiva soddisfazione degli interessi del cittadino nei casi di manifesta fondatezza della sua domanda proposta in relazione ad attività priva di contenuto discrezionale dell'Amministrazione.

Il Collegio è fermo nell'affermare che far discendere l'estensione dei poteri cognitivi e dispositivi del giudice dal grado di complessità della controversia — distinguendo tra casi di agevole o meno agevole conoscibilità della fondatezza della pretesa sostanziale, ovvero di maggiore o minore ampiezza della discrezionalità dell'Amministrazione — rappresenta un criterio empirico che non può più trovare spazio a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2 legge 205/00, nel cui contesto nulla autorizza ad effettuare simili distinzioni.

5. *Ulteriori osservazioni.* — Tornando alla decisione della Plenaria, si può notare come questa consenta altresì di superare altre due questioni, attinenti più propriamente al regime procedurale. Quella dell'esistenza di eventuali controinteressati ai quali dover o meno notificare il ricorso, e quella della sorte del provvedimento sopravvenuto.

Quanto alla prima è evidente che coloro i quali, prima della decisione commentata, accoglievano la tesi estensiva non potevano far a meno di ammettere l'esistenza di controinteressati, dei quali tuttavia — altro argomento che suffragherebbe l'orientamento della Plenaria — la legge non parla. Ci si chiedeva pertanto se dovesse ritenersi necessaria la notifica del ricorso a questi soggetti oppure no. La soluzione era necessariamente affermativa, non potendo ammettersi che l'accertamento della fondatezza della pretesa risultasse pregiudizievole per altri soggetti, i quali avrebbero, quindi, il diritto alla garanzia del contraddittorio (46).

Altro problema riguarda il sopravvenire di un provvedimento amministrativo espresso. Qualora il Collegio avesse affermato che il giudizio contro il silenzio potesse estendersi alla fondatezza della pretesa del ricorrente, il problema sarebbe dovuto essere risolto distinguendo a seconda che tale provvedimento fosse positivo o meno e a seconda che fosse intervenuto prima o dopo la sentenza.

(45) SCOCA D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 429.

(46) La questione a seguito dell'intervenuta decisione 1/2002 non ha oramai alcun rilievo.

Nel caso di provvedimento positivo sopraggiunto prima della sentenza di merito, lo stesso dovrebbe essere idoneo a far cessare la materia del contendere, o far venire meno l'interesse a ricorrere, poiché sarebbe soddisfatta la domanda posta con il ricorso principale.

Se il provvedimento è, invece, negativo non si può ammettere che lo stesso esaurisca il giudizio sul silenzio una volta che questo riguardi non solo l'obbligo di pronuncia, ma anche la fondatezza della pretesa. Si ammette, però, un'impugnazione da parte del ricorrente sotto forma di motivi aggiunti (47).

Anticipando il ragionamento della Plenaria, la V sezione aveva argomentato affermando che la disposizione citata disciplina una particolare procedura destinata ad acquisire la pronuncia dell'Amministrazione, alla quale è estraneo un qualunque contenuto impugnatorio, in quanto mancando il provvedimento non si è ancora prodotta una vera e propria lesione di posizioni soggettive. Non è dunque consentito «l'innesto all'interno di tale procedura, che ha carattere camerale particolarmente accelerato, del rito destinato all'annullamento del provvedimento che è circondato da più ampie garanzie» (48).

Nel caso di provvedimento negativo sopravvenuto nelle more del giudizio, questo dovrà abbandonare la procedura speciale *ex art. 21 bis* seguendo i percorsi ordinari dei ricorsi impugnatori (49).

Ove, infine, il provvedimento (positivo o negativo) fosse intervenuto dopo la sentenza di merito, lo stesso doveva essere valutato alla stregua della sua idoneità a costituire esecuzione dell'ordine del giudice.

Ogni provvedimento successivo all'insediamento del Commissario risulterebbe, viceversa, emesso in carenza di potere e non precluderebbe l'attività del Commissario medesimo.

Siffatte valutazioni, di certo più che valide in un primo tempo, non possono ora essere più condivise.

Deve, invece, ritenersi che nelle more del giudizio, la semplice adozione di un provvedimento, sia esso satisfattivo o meno della pretesa del ricorrente, sia idoneo a far estinguere il giudizio per cessazione della materia del contendere.

Allo stesso modo, un qualsivoglia provvedimento sarà sufficiente a adempiere l'ordine del giudice contenuto nella sentenza di accoglimento e ad evitare dunque la successiva fase d'esecuzione.

(47) A questo proposito, va ricordato che già prima della decisione dell'Adunanza Plenaria, il Consiglio di Stato aveva dichiarato inammissibile l'impugnazione mediante motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 1034 del 1971, come sostituito dall'art. 1 della legge 205/00, di un provvedimento di cui si sia acquisita la conoscenza in pendenza del ricorso avverso il silenzio a norma dell'art. 2 della legge sul processo amministrativo.

(48) Cons. St., V sezione, *Inedita*.

(49) Cons. St., *cit.*; SANDULLI M.A., *op. cit.*

Maggiori dubbi sorgono nel caso di un provvedimento espresso sopravvenuto all'insediamento del commissario, anche se questi non abbia effettivamente provveduto.

Pur non escludendosi che la giurisprudenza trovi in seguito il modo di sostenere ancora che l'atto negativo espresso, essendo comunque satisfattivo della pretesa fatta valere contro il silenzio, costituisca valida esecuzione della sentenza finché il Commissario non abbia effettivamente provveduto, poiché nella decisione annotata nulla viene detto al proposito, non può, per il momento, che rispettarsi il dettato normativo il quale esclude che la P.A. possa provvedere dopo l'insediamento del Commissario, restando irrilevante che questi abbia o meno già provveduto (50).

6. *Conclusioni.* — La soluzione seguita dalla Plenaria, pur rappresentando un passo indietro in termini di effettività della tutela, rappresenta un *passo obbligato* dopo la novella dell'art. 2, legge 205/00. Nonostante la presenza di alcuni aspetti di ambiguità, la scelta del legislatore a favore di un rito unicamente più accelerato rispetto al passato è evidente anche se paragonata alle soluzioni seguite in altri paesi europei. Negli altri ordinamenti la legge è molto chiara nel prevedere sia la possibilità che il giudice si sostituisca all'Amministrazione anche nell'esercizio di poteri discrezionali — come in Austria — sia, viceversa, nel limitare tale sostituzione ai provvedimenti vincolati — come in Germania (51). Questa per essere praticabile e realmente efficace presuppone una acquisita capacità di distinguere accuratamente, e comunque in un momento sicuramente antecedente rispetto all'esercizio del potere, la porzione di attività amministrativa «riservata» in via esclusiva all'Amministrazione. In altre parole occorrerebbe individuare in maniera rigorosa il confine fra ciò su cui il giudice può intervenire in positivo e ciò che invece è interdetto al suo controllo. Ciò comporterebbe conseguenze anche in relazione all'applicabilità o meno dello speciale rito dell'art. 21 *bis*.

Altra possibilità sarebbe stata, per il nomopoieta introdurre un rito modellato su quello francese, attribuendo al giudice il potere di ingiungere all'Amministrazione di fare qualcosa: la legge distingue l'ipotesi in cui il giudizio reso «implichi necessariamente ... una misura di esecuzione in un senso

(50) DEL GATTO S. *op. cit.*

(51) Qui oggetto dell'azione di adempimento è primariamente il provvedimento che l'amministrazione avrebbe dovuto assumere per soddisfare la pretesa sostanziale del ricorrente. Ed è tale ultimo atto, come definito dall'eventuale sentenza di accoglimento che la P.A. sarà tenuta ad adottare. La sentenza determinerà il contenuto dell'atto da emanare con l'unico limite del divieto per il giudice — oltre che ovviamente emanare direttamente l'atto — di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità amministrativa. Se si tratta di una fattispecie vincolata o comunque già matura per la decisione (*spruchreif*), la sentenza ordinerà direttamente alla P.A. l'adozione del provvedimento definito dal giudice, mentre in caso contrario l'amministrazione verrà condannata a esercitare la restante discrezionalità nell'ambito del quadro giuridico predefinito dal giudice. La possibilità che il giudice ordini all'amministrazione di provvedere e le ordini anche come provvedere non viene così in conflitto con la riserva all'amministrazione del potere discrezionale.

determinato» (competenza totalmente vincolata), dall'ipotesi in cui, a seguito del giudizio, l'Amministrazione «debba nuovamente provvedere dopo una nuova istruttoria» (52). In entrambi i casi l'ingiunzione è sostenuta da una astreinte, ossia da un potere di multare l'Amministrazione inerte.

In questo modo, arricchendo lo strumentario del giudice amministrativo del potere di obbligare l'Amministrazione ad un *facere*, sorretto da quella forma di coazione indiretta che è il potere di multare, «viene ad essere coperto un vuoto di tutela non solo contro l'Amministrazione che dice no, ma anche contro l'Amministrazione inerte» (53).

Sulla base degli argomenti fin qui analizzati si potrebbe ritenere che la disciplina eccessivamente laconica dettata dal legislatore non faccia che rimettere alla giurisprudenza la concreta conformazione dell'azione contro il silenzio, la quale dovrebbe far discendere la propria interpretazione, in ultima analisi, dai valori cui ritiene di dover dare prevalenza nel conflitto tra ragioni di effettività della tutela ed esigenze di garanzia della responsabilità dell'Amministrazione rispetto all'interesse pubblico affidato alla sua cura.

La decisione della Plenaria non ha tuttavia detto l'ultima parola — meglio, non l'ultima sentenza è stata «scritta» —, poiché già altro giudice è intervenuto sulla questione. La recente sentenza della Sez. III bis del T.A.R. del Lazio, n. 1682 del 6 marzo 2002 (54), è intervenuta ad arricchire il limite che incontra il giudice amministrativo nei casi di «giurisdizione esclusiva le pretese patrimoniali che hanno fondamento in una precisa disposizione normativa». In tali casi, è necessario «passare attraverso un giudizio ordinario» che sia diretto ad accertare «prima di tutto la reale consistenza della situazione giuridica vantata, la titolarità della stessa e, in ultimo, la sussistenza dell'inadempimento dell'amministrazione». Altrimenti l'azione del privato «finirebbe per essere diretta a ottenere una pronuncia espressa su un inadempimento» relativo ad una prestazione patrimoniale che è imposta all'Amministrazione *ex lege*. Si imporrebbe così alla P.A. «di riconoscere un proprio debito saltando tutta la fase cognitoria di accertamento». Poiché la semplice

(52) PACTEAU, *L'efficacite du juge administratif francais*, in *Riv. Dir. pubbl. com.*, 1999, 1272.

(53) CORSO G., Intervento al IX Convegno biennale di diritto amministrativo «Inerzia della p.a. e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata», Sirmione, Lago di Garda, 25 ottobre 2001.

(54) Nel caso di specie i ricorrenti chiedevano, attraverso il procedimento *ex art. 2 legge n. 205/2000*, l'accertamento del loro preteso diritto patrimoniale perfetto a percepire una adeguata remunerazione come corrispettivo per l'attività già svolta nell'ambito della loro formazione professionale. Per il Tribunale nella questione oggetto del giudizio «non viene in rilievo l'utilità del procedimento sul silenzio-rifiuto (...), bensì l'utilizzabilità dello stesso. Poiché l'azione è incontestabilmente rivolta all'accertamento di un comportamento di inadempimento ad un obbligo patrimoniale imposto dall'ordinamento — ed è diretta ad ottenere una pronuncia di condanna dell'Amministrazione al pagamento di una somma di denaro determinata — il procedimento speciale di annullamento del silenzio-rifiuto non può essere utilizzato.

declaratoria dell'obbligo di provvedere «non può valere per ottenere in modo anticipato una deliberazione del merito della controversia», il giudizio sul silenzio è limitato, ad avviso del T.A.R. del Lazio, nei soli casi di esercizio «dei poteri propri della giurisdizione di legittimità».

Nei casi, quindi, di azione che ha per oggetto una pretesa patrimoniale diretta, già predeterminata in tutti i suoi elementi, o, quanto meno facilmente determinabile, a giudizio del Tribunale Amministrativo del Lazio, tale azione si prospetta come rivolta all'accertamento di un obbligo patrimoniale imposto dall'ordinamento e diretta ad ottenere una pronuncia di condanna dell'Amministrazione. A siffatto risultato non può condurre il procedimento speciale di annullamento del silenzio-rifiuto ex art. 2 della legge 205/2000: nel detto procedimento, infatti, «il giudice amministrativo esercita solo i poteri propri della giurisdizione di legittimità». Nei casi, invece, di giurisdizione esclusiva per giungere alla condanna della P. A., le pretese patrimoniali devono essere valutate attraverso un giudizio ordinario diretto ad accertare la reale consistenza della posizione giuridica vantata, della titolarità della stessa, ed, infine, della sussistenza dell'inadempimento dell'Amministrazione. Il nuovo e accelerato strumento di tutela introdotto per i ricorsi avverso il silenzio non può valere per ottenere in modo anticipato una deliberazione del merito della controversia, che invece è riservato al normale giudizio di cognizione.

Partendo dalle conclusioni a cui era giunta l'Adunanza Plenaria, il T.A.R. del Lazio ha ribadito, con ancora più veemenza, che l'apprezzamento in termini giuridici del comportamento omissivo della P. A. è finalizzato a sanare i casi di disinteresse dell'Amministrazione in presenza di una istanza del privato volta alla soddisfazione di un interesse pretensivo giuridicamente protetto. Ne consegue che l'organo amministrativo competente in via ordinaria conserva il potere di provvedere in senso pieno e pertanto il procedimento sul silenzio-rifiuto è diretto solo ad indurre detto organo ad esprimersi sollecitamente sull'istanza del privato. Né il giudice adito può spingersi a stabilire il contenuto concreto del provvedimento amministrativo, né, soprattutto, tale procedura può essere utilizzata per annullare la fase cognitoria di accertamento nei giudizi in cui tale fase è necessaria.

Il problema, lungi da essere risolto, si arricchisce sempre più di nuovi elementi. Ciò comporta che in futuro (prossimo) forse nuovi (o vecchi) mezzi di tutela verranno offerti al cittadino per reagire contro l'inerzia dell'Amministrazione. Allo stato delle cose due elementi sembrano emergere con forza dalle ultime pronunce dei giudici amministrativi: il primo è che la *potestas decidendi*, che si tratti di attività amministrativa vincolata o discrezionale, è (e rimane almeno fino all'insediamento del commissario *ad acta*) dell'organo amministrativo istituzionalmente preposto all'emanazione del provvedimento; il secondo è che il nuovo e accelerato strumento di tutela del cittadino non può valere per ottenere in modo anticipato una deliberazione del merito della controversia.

Gli argomenti delle decisioni

(1). (*Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 gennaio 2002, n. 1*).
«(*Omissis*).

Con la sentenza impugnata il T.A.R., accogliendo il ricorso proposto ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205, ha ritenuto fondata la pretesa degli attuali appellati volta ad ottenere la fissazione del giorno e della sede di svolgimento della prova attitudinale per l'esercizio della professione di odontoiatra prevista dal d.lgs. 13 ottobre 1998, n. 386.

Va, anzitutto, disattesa l'eccezione con la quale si contesta la ricevibilità dell'appello, perché notificato dopo la scadenza del termine ridotto previsto dal citato art. 21-*bis*, comma 1.

Come risulterà da quanto esposto di seguito, la controversia esula dall'ambito di previsione della norma predetta, sicché con ragione le amministrazioni appellanti obiettano che l'impugnazione resta soggetta al termine ordinario. In ogni caso, la questione presenta profili di novità e di incertezza tali da legittimare il riconoscimento dell'errore scusabile, tant'è che la stessa Sezione remittente ne ha sottoposto l'esame all'Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria è chiamata a pronunciarsi sulla seguente questione: se la cognizione del giudice amministrativo adito con il «ricorso avverso il silenzio» sia limitata all'accertamento della illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione, come si sostiene nell'appello, ovvero si estenda all'esame della fondatezza della pretesa sostanziale del privato, come ha ritenuto il T.A.R..

Il Collegio condivide la prima tesi.

Un primo elemento significativo in tal senso si trae dalla considerazione che l'art. 21 bis identifica l'oggetto del ricorso nel «silenzio» (comma 1), senza fare alcun riferimento alla pretesa sostanziale del ricorrente. Poiché, in linea di principio, i poteri cognitori del giudice sono delimitati dal ricorso (art. 112 c.p.c.: «il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa»), se ne deve dedurre che il legislatore ha inteso circoscrivere il giudizio alla inattività dell'amministrazione.

La stessa norma prevede che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice «ordina all'amministrazione di provvedere» e se «l'amministrazione resti inadempiente ... su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa» (comma 2). L'espressione «resti inadempiente» lascia intendere che l'inadempimento dell'amministrazione non ha contenuto diverso prima della sentenza, quando è condizione per l'accoglimento del «ricorso avverso il silenzio», e dopo la sentenza, quando è condizione perché provveda il commissario. Inoltre, la terminologia usata dal legislatore («ordina ... di provvedere»; «un commissario che provveda») definisce nell'accezione comune in dottrina e in giurisprudenza, l'esercizio di una potestà amministrativa, sicché sarebbe inappropriata se il giudice dovesse spingersi

a stabilire il concreto contenuto del provvedimento, poiché in tal caso all'amministrazione e al commissario non residuerebbero altri spazi se non per un'attività avente contenuto e funzione di mera esecuzione. La stessa terminologia è ripetuta in seguito, quando l'attività del commissario è configurata come diretta «all'emanazione del provvedimento da adottare in via sostitutiva» (comma 3) e quando è imposto al commissario di accertare se «l'amministrazione abbia provveduto». Anche l'indeterminatezza circa il contenuto (positivo o negativo) dell'eventuale provvedimento tardivo dell'amministrazione, avvalorata la tesi che l'organo competente in via ordinaria conservi, pur dopo la sentenza e fino all'insediamento del commissario, il potere di provvedere in senso pieno.

Le argomentazioni che precedono non sono infirmate, diversamente da quanto prospettato nell'ordinanza di rimessione, dai riferimenti fatti nello stesso art. 23-*bis* ad una possibile istruttoria disposta dal collegio e ad un possibile accoglimento parziale del ricorso, trattandosi di eventi ipotizzabili anche se il giudizio ha per oggetto il solo accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

Che l'intento del legislatore fosse solo quello di indurre l'amministrazione ad esprimersi sollecitamente sull'istanza del privato trova conferma nella relazione al disegno di legge n. 2934 (Senato), nella quale si legge, a commento della norma sul ricorso «avverso il silenzio», redatta già in origine in modo sostanzialmente conforme al disposto dell'art. 2 della legge n. 205/2000, che la trasformazione del ricorso «in un procedimento d'urgenza» è rivolta ad evitare che «la dichiarazione dell'obbligo di provvedere (che di per sé non soddisfa l'interesse sostanziale al ricorso) sopraggiunga dopo i lunghi tempi del processo ordinario».

Ciò ha trovato coerente attuazione nella previsione di un modello processuale caratterizzato dalla brevità dei termini e dalla snellezza delle formalità, la cui configurazione è congrua se il giudizio si incentra sul «silenzio», non anche se il giudice dovesse estendere la propria cognizione ad altri profili.

Sussistono, dunque, concordi elementi ermeneutici dai quali emerge che il rito speciale è stato introdotto per pervenire, con la speditezza consentita dal rispetto delle garanzie processuali, ad imporre all'amministrazione «inadempiente» l'esercizio della potestà amministrativa di cui è titolare.

A questo risultato si giunge in due fasi, semplificate e contenute nell'arco del medesimo processo, in linea con la logica ispiratrice comune agli interventi di riforma operati dalla legge n. 205 del 2000: nella prima il giudice accerta l'esistenza e la violazione dell'obbligo di provvedere; nella seconda, il commissario, nominato dallo stesso giudice su semplice «richiesta della parte», adotta il provvedimento in sostituzione dell'organo amministrativo rimasto eventualmente inadempiente.

Sul piano sostanziale, il giudizio sul «silenzio» così definito si collega al «dovere» delle amministrazioni pubbliche di concludere il procedimento «mediante l'adozione di un provvedimento espresso» nei casi in cui esso «consegua *obbligatoriamente* ad una istanza, ovvero *debba* essere iniziato d'ufficio», come prescrive l'art. 2, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Sul piano sistematico la scelta operata dal legislatore si allinea al principio generale che assegna la cura dell'interesse pubblico all'amministrazione e al giudice amministrativo, nelle aree in cui l'amministrazione è titolare di potestà pubbliche, il solo controllo sulla legittimità dell'esercizio della potestà. Questo schema viene superato mediante l'attribuzione al giudice del potere di «riformare l'atto o sostituirlo» in via diretta e immediata, in sede di accoglimento del ricorso (art. 26, comma II, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034). Tuttavia, proprio perché derogativi del principio predetto, i casi di ingerenza del giudice nella sfera dell'attività pubblicistica dell'amministrazione sono previsti da esplicite norme autorizzative (art. 6, comma II, e art. 7, commi I e IV, della legge n. 1034/1071). In linea astratta nulla impedisce di individuare altri casi in via interpretativa, sebbene con il rigore imposto dalla eccezionalità dell'istituto, ma l'analisi dell'art. 21-*bis* della legge n. 1034/1971 anziché fornire elementi persuasivi in tal senso, accredita, come risulta da quanto esposto in precedenza, la conclusione opposta.

Le stesse considerazioni e la stessa conclusione valgono anche quando il provvedimento richiesto dal privato abbia, come nella specie, natura vincolata.

In primo luogo, il citato art. 21-*bis* non contiene alcun elemento che autorizzi di attribuire al sindacato del giudice amministrativo una estensione diversa in relazione alle peculiarità sostanziali della potestà non esercitata.

L'articolazione precettiva, al contrario, definisce una disciplina unica e indifferenziata, valida in tutti i casi in cui l'amministrazione si sottragga al dovere di adottare un atto autoritativo esplicito. Sotto questo profilo sono irrilevanti i presupposti di fatto del provvedimento; è determinante che il «silenzio» riguardi l'esercizio di una potestà amministrativa e che la posizione del privato si configuri come un interesse legittimo. Ed è logico e coerente che all'identità formale di situazione soggettiva dell'amministrazione e del privato corrisponda una identità di tutela giurisdizionale.

Senza considerare l'irrazionalità che si verificherebbe se, nel caso di inerzia dell'amministrazione, il privato potesse ottenere, mediante il ricorso avverso il silenzio, l'accertamento immediato, da parte del giudice, della fondatezza della sua pretesa sostanziale, mentre, nella medesima situazione, se l'amministrazione avesse adottato un provvedimento esplicito di diniego, la tutela giurisdizionale sarebbe stata soggetta alle forme ed ai limiti, oltre che ai tempi, del giudizio ordinario.

L'ordinanza di rimessione manifesta la preoccupazione che il nuovo rito possa ridimensionare l'incisività della tutela riconosciuta al privato dal precedente indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale il giudice può esprimersi

sulla fondatezza della istanza presentata dal ricorrente all'amministrazione quando il provvedimento sia espressione di potestà amministrativa priva di contenuto discrezionale (da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3526) o a basso contenuto di discrezionalità (da ultimo, Cons. Stato, sez.V, 12 ottobre 1999, n. 1446).

Sarebbe sufficiente osservare che l'indicato indirizzo della giurisprudenza, della quale possono comprendersi le ragioni e condividersi le finalità, non può che cedere di fronte alla normativa sopravvenuta che definisce in modo compiuto la tutela giurisdizionale accordata al privato nei confronti del comportamento omissivo dell'amministrazione.

Va, però, osservato che la valutazione del rito speciale sotto il profilo della capacità di offrire una più efficace tutela al privato in attesa di provvedimento va effettuata con riferimento all'obiettivo sollecitatorio postosi dal legislatore e considerando il risultato conseguibile al compimento delle due fasi, e cioè tenendo conto sia dell'abbreviazione dei termini sia della possibilità di ottenere la nomina del commissario *ad acta*, nel corso dello stesso giudizio, senza necessità di promuovere un giudizio di ottemperanza. Visto in questa prospettiva, il nuovo modello processuale assicura pur sempre al privato un significativo vantaggio anche rispetto all'indirizzo giurisprudenziale anzidetto.

Quanto alla distinzione fra casi di agevole o meno agevole conoscibilità della fondatezza della pretesa sostanziale, ovvero di maggiore o minore ampiezza della discrezionalità dell'amministrazione, deve osservarsi che non è ammissibile far discendere l'estensione dei poteri cognitivi e dispositivi del giudice dal grado di complessità dalla controversia. Si tratta di un criterio empirico che poteva semmai trovare spazio nella soluzione elaborata dalla giurisprudenza, ma non più dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, nel cui contesto, come già osservato, nulla autorizza ad effettuare simili distinzioni.

Dalle considerazioni svolte emerge, in via riepilogativa, che: il giudizio disciplinato dall'art. 21-*bis* è diretto ad accertare se il «silenzio» violi l'obbligo dell'amministrazione di adottare un provvedimento esplicito sull'istanza del privato; il giudice non si sostituisce all'amministrazione in nessuna fase del giudizio, ma accerta se il «silenzio» sia o non sia illegittimo e, nel caso di accoglimento del ricorso, impone all'amministrazione di provvedere sull'istanza entro il termine assegnato; il commissario *ad acta* esercita, in via sostitutiva, la potestà amministrativa appartenente all'organo rimasto inadempiente.

Tutto ciò premesso, con ragione le amministrazioni appellanti contestano la sentenza impugnata nella parte in cui impone ad esse di provvedere in senso positivo sulla istanza dei ricorrenti originari fissando data e luogo della prova attitudinale. E per questa parte l'appello va accolto.

La sentenza merita, invece, conferma nella parte in cui afferma che il comportamento omissivo «è senz'altro in contrasto con il dovere dell'ammi-

nistrazione di concludere il procedimento con sollecitudine». Dall'art. 1 del d.lgs. n. 368/1998 risulta che la fissazione della prova attitudinale consegue ad un procedimento che deve essere iniziato d'ufficio a cura del Ministro della salute; risulta, altresì, che i ricorrenti originari, quali laureati in medicina e chirurgia in possesso dei requisiti di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 386/1998, avrebbero titolo a partecipare alla prova. Sussistono, pertanto, le condizioni (interesse qualificato degli istanti all'adozione del provvedimento; competenza delle amministrazioni adite) per la pronuncia dell'obbligo di provvedere, ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 205/2000.

L'accoglimento parziale dell'appello determina la riforma della sentenza di primo grado nei limiti sopra indicati. Resta fermo l'obbligo per le amministrazioni appellanti di provvedere sull'istanza dei ricorrenti originari entro un termine che, in considerazione della articolazione del procedimento (concerto fra il Ministro della salute e il Ministro dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica; parere della federazione nazionale dell'Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri), si reputa di fissare in novanta giorni dalla notificazione o comunicazione della presente decisione.

* * *

(2). (*Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione III bis, 6 marzo 2002, n. 1682*).

«(omissis)

I ricorrenti sono medici che hanno partecipato ai corsi di formazione conformi alla normativa recata dal decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 1982 n. 162 e hanno conseguito il titolo nelle relative specializzazioni nell'arco di tempo tra l'anno accademico 1983-84 e l'anno accademico 1990-91.

In particolare, essi assumono di avere gli stessi requisiti posseduti dai destinatari delle sentenze del Tribunale amministrativo regionale del Lazio sopra ricordate (numero 601 del 1993 e numeri 279, 280, 281, 282 e 283 del 1994).

Con una serie articolata di motivi di gravame e l'uso dei più vari strumenti processuali essi reclamano l'applicazione nei loro confronti della nuova disciplina dettata dalla normativa comunitaria per i corsi di specializzazione, con retribuzione per l'intera durata legale del corso e con assegnazione ai titoli di specializzazione conseguiti di uno specifico punteggio da spendere nelle procedure concorsuali.

La normativa anzidetta, in quanto contenente disposizioni incondizionate e sufficientemente precise, sarebbe immediatamente applicabile e comporterebbe il superamento della normativa nazionale (legge 29 dicembre 1990 n. 428 e decreto legislativo 8 agosto 1991 n. 257), che prevede invece il doppio beneficio (assegnazione di borsa di studio e riconoscimento di autonomo punteggio al titolo di specializzazione) solo a decorrere dall'anno accademico 1991-92, con esclusione dei medici ammessi alla frequenza dei corsi negli anni accademici precedenti o che erano in via di svolgimento al momento di operatività della normativa comunitaria».

«(omissis)

3. — Sono evidentemente da sciogliere prima le questioni in rito.

Con riferimento ai ricorrenti che hanno dapprima diffidato le amministrazioni intimare a corrispondere loro la remunerazione prescritta dalla normativa comunitaria in corrispettivo delle attività svolte nell'ambito della formazione professionale e successivamente impugnato il silenzio-rifiuto che si sarebbe formato sulle loro istanze il Collegio osserva quanto scritto qui di seguito.

Il Collegio può prescindere dall'accertamento della ritualità del procedimento seguito dai ricorrenti per la formazione del silenzio-rifiuto impugnabile in sede giurisdizionale: questo indipendentemente dalla tesi preferita se dopo la legge 7 agosto 1990 n. 241 persista ancora o meno l'onere di proporre un atto stragiudiziale di diffida e messa in mora ai sensi dell'art. 25 del testo unico 10 gennaio 1957 n. 3.

Il ricorso è, difatti, manifestamente inammissibile.

È il caso di ricordare che l'apprezzamento in termini giuridici del comportamento omissivo tenuto dalla pubblica amministrazione in presenza di una istanza del privato intesa a ottenere, allo scopo di soddisfare un interesse «pretensivo» giuridicamente protetto, l'emanazione di un provvedimento discrezionale a proprio favore (provvedimento discrezionale nel contenuto, ma vincolato da una norma positiva quanto alla sua adozione) ha origine (inizialmente pretoria) dalla esigenza di risolvere non tanto i (pochi) casi di consapevole scelta della pubblica amministrazione («neppure ti rispondo tanto è infondata la tua richiesta»), quanto i (predominanti) casi di disinteresse della pubblica amministrazione alle istanze del cittadino, indipendentemente dalla loro infondatezza.

Tale era il livello di scorrettezza amministrativa che il legislatore è dovuto intervenire con la legge 241 del 1990 per canonizzare gli obblighi di comportamento della amministrazione pubblica dinanzi alle richieste del cittadino, al cui servizio è istituzionalmente preposta l'amministrazione medesima (e non viceversa).

Peraltro numerose perplessità erano sorte, specie in giurisprudenza, relativamente ai poteri che il giudice amministrativo dispone di fronte a impugnative di siffatto genere.

Ed invero, alla tesi che, in sede di accertamento del silenzio serbato dall'amministrazione, il giudice adito deve limitare il proprio sindacato al controllo della legittimità o meno dell'inerzia opposta alla richiesta del privato, se ne contrappone l'altra che riconosce al giudice il dovere di spingersi ad apprezzare la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere in via di azione e, quindi, indicare puntualmente, nel caso di accoglimento del ricorso, i contenuti vincolanti della successiva attività dell'amministrazione medesima. La situazione ha di recente indotto la Sezione VI del Consiglio di Stato, con ordinanza 10 luglio 2001 n. 3803, a definire la questione in via preventiva all'Adunanza plenaria, «onde evi-

tare possibili contrasti giurisprudenziali e in relazione all'importanza della questione di carattere generale» (questa è la rilevante originalità della pronuncia).

L'ordinanza anzidetta ha fondamento sulla considerazione che la ristrettezza dei termini previsti dall'art. 2 della legge 21 luglio 2000 n. 205 per siffatto procedimento speciale (termine abbreviato di impugnazione; fissazione in tempi brevi della camera di consiglio nella quale il ricorso andrà deciso con «sentenza succintamente motivata»; stesse regole per l'appello) verrebbe a ledere i diritti della difesa, l'integrità del contraddittorio e la completezza dell'istruttoria laddove, in luogo di limitare il giudizio all'accertamento dell'obbligo di provvedere, si chiede al giudice adito di estendere la cognizione all'accertamento della pretesa sostanziale. In tali casi, infatti, si chiede di affrontare questioni anche particolarmente complesse o relative ad attività amministrativa caratterizzata da rilevanti profili di discrezionalità in tempi estremamente ridotti e in un procedimento che si definisce nella sede camerale con una impostazione che si avvicina alquanto al rito speciale introdotto dall'art. 9 della legge 205 del 2000.

Questa disposizione, che sostituisce l'ultimo comma dell'art. 26 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 è fondata, come è noto, sulla percezione immediata da parte del giudice della manifesta infondatezza ovvero della manifesta fondatezza del ricorso: circostanze, queste, che potrebbero bene non esserci nell'accertamento della pretesa sostanziale fatta valere nel ricorso avverso il silenzio-rifiuto.

Con la decisione 9 gennaio 2002 n. 1 l'Adunanza plenaria si è espressa a favore della prima tesi osservando che il giudizio sul silenzio-rifiuto non deve consentire al Giudice amministrativo di spingersi a stabilire il contenuto concreto del provvedimento che l'Amministrazione avrebbe dovuto emanare a seguito dell'istanza del privato.

Il tenore dell'art. 2 della legge n. 205 del 2000 avvalorava la tesi che l'organo competente in via ordinaria conservi, pur dopo la sentenza e fino all'insediamento del commissario, il potere di provvedere in senso pieno.

Il processo sul silenzio-rifiuto è, pertanto, diretto solo a indurre l'Amministrazione a esprimersi sollecitamente sull'istanza del privato.

Solo attraverso il proprio commissario, in caso di perdurante inerzia, il giudice amministrativo si sostituisce all'Amministrazione inadempiente con l'esercizio sostitutivo, e però completo delle potestà amministrative.

Per tornare al tema sul quale verte la controversia è da osservare che, nel caso di specie, non viene in rilievo l'utilità del procedimento sul silenzio-rifiuto, introdotto dall'art. 2 della legge 205 del 2000, al quale i ricorrenti hanno indubbiamente fatto ricorso (tanto da ottenere la sollecita fissazione della carriera di consiglio per la trattazione del merito del gravame), bensì l'utilizzabilità del procedimento.

Ed invero, i ricorrenti chiedono con lo strumento del silenzio-rifiuto l'accertamento del loro preteso diritto patrimoniale perfetto a percepire una adeguata remunerazione come corrispettivo per l'attività (già) svolta nell'ambito della loro formazione professionale.

Essi superano l'ostacolo costituito dall'art. 11 della legge 19 ottobre 1999 n. 370 e del conseguente decreto ministeriale 14 febbraio 2000 di attuazione chiedendo, da un lato, la disapplicazione della prima e l'annullamento del secondo; dall'altro, l'estensione nei loro confronti delle pronunce del Tribunale amministrativo del Lazio del 1993 e del 1994.

La prima richiesta si fonda sul preteso contrasto con la disciplina comunitaria, che ha forza propria di imporsi nell'ordinamento interno in quanto recherebbe disposizioni del tutto incondizionate e sufficientemente precise: pertanto, immediatamente e direttamente precettive.

La seconda richiesta è per evitare che si determini una disparità di trattamento tra medici specializzandi a motivo della ingiustificata limitazione temporale ai benefici economici delle borse di studio e a quelli giuridici del valore autonomo della specializzazione conseguita, con l'attribuzione di uno specifico punteggio da spendere nelle procedure di concorso.

I ricorrenti superano pure l'ostacolo rappresentato quella parte della normativa comunitaria (direttiva 82/76/CEE) priva dei caratteri della incondizionatezza e precisione: cioè la parte che deferisce alla autorità nazionale la individuazione della istituzione sulla quale incombe l'obbligo di pagamento della «adeguata remunerazione» e il criterio della sua determinazione.

L'ostacolo è superato con ricorso allo stesso art. 11 della legge 19 ottobre 1999 n. 370, che ha posto il pagamento a carico della amministrazione intimata in questo giudizio (l'attuale Ministero dell'istruzione, dell'Università e della ricerca) e riconosciuto nella misura onnicomprensiva di L. 13.000.000 annui (ora € 6.713,94 annui), per tutta la durata legale del corso seguito, la somma da corrispondere ai medici ammessi alla frequenza delle scuole di specializzazione in medicina a partire dall'anno accademico 1983/1984 fino a quello del 1990/1991.

Solo in via subordinata i ricorrenti chiedono la determinazione della entità della somma nel corso del giudizio ovvero, in via ancora subordinata, la liquidazione equitativa dei danni da loro subiti per il ritardo con il quale lo Stato italiano nel 1991 ha recepito la direttiva 82/1976/CEE, che aveva avuto effetto dal 1983.

Altri ricorrenti chiedono, invece, la somma all'epoca determinata dall'art. 6 del decreto legislativo 8 agosto 1991 n. 257 (in attuazione della direttiva 82/1976/CEE) in L. 21.500.000 (ora € 11.103,82), incrementata annualmente dal tasso programmato di inflazione determinato dai decreti ministeriali ogni triennio.

4. Osserva il Collegio che i ricorrenti, nella sostanza delle cose, promuovono una azione che ha per oggetto una pretesa patrimoniale diretta, già predeterminedata in tutti i suoi elementi o, quanto meno, facilmente determinabile nel corso del giudizio in via diretta ovvero per equivalente.

L'azione è, pertanto, incontestabilmente prospettata come rivolta all'accertamento di un comportamento di inadempimento a un obbligo patrimoniale imposto dall'ordinamento ed è diretta a ottenere una pronuncia di condanna dell'amministrazione intimata al pagamento di una somma di denaro determinata (ovvero determinabile in via diretta o per equivalente).

A siffatto risultato non può condurre il procedimento speciale di annullamento del silenzio-rifiuto ai sensi dell'art. 2 della legge 205 del 2000 (più correttamente: la intrapresa azione di accertamento dell'inadempimento all'obbligo di pronuncia esplicita sulla istanza del privato diretta al soddisfacimento di un interesse pretensivo a opera di una attività discrezionale della pubblica amministrazione).

Nel detto silenzio procedimento il giudice amministrativo esercita, difatti, i poteri propri della giurisdizione di legittimità.

Invece, nei casi di giurisdizione esclusiva, per giungere alla condanna dell'Amministrazione, le pretese patrimoniali che hanno fondamento in una precisa disposizione normativa, senza necessità di intermediazione di ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, devono passare attraverso un giudizio ordinario diretto ad accertare, prima di tutto, la reale consistenza della posizione giuridica vantata, la titolarità della stessa, e in ultimo, la sussistenza dell'inadempimento dell'amministrazione, tenuta a soddisfare in via diretta e immediata la pretesa.

D'altra parte, che nel caso di specie si tratti di giurisdizione esclusiva è confermato dall'art. 7 della legge 205 del 2000, che modifica l'art. 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80.

Ed infatti, la formazione del medico europeo è da qualificare come servizio pubblico in quanto consiste in attività di istruzione svolta dalla pubblica amministrazione per fornire ai partecipanti una utilità di carattere strumentale, da spendere nell'esercizio della professione in qualunque luogo dell'Unione.

Il nuovo e accelerato strumento di tutela offerto dal procedimento speciale introdotto per i ricorsi avverso il silenzio della amministrazione, attraverso il quale, con i tempi tecnici propri di una misura cautelare, si giunge alla sola declaratoria dell'obbligo di provvedere (secondo la tesi che anche la Sezione ha costantemente mostrato di prediligere), non può valere per ottenere in modo anticipato una delibazione del merito della controversia, che appare invece riservato al normale giudizio di cognizione.

D'altra parte, se questo fosse in ipotesi consentito, l'azione del privato finirebbe per essere diretta a ottenere dalla amministrazione una pronuncia espressa su un suo inadempimento relativo a una prestazione patrimoniale che è a suo carico per obbligo di legge: con questo si imporrebbe all'amministrazione, in ultimo attraverso un commissario del giudice, di riconoscere un proprio debito saltando tutta la fase cognitoria di accertamento.

(omissis)».

L'INDENNITÀ DI FUNZIONE PER I GIUDICI DI PACE

Corte di cassazione, sez. lavoro, 16 febbraio 2002, n. 2287 – *Presidente Ravagnani – Estensore Minichiello – Pubblico Ministero Giacalone (conf.) – Ministero della Giustizia (avv. Stato P. M. Zerman) c/ M. ed altri.*

le massime

1. — *Benché deducibile come motivo di ricorso per cassazione, la censura diretta a riproporre (come già in appello) l'incompetenza funzionale del Giudice del lavoro sulla domanda di corresponsione della indennità giudiziaria rivendicata dall'esercente funzioni di giudice di pace, va disattesa giacché, con l'istituzione del giudice unico di primo grado, le controversie in materia di lavoro (non devolute al giudice amministrativo) appartengono — in primo grado — al Tribunale in composizione monocratica restando, così, la natura del rapporto azionato rilevante solo sul rito applicabile (e non più sulla competenza).*

2. — *Ai giudici di pace non spetta l'indennità di cui all'art. 3 legge 19 febbraio 1981 n. 27.*

il commento

Sulla prima massima: la sentenza in rassegna ribadisce, in motivazione, l'estraneità delle controversie, come quella di specie, alla competenza per materia del giudice del lavoro; e svolge, poi, condivisibili corollari dalla richiamata Cass. 28 settembre 2000 n. 1045/S.U. (in *Foro it.* 2000, I, 3462), intervenuta a risolvere il contrasto in tema di ammissibilità del regolamento di competenza (negata in ragione dell'esclusa possibilità, alla luce della nuova normativa sul giudice unico di primo grado, di una scelta fra due giudici diversi, ognuno dei quali astrattamente competente a giudicare la controversia).

Nel senso della residuale rilevanza, agli effetti del rito applicabile, delle questioni della competenza per materia del giudice del lavoro (dopo l'istituzione del giudice unico), cfr. pure in dottrina DALMOTTO, *Brevi note su questioni di competenza ecc.*, in *Giur. it.* 2000, I, 1143 e GIACALONE, *Giudice unico e competenza*, in *Giust. civ.* 2000, I, 995.

In relazione alla seconda massima: oltre Cass. 1622/01, in termini, v. pure, per la non riconducibilità nel concetto di retribuzione del trattamento economico (di natura indennitaria) spettante ai magistrati onorari, S.U. 12 marzo 1999 n. 129, in *Foro it.*, 1999, I, 1170.

S.L.

gli argomenti della decisione

(omissis)

«1. — Col primo motivo di ricorso è denunciata «violazione delle norme sulla competenza (art. 360, n. 2, c.p.c.) in relazione all'art. 409 c.p.c., nonché agli artt. 9 e 10 c.p.c.» e si sostiene che erroneamente il giudice di appello ha affermato la competenza funzionale del giudice del lavoro, non ricorrendo alcuna delle ipotesi previste dall'art. 409 c.p.c., e dovendo perciò ravvisarsi la competenza per valore del tribunale.

Col secondo motivo, il Ministero ricorrente — denunciando «violazione di norme di diritto (art. 360 n. 3 c.p.c.) in relazione all'art. 3 della legge n. 27 del 19 febbraio 1981 ed all'art. 1 della legge n. 425 del 6 agosto 1984, nonché in relazione agli artt. 1 e 45 della legge n. 374/1991» — sostiene che erroneamente sia stata riconosciuta ai giudici di pace l'indennità rivendicata, in quanto l'art. 3 della legge 19 febbraio 1981 n. 27, secondo la norma interpretativa di cui all'art. 1 della legge n. 425/1984 *cit.*, ne ha previsto la corresponsione ai magistrati dell'ordine giudiziario e cioè ai magistrati ordinari, mentre l'art. 2 della stessa legge n. 425 del 1984 ne ha esteso la spettanza, *ex nunc*, ad altre carriere magistratuali ma non anche ai giudici di pace.

2. — Il primo motivo di ricorso non può essere accolto, ancorché la sentenza impugnata, affermativa della competenza funzionale del giudice del lavoro ai sensi dell'art. 409 n. 5 cod. proc. civ., si appalesi erronea alla luce dell'insegnamento delle Sezioni Unite di questa Corte (v. sentenza 9 novembre 1998 n. 11272) affermativo della non attribuibilità delle controversie come quella in oggetto alla competenza per materia del giudice del lavoro della devoluzione di esse al giudice ordinario individuabile *ratione valoris*.

Va considerato che, a seguito dell'istituzione del giudice unico di primo grado, nelle controversie in materia di lavoro non rientranti fra quelle di cui all'art. 133 del d.lgs. n. 51 del 1998 (devolute al giudice amministrativo), è competente, quale giudice di primo grado, il tribunale in composizione monocratica, mentre la natura della controversia incide solo sul rito applicabile e non più sulla competenza. Da ciò le Sezioni Unite della Suprema Corte (v. sentenza 28 settembre 2000 n. 1045) hanno fatto derivare l'inammissibilità del regolamento di competenza in ordine all'attribuibilità di una determinata controversia al pretore giudice del lavoro o al tribunale, essendo venuta meno la possibilità di scelta fra due giudici diversi ossia non appartenenti allo stesso ufficio.

Tali considerazioni, svolte con riguardo all'ipotesi di regolamento di competenza, non sono però trasferibili al motivo di ricorso per cassazione che (come nella specie) sia proposto, per negare la competenza per materia del pretore giudice del lavoro a favore della competenza per valore del tribunale, nell'ipotesi in cui il pretore, dichiaratosi competente per materia quale giudice del lavoro, abbia pronunciato anche nel merito la sua decisione, gravata d'appello anche in ordine alla questione di competenza, sia stata per tale punto confermata dal tribunale. Infatti, l'esame della questione di competenza in sede di regolamento e quello della medesima questione in sede di ricorso ordinario ai sensi dell'art. 360 n. 2 cod. proc. civ. sono funzionali ad esigenze diverse: costituite, per il primo, dalla *translatio iudicii* avanti al giudice ritenuto competente e, per il secondo, dalla valutazione della legittimità della sentenza che ha pronunciato nel merito.

L'esposto motivo in ordine alla competenza — se non può quindi essere ritenuto inammissibile per ragioni analoghe a quelle svolte dalla citata sen-

tenza n. 1045 del 2000 in sede di regolamento — è però egualmente da disattendere, considerato che la distinzione fra pretore giudice del lavoro e pretore addetto alle cause ordinarie dava luogo solo ad una ripartizione dell'attività interna allo stesso ufficio (v. Cass. 20 febbraio 1999 n. 1438) e tenuto altresì conto che, nella specie, l'eccezione d'incompetenza per valore del pretore — oltre che essere tempestivamente dedotta in primo grado avrebbe dovuto essere specificamente riproposta in appello ed in sede di legittimità con l'indicazione della ragioni dimostrative del superamento dei limiti della competenza per valore del pretore ai sensi dell'art. 8 cod. proc. civ., rimanendo, in mancanza, la causa, pur non di lavoro, ben radicata, *ratione valoris*, davanti al Pretore adito.

3. — Il secondo motivo di ricorso è invece fondato.

Esaminando la medesima questione, la Corte, con sentenza 5 febbraio 2001 n. 1622, ha enunciato principi così sintetizzati nella massima ufficiale: *«La disciplina dei compensi per il giudice di pace è dettata esclusivamente dalle fonti che specificatamente li contemplano, dovendosi escludere ogni integrazione mediante il ricorso a regole dettate per rapporti di natura diversa e dovendosi, in particolare, escludere l'estensibilità ai giudici di pace di indennità (nella specie, quella di cui all'art. 3 legge n. 27 del 1981 come interpretato dall'art. 1 legge n. 425 del 1984) previste per i giudici togati, che svolgono professionalmente e «in via esclusiva» funzioni giurisdizionali ed il cui trattamento economico è articolato su parametri affatto differenti».*

Tali principi sono stati ribaditi dalla sentenza 8 novembre 2001 n. 13835, la quale ha inoltre considerato irrilevante (ai fini della questione in esame) la circostanza che l'art. 24 *bis*, comma terzo, del d.l. 24 novembre 2000 n. 341, introdotto dalla legge di conversione 19 gennaio 2001 n. 4, abbia stabilito che ai giudici di pace «è altresì dovuta un'indennità di L. 500.000 mensili per ciascun mese di effettivo servizio a titolo di rimborso spese per l'attività di formazione, aggiornamento e per l'espletamento dei servizi generali di istituto», potendo da ciò desumersi solo che, anteriormente all'entrata in vigore di tale norma, ai giudici di pace non spettava né l'indennità rivendicata in questo giudizio né quella poi introdotta dalla nuova disposizione.

Il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi dall'orientamento espresso dalle citate sentenze, rinviando — nel rispetto del principio di economia nell'esercizio di funzioni a servizi pubblici — alle ampie argomentazioni che le sorreggono.

Conclusivamente, mentre il primo motivo di ricorso deve essere rigettato, il secondo deve invece essere accolto, con conseguente cassazione dell'impugnata sentenza e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, con pronuncia nel merito, ai sensi dell'art. 384, primo comma, cod. proc. civ., di rigetto della domanda di M.M.P. e degli altri intimati in epigrafe indicati.

(omissis).»

REVOCA DELLA CONFISCA NEI PROCEDIMENTI ANTIMAFIA: REGIME DELLE SPESE UTILI ALLA CONSERVAZIONE DEI BENI

Tribunale di Reggio Calabria, sezione misure di prevenzione, 19 marzo 2002 –
Presidente Forti – Estensore Ramondino – F.D. (avv.ti N. D'Ascola e G. Panuccio) c/ Ministero dell'Economia e delle Finanze ed altri (avv. Stato M. Borgo).

le massime

1. — *Nella controversia avente ad oggetto l'opposizione al conto di gestione, proposta dal soggetto sottoposto a misura di prevenzione patrimoniale ex lege n. 575/65 (misura di prevenzione successivamente revocata dalla Corte di Appello), deve essere dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell'Agenzia delle Entrate e dell'Agenzia del Demanio, dovendosi individuare l'unico soggetto legittimato passivo nel Ministero dell'Economia e delle Finanze.*

2. — *Il tenore letterale e la stessa sistematica della norma contenuta nell'art. 2-octies della legge n. 575/65 dimostrano in modo non equivoco che il legislatore ha inteso disciplinare in modo distinto ed autonomo le spese menzionate al comma 1 e quelle menzionate al comma 3.*

Tale disciplina diverge radicalmente in ordine all'individuazione del soggetto su cui deve, in definitiva, gravare il relativo onere allorquando il sequestro (o la confisca) del bene sia stato revocato: quanto alle spese necessarie o utili alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati, tale soggetto viene identificato dalla legge nel titolare del bene, ovvero in colui al quale il bene è stato restituito, trattandosi del soggetto che si avvantaggia dei benefici derivati da tali spese; quanto alle spese espressamente indicate dal comma 3, il soggetto onerato è individuato dalla legge nello Stato, trattandosi di spese che, a prescindere da ogni valutazione in termini di necessità o di utilità, sono strettamente correlate alla procedura attivata dall'organo giurisdizionale deputato all'applicazione delle misure di prevenzione.

il commento

Le spese «necessarie o utili per la conservazione e l'amministrazione dei beni», sostenute nell'ambito dei procedimenti di prevenzione patrimoniale antimafia, non vanno accollate allo Stato in caso di revoca del provvedimento di confisca. Una interessante pronuncia del Tribunale di Reggio Calabria.

La sentenza, che si commenta, presenta un indubbio interesse in quanto affronta (per la prima volta, a quanto consta) la problematica concernente la diversa disciplina, ai fini della loro imputazione, delle «*spese necessarie o utili per la conservazione e l'amministrazione dei beni*», che siano stati oggetto di un provvedimento di prevenzione patrimoniale, successivamente revocato (art. 2-octies, primo comma della legge n. 575/65) e delle «*somme per il pagamento del compenso all'amministratore, per il rimborso delle spese da lui sostenute per i suoi coadiutori e quelle di cui al comma 4 dell'art. 2-septies*» (art. 2-octies, terzo comma della legge n. 575/65).

Il fatto

Un soggetto, indiziato di fare parte di una associazione per delinquere di stampo mafioso, vede sequestrati e successivamente confiscati, ai sensi della legge 31 maggio 1965 n. 575, i propri beni (nella specie, alcune società aventi ad oggetto la vendita di autovetture di diverse marche automobilistiche); il provvedimento di sequestro viene successivamente posto nel nulla dal giudice di appello.

Con apposita istanza, l'ex proposto chiede agli amministratori giudiziari, nominati nell'ambito del procedimento di prevenzione, di provvedere al deposito del rendiconto relativo alla gestione dei beni, dai primi curata nel periodo di vigenza del sequestro e della confisca.

Il giudice delegato fissa, all'uopo, l'udienza di verifica ed eventuale approvazione del conto di gestione, invitando, nel contempo, gli amministratori giudiziari a depositare il rendiconto finale.

All'udienza, i difensori dell'ex proposto, pur dichiarando di non avere obiezioni da muovere al rendiconto finale, presentato dagli amministratori, rilevano come alcune spese, richiamate nel predetto rendiconto, avrebbero dovuto essere imputate all'amministrazione statale e non, invece, alle società facenti capo al loro assistito.

A questo punto, il giudice delegato rinvia l'udienza di approvazione del conto di gestione, disponendo la notifica del verbale d'udienza all'Agenzia delle Entrate di Reggio Calabria, all'Agenzia del Demanio di Reggio Calabria e al Ministero delle Finanze.

All'udienza, celebratasi in camera di consiglio, davanti al giudice delegato, l'Avvocatura Erariale si costituisce per conto di tutti e tre i soggetti chiamati in causa, eccependo il difetto di legittimazione passiva delle due Agenzie fiscali e chiedendo, nel merito, il rigetto della domanda avanzata dalla difesa dell'ex proposto.

Il giudice delegato, concessi termini per note e repliche, fissa l'udienza di discussione davanti al Collegio del Tribunale, al termine della quale, il Tribunale reggino riserva la decisione.

La sentenza

Il Tribunale di Reggio Calabria era chiamato a dare soluzione ad una controversia di natura squisitamente patrimoniale e che poco aveva a che fare con la sede penale in cui veniva celebrato il relativo giudizio.

Ne sono testimoni il fatto che la pronuncia che si commenta ha la forma della sentenza (e non quella del decreto, forma prevista per la decisione con la quale viene approvato il conto di gestione), nonché il fatto che l'udienza di discussione, fissata per il giorno 14 dicembre 2001, venne regolarmente celebrata nonostante che gli avvocati delle Camere Penali avessero proclamato, per quella giornata, l'astensione dall'attività difensiva.

Prima di esaminare le argomentazioni con le quali il Tribunale reggino è pervenuto a dare soluzione al problema dell'individuazione del soggetto al quale imputare, in via definitiva, le somme controverse, è opportuno rilevare come la sentenza in commento si segnali anche per la corretta indicazione

del «soggetto pubblico», legittimato passivo nelle controversie, aventi ad oggetto l'opposizione avanzata dall'ex proposto, in sede di approvazione del conto di gestione, nell'ambito del procedimento relativo ad una misura di prevenzione patrimoniale, successivamente revocata.

Sul punto, in accoglimento delle eccezioni formulate dalla Difesa Erariale, il Tribunale di Reggio Calabria ha, in primo luogo, statuito che nessuna competenza può configurarsi, in materia, in capo all'Agenzia delle Entrate, mentre, con riferimento all'Agenzia del Demanio, ha osservato che la stessa *«ha concretamente perduto ogni interesse in seguito all'adozione del provvedimento con il quale la locale Corte di Appello ha revocato la confisca disposta dai giudici di primo grado»*.

Trattasi di affermazioni, la cui cristallina linearità rende superfluo ogni ulteriore commento e conferma come, anche dopo l'istituzione delle c.d. Agenzie fiscali, l'Amministrazione Finanziaria (oggi impersonata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze) mantenga una propria e distinta legittimazione processuale in controversie (come quella in argomento) che, a prima vista, potrebbero ritenersi ormai estranee alla sfera di competenza ministeriale.

Passando all'esame del merito della pronuncia in commento, occorre rilevare come la stessa muova da un analitico esame delle disposizioni, contenute nell'art. 2-*octies* della legge n. 575/65; una disposizione, quest'ultima, il cui primo comma stabilisce che *«le spese necessarie o utili per la conservazione e l'amministrazione dei beni sono sostenute dall'amministratore mediante prelevamento delle somme da lui riscosse a qualunque titolo»*; al secondo comma della citata norma, viene previsto che, nell'ipotesi in cui dalla gestione dei beni sequestrati non siano ricavabili somme sufficienti per il pagamento delle spese di cui al primo comma, le somme occorrenti *«sono anticipate dallo Stato, con diritto al recupero nei confronti del titolare del bene in caso di revoca del sequestro»*; il terzo comma completa, poi, la disposizione affermando che, quanto alle *«somme per il pagamento del compenso all'amministratore, per il rimborso delle spese da lui sostenute per i suoi coadiutori e quelle di cui al comma 4 dell'art. 2-septies»* (connesse al trasferimento dell'amministratore fuori della sede di residenza), le stesse siano inserite nel conto di gestione ovvero, nell'ipotesi di insufficienza del conto, anticipate in tutto o in parte dallo Stato *«senza diritto a recupero»*; quest'ultimo alinea della norma si conclude con la precisazione che, nell'ipotesi in cui il sequestro di prevenzione sia revocato, *«le somme suddette sono poste a carico dello Stato»*.

Nel caso esaminato dal giudice reggino, la maggior parte delle somme di cui la difesa del proposto chiedeva l'imputazione a carico dello Stato, rientrano tra quelle contemplate dal primo comma dell'art. 2-*octies*, essendo state le stesse poste in essere per la conservazione e amministrazione del patrimonio sequestrato; si trattava, in particolare, di spese che gli amministratori giudiziari avevano dovuto affrontare, per usare le parole del Tribunale di Reggio Calabria, per *«ripristinare la regolarità della gestione delle diverse società in sequestro, sotto il profilo sia contabile che tributario»*.

La richiesta, lo ripetiamo, di accollo definitivo delle predette spese alle casse erariali veniva fondata, dalla difesa dell'ex proposto, su di un'interpre-

tazione delle norme, sopra richiamate, che, valorizzando il dato testuale, contenuto nella parte finale del terzo comma dell'art. 2-*octies* (ove si prevede, come più sopra ricordato, che nell'ipotesi di revoca del sequestro «*le somme suddette sono poste a carico dello Stato*»), mirava a fare affermare dal Tribunale adito che «*ogniquivolta intervenga la revoca del sequestro precedentemente disposto, tutte le spese previste dai primi tre commi dell'art. 2-*octies* debbono essere poste a carico dello Stato*».

Un'interpretazione, quest'ultima, che non poteva essere condivisa, risolvendosi la stessa, come evidenziato dalla Difesa Erariale nella propria memoria difensiva, nella legittimazione di un vero e proprio ingiustificato arricchimento da parte del titolare del patrimonio, oggetto della procedura di prevenzione, che, in mancanza del provvedimento di sequestro, avrebbe dovuto, comunque, affrontare l'esborso economico concernente la spesa necessarie o, comunque, utili alla conservazione ed amministrazione del proprio patrimonio.

In altre parole, accedendo alla tesi della difesa dell'ex proposto, sarebbe derivata la conseguenza paradossale che un soggetto, sottoposto a misura di prevenzione patrimoniale, poi revocata, avrebbe ingiustamente locupletato un vantaggio economico, rappresentato dallo sgravio, per il periodo di costanza del sequestro e della confisca, degli esborsi necessari per la conservazione e l'incremento dei propri beni.

A ciò si aggiunga che l'erroneità della tesi avversaria risultava confermata dal semplice confronto fra le previsioni, contenute nel primo e terzo comma dell'art. 2-*octies* della legge n. 575/65, dettate, entrambe, con riferimento all'ipotesi in cui le disponibilità del conto della gestione non siano sufficienti per il pagamento delle spese, sopra menzionate.

Ebbene, con riferimento alle spese per la conservazione e l'amministrazione dei beni, si prevede che le stesse siano anticipate dallo Stato, con diritto al recupero nei confronti del titolare del bene in caso di revoca del sequestro, mentre, con riferimento alle somme per il pagamento del compenso dell'amministratore, per il rimborso delle spese sostenute per i coadiutori dello stesso e quelle di cui al comma 4 dell'art. 2-*septies*, si prevede che esse siano anticipate dallo Stato, senza diritto a recupero.

Una diversa disciplina che avvalorava la tesi, sostenuta dalla Difesa Erariale, in ordine al fatto che le spese necessarie per la conservazione e amministrazione dei beni sequestrati e il cui sequestro sia stato successivamente revocato (o addirittura confiscati e la cui confisca sia stata successivamente revocata, come nel caso deciso dal Tribunale di Reggio Calabria) non possono mai essere imputate all'Erario.

Il Tribunale reggino, facendo proprie le difese dell'Avvocatura dello Stato, ha affermato, con nettezza, che «*il meccanismo prefigurato dal legislatore (nei commi 1 e 3 dell'art. 2-*octies* della legge n. 575/65) diverge radicalmente in ordine all'individuazione del soggetto su cui deve, in definitiva, gravare il relativo onere allorquando il sequestro (o la confisca) del bene sia stato revocato: quanto alle spese necessarie o utili alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati, tale soggetto viene identificato dalla legge nel titolare del bene, ovvero*

in colui al quale il bene è stato restituito, trattandosi del soggetto che si avvantaggia dei benefici derivati da tali spese; quanto alle spese espressamente indicate dal comma 3, il soggetto onerato è individuato dalla legge nello Stato, trattandosi di spese che, a prescindere da ogni valutazione in termini di necessità o di utilità, sono strettamente correlate alla procedura attivata dall'organo giurisdizionale deputato all'applicazione delle misure di prevenzione».

Una statuizione che ha fatto «risparmiare» alle casse dello Stato non meno di trecento milioni delle vecchie lire e che costituisce un precedente molto importante in una materia, come quella delle misure di prevenzione patrimoniale antimafia, le cui controversie tanto affaticano le sedi, soprattutto meridionali, del nostro Istituto.

AVV. MAURIZIO BORGIO

gli argomenti della decisione

«(omissis)

Deve, innanzi tutto, accogliere la richiesta preliminare avanzata dalla Difesa Erariale e, conseguentemente, dichiararsi il difetto di legittimazione passiva sia in capo all'Agenzia delle Entrate di Reggio Calabria (priva di qualsivoglia competenza nella materia *de qua*) sia in capo all'Agenzia del Demanio di Reggio Calabria (che ha concretamente perduto ogni interesse in seguito all'adozione del provvedimento con il quale la locale Corte d'Appello ha revocato la confisca disposta dai giudici di primo grado nei confronti di F.D.).

Ciò detto, il Tribunale ritiene doveroso esaminare la questione che afferisce all'interpretazione della disposizione normativa contenuta nell'art. 2-*octies* legge n. 575/65, prevedente la disciplina delle spese sostenute nell'ambito di un procedimento di prevenzione patrimoniale: ciò in quanto trattasi di norma di basilare importanza ai fini della decisione da adottare in questa sede, come peraltro dimostra il netto disaccordo che sul punto si è registrato tra le parti.

Il primo comma della disposizione da ultimo menzionata stabilisce che *«le spese necessarie o utili per la conservazione e l'amministrazione dei beni sono sostenute dall'amministratore mediante prelevamento delle somme da lui riscosse a qualunque titolo».*

Il secondo comma, nel prevedere l'ipotesi che dalla gestione dei beni sequestrati non siano ricavabili somme sufficienti per il pagamento delle spese di cui al primo comma, statuisce che il tal caso le somme occorrenti *«sono anticipate dallo Stato, con diritto al recupero nei confronti del titolare del bene in caso di revoca del sequestro».*

Il terzo comma, avuto specifico riguardo alle *«somme per il pagamento del compenso all'amministratore, per il rimborso delle spese da lui sostenute per i suoi coadiutori e quelle di cui al comma 4 dell'art. 2-septies»* (connesse al trasferimento dell'amministratore fuori della residenza) prevede che, in caso di confisca dei beni sequestrati, le dette somme siano inserite nel conto di gestione ovvero, nell'ipotesi di conto incapiente, anticipate in tutto o in parte dallo Stato *«senza diritto a recupero».*

L'ultimo inciso del terzo comma dell'art. 2-*octies* prende in considerazione l'eventualità che il sequestro di prevenzione sia revocato, nel qual caso «*le somme suddette sono poste a carico dello Stato*».

La difesa F., valorizzando il dato testuale da ultimo riferito, sostiene che esso costituisce una sorta di norma di chiusura secondo cui, ogniqualvolta intervenga (come nel caso in esame) la revoca del sequestro precedentemente disposto, tutte le spese previste dai primi tre commi dell'art. 2-*octies* debbono essere poste a carico dello Stato (sia nel caso in cui le relative somme siano già state anticipate dallo Stato, sia nel caso in cui esse siano state prelevate dall'amministratore dal conto di gestione).

L'opzione ermeneutica prospettata dalla difesa, recisamente contrastata sia dal pubblico ministero, sia dal rappresentante dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, non è assolutamente condivisibile.

Il tenore letterale e la stessa sistematica della norma contenuta nell'art. 2-*octies* dimostrano in modo non equivoco che il legislatore ha inteso disciplinare in modo distinto ed autonomo le spese menzionate al comma 1 e quelle menzionate al comma 3, prevedendo una regolamentazione tendenzialmente completa ed esaustiva che tenesse adeguatamente conto della diversità esistente tra le stesse, sia sotto il profilo ontologico, sia sotto il profilo teleologico.

Il meccanismo prefigurato dal legislatore, se può dirsi coincidente per quanto attiene al momento della effettuazione della spesa (sostenuta attraverso le disponibilità finanziarie del conto di gestione ovvero, in ipotesi di conto insufficiente, anticipata dallo Stato), diverge radicalmente in ordine all'individuazione del soggetto su cui deve, in definitiva, gravare il relativo onere allorché il sequestro (o la confisca) del bene sia stato revocato: quanto alle spese necessarie o utili alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati, tale soggetto viene identificato dalla legge nel titolare del bene, ovvero in colui al quale il bene è stato restituito, trattandosi del soggetto che si avvantaggia dei benefici derivati da tali spese; quanto alle spese espressamente indicate dal comma 3, il soggetto onerato è individuato dalla legge nello Stato, trattandosi di spese che, a prescindere da ogni valutazione in termini di necessità o di utilità, sono strettamente correlate alla procedura attivata dall'organo giurisdizionale deputato all'applicazione delle misure di prevenzione.

Così stando le cose, deve senz'altro escludersi che l'interpretazione della norma sostenuta dalla difesa possa trovare accoglimento.

Corollario fondamentale di tale conclusione è che in un caso come quello che ci occupa, caratterizzato dalla sopravvenuta revoca del sequestro e della confisca in precedenza disposti, si pone la necessità di inquadrare le spese effettuate dall'amministrazione giudiziaria in una delle due categorie che la legge ha individuato (nei termini sopra chiariti) e per le quali essa ha stabilito una disciplina differenziata.

(omissis)».

IL CASO RAIWAY

Tribunale Amministrativo regionale del Lazio, sez. 2^a, 12 marzo 2002, n. 1897 – *Presidente* Marzano – *Estensore* Calveri – RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.a. (avv. prof. F. Sorrentino) c/ Ministero delle Comunicazioni (avv.ti Stato F. Quadri e V. Cesaroni) – CCR S.r.l.; Crown Castle International Corp. (n.c.) – SNATER – Sindacato nazionale autonomo telecomunicazioni – Radiotelevisioni (avv. C. d'Inzillo).

le massime

1. — *Il negozio di cessione del capitale azionario della società che gestisce l'installazione e l'esercizio degli impianti, nell'ambito della concessione per il servizio pubblico radiotelevisivo, è legittimamente sottoposto a preventiva autorizzazione ministeriale, e non ad una mera successiva «presa d'atto» del negozio già sottoscritto.*

2. — *Il provvedimento con il quale il Ministro delle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 1, comma 5, del d.P.R. 28 marzo 1994 per la concessione in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo sull'intero territorio nazionale, nega o concede l'autorizzazione alla cessione della partecipazione azionaria della Rai nella società cui erano state affidate le attività relative all'installazione e all'esercizio degli impianti tecnici non si configura come «atto politico» ed è quindi sottoposto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in considerazione della nozione di servizio pubblico di cui all'art. 33, comma 2, lettere b) e c) del d.lgs. n. 80/1998.*

3. — *Il provvedimento di autorizzazione, ai sensi dell'art. 1, comma 5, del d.P.R. 28 marzo 1994 per la concessione in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo sull'intero territorio nazionale, alla cessione della partecipazione azionaria della Rai nella società affidataria delle attività di installazione ed esercizio degli impianti tecnici costituisce esplicazione del potere di controllo e vigilanza facente capo alla superiore responsabilità politica del Ministero, e pertanto rientra nella legittima competenza del Ministero delle Comunicazioni.*

4. — *Considerata l'elevata importanza strategica degli impianti radiotelevisivi, è legittimo il provvedimento con il quale il Ministro delle Comunicazioni nega l'autorizzazione alla cessione da parte della Rai del capitale azionario, sia pure minoritario, della società che gestisce installazione ed esercizio degli impianti, nell'ambito della concessione per il servizio pubblico radiotelevisivo, per l'effettiva influenza dominante che la società acquirente è in condizione di esercitare in virtù dei patti parasociali sottoscritti.*

il commento

Il diniego alla cessione delle quote non denota un eccesso di potere. Il Tar Lazio torna ad occuparsi degli atti politici.

I. La sentenza n. 1897/2002, resa dalla Seconda Sezione del Tar Lazio in data 12 marzo 2002, merita di essere annotata per la sua indubbia rilevanza sia sotto il profilo della posta in gioco, che sul piano delle questioni giuridiche implicate.

Nucleo della contesa è la possibilità per la Rai di cedere il 49% di una società dalla medesima controllata, la *RaiWay*, ad un gruppo statunitense, in assenza di un'esplicita «autorizzazione» del Ministero delle Comunicazioni, che si era opposto alla vendita con il provvedimento oggetto dell'impu-

gnativa. Il Tribunale, nel respingere il ricorso della Rai, ha trattato problematiche di notevole rilievo e di non facile soluzione, come la nozione di atto politico ai fini del sindacato giurisdizionale, la natura della competenza del Ministro ad adottare un atto quale quello oggetto di impugnazione e la rilevanza dei patti parasociali.

II. L'origine della vicenda risale al 29 luglio 1999, data in cui la Rai costituiva una società, denominata *NewCo Td Spa*, cui venivano affidate le attività inerenti all'installazione ed all'esercizio degli impianti tecnici pubblici: a tal fine, in data 11 novembre 1999, la Rai otteneva l'autorizzazione ministeriale, prescritta dall'art. 1, comma 5, d.P.R. 28 marzo 1994, n. 290 (1), in cui si specificava che «*la società concessionaria può, previa autorizzazione del Ministero delle Comunicazioni, avvalersi, per attività inerenti all'espletamento dei servizi concessi, di società da essa controllate*». Si precisava, altresì, che «*ogni variazione dell'attuale assetto della NewCo Td Spa da parte di codesta società*» — la Rai — «*deve essere preventivamente autorizzata da questo Ministero*».

Le due Società, pertanto, sottoscrivevano un «*contratto di fornitura di servizi di trasmissione e diffusione*», con il quale la Rai affidava «*la fornitura dei servizi relativi all'installazione, manutenzione e gestione di reti di telecomunicazioni e la prestazione di servizi di trasmissione, distribuzione e diffusione di segnali e di programmi radiofonici e televisivi*» e *NewCo Td Spa* (poi *RaiWay*) si impegnava a garantire lo svolgimento di tali servizi «*in conformità con i livelli di servizio, copertura e continuità previsti dalla convenzione e dal contratto di servizio*», stipulato tra la Rai e l'Amministrazione concedente.

Successivamente, il 29 febbraio 2000, la *NewCo Td Spa* mutava la propria denominazione in *RayWay Spa* ed in quest'ultima società veniva conferito il ramo aziendale costituito dalle attività, beni e organizzazione, già assicurato dalla «*Divisione, diffusione e trasmissione*» della stessa Rai.

Con nota del 28 marzo 2000 la Rai, nel comunicare il trasferimento, riferiva al Ministero che l'operazione non comportava alcuna variazione negli assetti di controllo, preannunciando, però, al tempo stesso, di aver avviato la procedura di collocamento sul mercato di una quota minoritaria della sua partecipazione nel capitale di *RaiWay*.

Con contratto di compravendita stipulato il 27 aprile 2001, la Rai cedeva alla *CCR Srl* — società controllata dal gruppo americano *Crown Castle International Corporation* — le azioni rappresentative del 49% del capitale di *RayWay*; al contratto accedevano, altresì, dei patti parasociali finalizzati ad attribuire al socio di minoranza diverse prerogative e due condizioni risolutive: la mancata autorizzazione dell'Autorità garante della concorrenza e

(1) Tale decreto ha approvato la «*Convenzione per la concessione in esclusiva del servizio pubblico di diffusione circolare di programmi sonori e televisivi sull'intero territorio nazionale*» stipulata tra il Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni e la Rai.

del mercato ai sensi della legge 287/1990 ed il mancato rilascio, entro sei mesi, da parte del Ministero delle Comunicazioni di una c.d. presa d'atto dell'intervenuta cessione e del fatto che la stessa fosse conforme ai termini ed alle condizioni di cui all'autorizzazione dell'11 novembre 1999.

Mentre l'*Authority* dava sostanzialmente il via libera all'operazione, riconoscendo che da essa non derivava una posizione dominante pregiudizievole per la concorrenza, il Ministero negava invece la richiesta «presa d'atto», richiamando l'illegittimità della procedura posta in essere dalla Rai, per essersi limitata a richiedere una semplice presa d'atto, in luogo di una preventiva autorizzazione alla conclusione del contratto; dalla vendita di *Rai-Way* derivava, infatti, il conferimento di poteri di gestione e controllo al socio di minoranza, cioè a dire, una variazione all'assetto di controllo previsto nell'autorizzazione dell'11 novembre 2000, peraltro evidenziata nel provvedimento dell'*Authority*.

Tale decisione è stata impugnata dalla Rai, che ha sostanzialmente negato la sussistenza del potere autorizzatorio del Ministro. L'equivoco in cui è caduta la difesa dell'emittente televisiva risulta palese sol che si consideri l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura per carenza dell'interesse a ricorrere: tale eccezione, infatti, si fonda proprio sulla natura di «dichiarazione di scienza» attribuita all'atto dalla ricorrente, che, pertanto, proprio in virtù di quella natura (valutazione sulla regolarità dell'operazione della cessione azionaria) non avrebbe dovuto avere interesse a coltivare l'impugnativa; la difesa dell'Amministrazione, inoltre, dopo aver exceptato la carenza di giurisdizione disattesa dal Collegio ai sensi dell'art. 33, secondo comma, lettere b) e c), del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dall'art. 7 della legge n. 205/2000, ha desunto l'inimpugnabilità del provvedimento, da qualificarsi quale atto politico o di alta amministrazione e pertanto sottratto al sindacato giurisdizionale ai sensi dell'art. 31 R.D. 26 giugno 1924, n. 1054.

III. La decisione del Tar correttamente esclude che il provvedimento manifesti una mera valutazione sulla regolarità dell'operazione, poiché tale ricostruzione potrebbe sostenersi solo qualora «*la condotta della Rai, per quel che attiene alla perfezionata attività contrattuale, si sia attivata e mantenuta nei termini stabiliti dalla convenzione e dal provvedimento autorizzatorio dell'11 novembre 1999*».

Quanto, poi, alla natura dell'atto *de quo*, il Tribunale parla di «*determinazione autoritativa con la quale il Ministro delle comunicazioni, ponendosi criticamente nei riguardi della richiesta avanzata dalla Rai del rilascio di una «presa d'atto» dell'operazione commerciale de qua, ne ha denunciato il carattere anomalo in quanto successiva, e non preventiva (sotto forma di autorizzazione), alla stipula del contratto*». Sulla base di tale argomentare, viene disattesa, pertanto, l'impostazione difensiva dell'Avvocatura relativamente alla natura del provvedimento quale atto politico (su cui si dirà *infra*).

Accertata l'ammissibilità del ricorso, il Collegio rileva l'infondatezza del primo motivo con cui è dedotta l'incompetenza del Ministro ad adottare provvedimenti che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001,

n. 165 spettano ai dirigenti. A tal fine, si osserva come la decisione si richiami al concetto di potestà di vigilanza e di controllo, quale fondamento dell'atto in questione, che, implicando una responsabilità politica del Ministro, ne legittima la competenza.

Invero, la norma richiamata dalla ricorrente riproduce pedissequamente l'art. 3 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (2), che ha sancito la rigida separazione di compiti e attribuzioni fra organo di indirizzo politico e dirigenza delle Pubbliche amministrazioni, circoscrivendo le funzioni di controllo e di verifica del Ministro rispetto all'operato dei dirigenti alla verifica della rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite (3): sembra, pertanto, sulla scorta di tale distinzione tra le funzioni, che l'atto di diniego dovrebbe essere di competenza dirigenziale. La decisione in commento, tuttavia, nell'interpretare le disposizioni richiamate, correttamente valorizza un principio di responsabilità ministeriale, si direbbe fondato su un rapporto di sovraordinazione tra Ministro e dirigenti, per il quale si possa radicare una competenza in capo al Ministro anche al di là (4) dell'enumerazione — a dire il vero da più parti ritenuta tassativa (5) — delle fattispecie di cui all'art. 4 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 ed alle precedenti disposizioni in materia.

(2) Articolo sostituito prima dall'art. 2 del d.lgs n. 470 del 1993, poi dall'art. 3 del d.lgs n. 80 del 1998 e successivamente modificato dall'art. 1 del d.lgs n. 387 del 1998.

(3) Sulla separazione di attribuzioni tra Ministro e dirigenza, si veda Tar Lazio, Sez. III, sent. 8 ottobre 1996, n. 1847: «Anche dopo l'entrata in vigore del D.Lvo 3 febbraio 1993 n. 29, che ha sancito la rigida separazione di compiti e attribuzioni fra organo di indirizzo politico e dirigenza delle Pubbliche amministrazioni, circoscrivendo le funzioni di controllo e di verifica del Ministro rispetto all'operato dei dirigenti alla verifica della rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite (art. 3 D.L. vo cit.), permane tra Ministro e dirigenti generali un rapporto di sovraordinazione, dovendosi pur sempre considerare il Ministro come capo dell'Amministrazione cui è preposto, con poteri non solo di formulazione di indirizzo politico amministrativo ma anche di definizione di obiettivi e programmi, di ripartizione delle disponibilità di bilancio, di definizione di direttive generali per l'azione amministrativa, di verifica della rispondenza dell'azione amministrativa alle direttive impartite e, in caso di particolari motivi di necessità e urgenza, di avocazione a sé degli atti di competenza dirigenziale; pertanto, anche dopo l'entrata in vigore del D.Lvo n. 29 cit., permane nell'ambito dei poteri del Ministro la decisione sui ricorsi gerarchici».

(4) In tal senso, D'ORTA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, a cura di CARINCI, Milano, 1995, 217: l'Autore, peraltro, nota come tra indirizzo e gestione sussista un processo circolare di influenze reciproche, in conseguenza delle quali le indicazioni dell'art. 3 «non possono essere intese come precetto drastico e totalizzante», ma costituiscono, piuttosto, «un criterio regolatore di fondo nei rapporti tra organi di governo delle amministrazioni e burocrazia».

(5) Nel senso della tassatività sembra propendere anche la relazione governativa all'art. 3 (vedi punto 4); in dottrina, VOLPE, *Uffici pubblici: una gestione non più politica, Guida al Diritto*, n. 16 del 1998, 88; CARINCI, *La dirigenza nella seconda fase della privatizzazione: la legge delega n. 59 del 1997 e i decreti legislativi numeri 396 del 1997 ed 80 del 1998*, in CARINCI — D'ORTA, diretto da, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi per le aree dirigenziali*, Commentario, Milano, 1998, XX e XXI; in giurisprudenza si tende, più che altro, ad ampliare la sfera di competenza dei dirigenti, limitando così le funzioni di indirizzo politico a quelle indicate nella norma: Cons. di St., Sez. III, 17 novembre 1998, parere n. 1316.

IV. Nel merito la Rai contesta l'esistenza del potere autorizzatorio del Ministro per il semplice mutamento della partecipazione azionaria della società controllata, sostenendo, in altri termini, che l'ipotesi di cessione a terzi di una partecipazione azionaria come quella di specie non sarebbe disciplinata né dalla convenzione citata, né dal contratto di servizio; censura, altresì, la ricorrente, l'eccesso di potere, sotto svariati profili, in cui sarebbe incorso il Ministro nel ritenere che, con la conclusione dei patti parasociali, la Rai, contravvenendo all'impegno assunto in convenzione, non avrebbe mantenuto il controllo della *RaiWay*.

In realtà, le ragioni poste dall'Amministrazione a fondamento della determinazione negativa non sono prive di pregio: in primo luogo, la potenzialità di applicazione degli impianti di *RayWay*, così tecnologicamente avanzati da poter essere sfruttati anche per delicatissimi compiti di sicurezza; del resto, in seguito ai noti eventi dell'11 settembre, solo una gestione realmente riconducibile alla parte pubblica potrebbe garantirne la piena disponibilità. Inoltre, i patti parasociali sottoscritti parallelamente alla vendita, in sostanza, conferiscono alla società acquirente un potere di indirizzo strategico dell'attività di *RayWay* addirittura superiore a quello che rimane alla Rai (socio di maggioranza)(6). In definitiva, il controllo di *RayWay* non farebbe più capo alla concessionaria pubblica, tanto da alterare le condizioni dell'autorizzazione rilasciata dal Ministero nel 1999.

Il Tar, in definitiva, nel respingere il ricorso nel merito, ha ritenuto legittimo l'esercizio del potere discrezionale estrinsecatosi nel diniego della «presa d'atto», condividendone sostanzialmente le ragioni e sottolineando il potere di indirizzo strategico dell'attività di *RayWay* che di fatto veniva conferito al gruppo americano.

V. Esaurita la ricostruzione dei fatti e dei motivi alla base della decisione, pare a questo punto opportuno soffermarsi sulla problematica natura dell'atto politico.

Invero, l'Avvocatura, nella consapevolezza dell'eccezionalità dell'ipotesi di sottrazione al sindacato giurisdizionale di atti formalmente e soggettivamente amministrativi, ha cercato di evidenziare nell'atto in questione i connotati dell'atto di indirizzo politico, consistenti nel provenire l'atto dall'Autorità di indirizzo e di direzione al massimo livello del settore e dall'essere esso emanato nell'esercizio del potere politico, anziché nell'esercizio di attività meramente amministrativa.

(6) A tal proposito, sono interessanti nella sentenza in commento gli elementi valutativi utilizzati dal Collegio, tra i quali pare opportuno sottolineare la circostanza che per l'approvazione di numerose delibere, tutte relative alle vicende giuridiche di impianti di assoluta importanza strategica e di sicuro rilievo internazionale, fosse necessario, nell'ambito di un Consiglio d'amministrazione composto da otto membri — cinque nominati dalla Rai e tre dal *partner* — il voto favorevole di almeno due consiglieri di designazione del *partner*; e la composizione del collegio sindacale, che prevedeva una prevalenza del controllo da parte del socio americano (due sindaci su tre) e, per le materie di competenza dell'assemblea straordinaria, sia in prima sia in seconda convocazione, una maggioranza del 67%, con conseguente assegnazione al *partner* statunitense di un potere di blocco sulle delibere di tale assemblea.

È ormai condivisa la definizione dell'atto politico che ne diede il Sandulli, quale manifestazione tipica della funzione politica e di governo, mediante la quale si palesano «*l'attività di direzione suprema della cosa pubblica (l'indirizzo politico) e l'attività di coordinamento e controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si estrinseca*» (7). Nella funzione dell'atto politico è marcata, pertanto, la differenza col provvedimento amministrativo: con l'atto politico si appongono dei fini (libertà del fine), l'attività amministrativa tende al loro raggiungimento (*rectius* attuazione). Da tenere in considerazione, poi, è la libertà delle forme, derivante dalla possibilità che l'attività di governo possa provenire da un qualsiasi soggetto cui sia attribuito rilievo politico e, soprattutto, non formalmente amministrativo.

Sul piano delle fonti, si spiega che «*gli atti in cui si esprime l'attività di governo esplicano un'azione che non è di secondo grado rispetto a quella legislativa*» (8), collegandosi immediatamente e direttamente alla Costituzione o alle leggi costituzionali. Anche se, a ben vedere, una tale affermazione implica un *numerus clausus* degli atti politici, per cui il diretto collegamento tra atto politico e Costituzione ha come corollario l'impossibilità di configurare altri atti politici al di fuori di quelli implicitamente o espressamente previsti dalla Carta Costituzionale; pare, invece, più attento all'evoluzione del diritto pubblico chi (9) ha teorizzato il superamento del principio del numero chiuso ad opera di un duplice fenomeno di assoggettamento, da una parte, dell'attività politica a vincoli sempre più stretti e dall'altra di diffusione del potere politico (*devolution*): superamento che, del resto, è la causa principale delle innumerevoli difficoltà di procedere ad una sicura distinzione tra attività di governo e altre forme di attività amministrativa dai contorni imprecisi (10).

Passando alle diverse tipologie dell'atto politico, si deve sottolineare, sotto il profilo soggettivo, la rarità di precise attribuzioni di competenza compiute dall'ordinamento; riguardato l'atto politico da un punto di vista oggettivo (11), invece, si suole distinguere tra atti con forza di legge, atti con forza giurisdizionale e atti formalmente amministrativi, categoria, quest'ultima, cui è rivolto l'art. 31 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 concernente la non impugnabilità in sede giurisdizionale amministrativa degli atti politici. Per ciò che riguarda i primi due tipi, sarà sufficiente ricordare, anche al fine di evitare qualsiasi elencazione, il valore politico delle sentenze della Corte Costituzionale, da configurarsi quali atti politici in quanto esplicano la propria azione nei confronti di atti legislativi e di altri atti politici di pari livello, pur avendo i caratteri formali e l'efficacia delle sentenze (12).

(7) SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 16.

(8) SANDULLI, *op. cit.*, 17.

(9) NIGRO, *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico* (a cura di Amato — Barbera), Bologna, 1984, 804.

(10) GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 546.

(11) BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, *Enciclopedia del diritto*, 220 ss.

(12) SANDULLI, *op. cit.*, 18.

La categoria che qui maggiormente interessa, invero, è quella degli atti formalmente amministrativi, promananti dal vertice dell'ordinamento statale e regionale, nonché, contrariamente al tenore letterale dell'art. 31 citato, da autorità periferiche (13).

Anche per questa categoria non appare opportuno svolgere in tale sede un'elencazione che, del resto, mai potrebbe essere esaustiva. Pare, pertanto, più utile precisare il rapporto tra gli atti politici formalmente amministrativi e l'esonero degli stessi dal sindacato giurisdizionale, sancito dall'art. 31 del testo unico n. 1054/1924.

Tale disposizione statuisce espressamente la non impugnabilità in sede giurisdizionale amministrativa degli «*atti e provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*». Da una parte sembrerebbe di poter affermare che tale norma — che non ha mai avuto, anche per le sporadiche decisioni giurisprudenziali in materia, una grande risonanza nell'ambito del dibattito giuridico (14) — abbia trovato conforto proprio nella Carta Costituzionale all'art. 113, con la conseguente affermazione della pienezza ed assolutezza della garanzia giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi. In realtà, proprio il raccordo con l'art. 113 Cost. è stato più spesso utilizzato in senso restrittivo, arrivando a conferire valore politico a quei soli atti, estranei alla funzione amministrativa, che manifestano una volontà di indirizzo generale non idonea ad incidere su singole situazioni giuridiche soggettive. Si è osservato, a tal proposito, che in ogni caso, anche a prescindere dall'apposizione o meno dell'etichetta «politica» agli atti in questione, questi non sarebbero soggetti a sindacato giurisdizionale, «*in quanto riproducenti un contenuto fortemente discrezionale e di così ampia portata da poter incidere sulle singole situazioni soggettive attive solo in via mediata e riflessa*» (15).

Del resto si deve anche rilevare che all'interno del potere esecutivo l'attività amministrativa *strictu sensu* convive sempre più spesso con l'attività politica e di governo, conferendo, anzi, a quest'ultima, un'identità sempre più chiara e precisa, tale da poter condurre ad una quadripartizione delle funzioni dello Stato: normativa, giurisdizionale, politica e amministrativa (16).

L'atto amministrativo con «valore» politico, pertanto, è sottratto al sindacato giurisdizionale *ex art. 31*, in quanto presenta, quale elemento di discriminazione rispetto agli altri atti amministrativi una forte valenza politica, anche per l'esigenza di creare una valvola di sfogo del sistema, attraverso cui sottrarre al sindacato giurisdizionale, dichiarandone la politicità, determinati provvedimenti difficilmente apprezzabili e motivabili sotto un profilo di

(13) Cass., SS.UU., 27 febbraio 1954, n. 580, in *Foro amministrativo*, 1954, II, 1, 121.

(14) Si pensi, a tal proposito, che la legge istitutiva dei T.A.R. non comprende tra le sue disposizioni una norma analoga all'art. 31 citato.

(15) GARRONE, *op. cit.*, 545.

(16) NIGRO, *op. cit.*, 800.

pura legalità (17). Anche per tale motivo, la giurisprudenza ha posto in essere un'opera di erosione costante — dando seguito a intenti molto garantistici — dell'area degli atti di governo formalmente amministrativi, escludendo la natura politica di provvedimenti pur assistiti da amplissima discrezionalità.

Nella decisione in commento, il Tar, in definitiva, non fa altro che seguire il solido orientamento che tende a negare natura politica alla grande maggioranza degli atti formalmente amministrativi: non può il Collegio non porre in evidenza, tuttavia, le «*valutazioni implicanti profili di ampia discrezionalità*», «*in ragione della rilevante importanza strategica*» degli impianti anche per la sicurezza nazionale e valorizzare il principio di responsabilità ministeriale, quale mezzo utile a radicare in capo al Ministro una sorta di competenza trasversale che vada ben oltre i limiti posti dalle norme sulla separazione delle funzioni.

L'Avvocatura, del resto, aveva sottolineato l'altissima rilevanza economica e politica del provvedimento in questione, avendo esso ad oggetto la vendita ad una società straniera delle azioni, sia pure in misura non maggioritaria, della *RaiWay S.p.a.*, società già controllata dalla RAI, e titolare di un complesso di impianti trasmettenti e di collegamento installati su tutto il territorio nazionale, utilizzabili anche per servizi a terzi, indubbiamente di importanza strategica e di elevato rilievo internazionale.

VI. Non si può, a tal punto, considerare completo questo breve *exkursus* sulla natura dell'atto politico, senza aver prima compiuto un'ultima serie di considerazioni. Invero, proprio la suddetta erosione della politicità dell'atto, determinante la sostanziale inoperatività dell'art. 31, ha fatto sì che si assistesse ad un notevole ampliamento del concetto di atto amministrativo (18), venendosi a delineare, così, una categoria intermedia di atti posti tra gli atti politici e gli atti amministrativi: gli atti di indirizzo politico-amministrativo, tra cui spicca, appunto, la figura dell'atto di alta amministrazione.

L'individuazione di quest'ultima figura è opera della dottrina, che l'ha giustificata enucleando, all'interno della funzione amministrativa, un'attività di governo diversa dall'attività esecutiva vera e propria: la problematica che i pubblicisti si sono posti al riguardo è stata quella del fondamento giuridico, oltreché logico, di tali atti necessariamente dotati di un'ampissima discrezionalità, per poter assurgere alle funzioni di indirizzo e coordinamento, di impulso e di programmazione dell'attività dell'esecutivo (19).

Quanto all'utilità di tale figura di atto amministrativo la dottrina ha sostenuto due posizioni opposte: nel senso dell'inutilità si sono espressi

(17) Così GARRONE, *op. cit.*, 548.

(18) Sul punto, PIGA, *Attività di alta amministrazione e controllo giurisdizionale*, in *Foro amministrativo*, 1981, I, 849

(19) In tal senso NIGRO, *op. cit.*, 802.

coloro che hanno individuato nell'estrema eterogeneità la «falla» irreparabile dei provvedimenti in questione; in altri termini, questi, più che accomunati da caratteri ed effetti tipici, deriverebbero la loro sovraordinazione rispetto ai provvedimenti amministrativi *tout court* da valutazioni di carattere politico sull'importanza, in un determinato periodo, di determinate sfere di esercizio del potere pubblico (20).

D'altra parte, a sostegno dell'utilità degli atti in questione si pone chi, nel considerarli da un punto di vista più pratico che teorico, ne ha sottolineato la capacità di rafforzare l'unità di indirizzo dell'azione amministrativa, proprio in virtù della loro provenienza dal Governo (o da sue emanazioni), che quale organo di vertice dell'esecutivo, è istituzionalmente competente a determinare l'indirizzo e a curarne l'unità (21).

Per ciò che concerne la funzione dell'attività di alta amministrazione, si è affermato, con icastica espressione, che gli atti di alta amministrazione rappresentano la saldatura, peraltro indispensabile, tra gli indirizzi espressi a livello politico ed i provvedimenti di amministrazione attiva: essi «*rappresentano il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico nel campo amministrativo*» e segnano «*il raccordo tra la funzione di governo, che è espressione dello Stato-comunità, e la funzione amministrativa, che è espressione dello Stato-soggetto*», realizzandolo al più alto livello (22). L'attività di alta amministrazione «*è anzi più propriamente essa stessa attività di indirizzo politico-amministrativo. In essa è inclusa tutta una fascia intermedia di atti tra la categoria degli atti amministrativi in senso proprio, che sfugge a precise regole di inquadramento, presentando caratteri di novità mista a discrezionalità*» (23).

La titolarità soggettiva degli atti di alta amministrazione appartiene agli organi di vertice dell'amministrazione: Consiglio dei Ministri, Comitati Interministeriali, Consiglio Regionale, Consiglio Supremo di difesa e Consiglio Superiore della Magistratura. Per ciò che riguarda in particolare la titolarità in capo al Consiglio dei Ministri, essa è espressamente attribuita dall'art. 95 Cost., che affida al Presidente del Consiglio anche compiti di unità di indirizzo amministrativo, dall'art. 1, n. 1, r.d. 14 novembre 1901, n. 466, che riserva al Consiglio dei Ministri tutte le questioni attinenti all'alta amministrazione e dalla più recente legge n. 400 del 1988.

(20) In tal senso QUADRI, *I Comitati di ministri*, Milano, 1965, citato in GARRONE, *Atto di alta amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 539. Quest'ultimo A. nel ritenere l'osservazione mossa da Quadri non priva di ragioni logico-giuridiche, considera, in particolare, la difficoltà di rintracciare elementi tipici comuni ad una pluralità di atti diversi per direzione, oggetto e contenuto.

(21) Cfr. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, citato in GARRONE, *op. ult. cit.*, 539.

(22) Così, SANDULLI, *op. cit.*, 18.

(23) Così GARRONE, *op. ult. cit.*, 540.

È controverso — e con ciò si tocca una delle questioni trattate nella sentenza in rassegna — se titolari di potestà di indirizzo amministrativo possano essere anche il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i singoli Ministri, considerati nella loro individualità organica: chi ha sostenuto la tesi affermativa, ha configurato l'attività di alta amministrazione anche come attività attuativa degli indirizzi impartiti dai detentori della potestà di governo (24). In senso negativo, invece, si sono espressi coloro che, inquadrando l'attività in questione come attività di impulso, coordinamento e programmazione dell'attività amministrativa esecutiva, hanno negato la titolarità al Presidente del Consiglio dei Ministri ed ai Ministri, in quanto inidonei a costituire, separatamente ed al di fuori del Consiglio dei Ministri, organi di indirizzo amministrativo (25).

Quanto, infine, alla sindacabilità giurisdizionale degli atti in questione, essi, pur se dotati di ampia discrezionalità, non disgiunta — come si diceva *supra* — da elementi di novità, sono e rimangono, tuttavia, atti amministrativi in senso proprio: come tali, pertanto, e differentemente dall'atto politico, non sono in posizione pariordinata alla legge ed agli atti di governo, da ciò conseguendo, con sicurezza, la sindacabilità giurisdizionale, pur se condizionata alla loro rilevanza esterna ed efficacia immediata (26).

Del resto, l'utilizzazione della categoria degli atti di alta amministrazione è rivolta proprio ad allargare l'area della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della P.A., pur nella consapevolezza che tali atti, per la loro particolare valenza politica, non sono certo espressione di attività amministrativa di tipo attuativo (27)

AVV. FEDERICO BASILICA
DOTT. LUIGI MAZZONCINI

(24) Cfr. NIGRO, *op. cit.*, 815.

(25) Cfr., SANDULLI, *Manuale*, 16; GARRONE, *Attività di alta amministrazione*, 541; ROMANO S.A., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 2001, 334: quest'ultimo, in particolare, considera come l'attività di alta amministrazione sia principalmente attività di indirizzo volta a promuovere e coordinare l'azione della pubblica amministrazione, attività che non realizza direttamente i fini indicati nell'atto di indirizzo politico, essendo ordinata a stimolare e disciplinare l'attività degli organi preposti alla concreta attuazione di tali fini; ebbene, tale attività non può pertanto essere esercitata separatamente dal Consiglio dei Ministri, organo cui la legge attribuisce la scelta ed il perseguimento degli indirizzi generali politico-amministrativi. Si parla, a tal riguardo, di forza propulsiva degli atti di indirizzo amministrativo, rispetto all'ulteriore azione dei pubblici poteri.

(26) In tal senso, recentemente, Cons. St., Sez. I, n. 298/1999, in Cons. Stato, 2000, I, 464.

(27) Così, ROMANO S.A., *Commentario*, 2001, 471. Sembrerebbe di segno opposto la tesi di JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, 2001, p. 297, per il quale «oggi la giurisprudenza, molto rigorosa nel definire la natura «politica» di un atto, ne ha addirittura ampliato la portata, aggiungendo agli atti riferibili agli organi costituzionali anche i cosiddetti atti di «alta amministrazione» che, ancorché provvedimenti amministrativi, attengono a superiori esigenze di carattere generale riferite alla direzione suprema della «cosa pubblica» nella sua unità, ed hanno lo scopo di tutelare gli interessi della collettività e le istituzioni fondamentali dello Stato».

Considerata la notevole rilevanza della questione si ritiene utile pubblicare i seguenti documenti: 1. – il provvedimento ministeriale impugnato; 2. – il ricorso al Tar del Lazio della RAI; 3. – la memoria difensiva per il Ministero delle comunicazioni; 4. – l'atto di intervento «ad opponendum» del sindacato Snater; 5. – la sentenza del TAR Lazio, 12 marzo 2002, n. 1897.

doc. 1. — Il Provvedimento ministeriale impugnato. (Atto del Ministro delle Comunicazioni del 26 ottobre 2001).

«OGGETTO: Richiesta da parte della RAI S.p.a. al Ministero delle comunicazioni di presa d'atto della cessione di partecipazioni azionarie in RaiWay S.p.a.

1. La RAI Radiotelevisione Italiana S.p.a. è stata autorizzata da questo Ministero in data 11 novembre 1999, ai sensi dell'art. 1, comma 5 della convenzione Stato-Rai, ad avvalersi della società per azioni New Co.TD, da essa controllata, per lo svolgimento di attività inerenti all'installazione ed all'esercizio degli impianti tecnici.

Con la medesima autorizzazione è stato sancito l'obbligo della RAI di assicurare, anche attraverso la società controllata, il rispetto di tutti gli obblighi previsti in convenzione e nel contratto di servizio ed è stato previsto che ogni variazione dell'attuale assetto di controllo della New Co TD S.p.a. da parte della concessionaria dovesse essere preventivamente autorizzata dal Ministero, che si riservava di modificare in qualsiasi momento le condizioni di autorizzazione nonché di revocarla, fatti salvi i diritti dei terzi.

Con nota in data 27 aprile 2001 la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo ha comunicato di aver stipulato, nella stessa data, un contratto di compravendita avente ad oggetto la cessione alla CCR S.r.l., società indirettamente controllata da Crown Castle International Corp., delle azioni rappresentative del 49% del capitale della Rai Way (ex New Co. TD S.p.a.) contestualmente sottoscrivendo dei patti parasociali finalizzati a disciplinare l'esercizio delle rispettive prerogative dei soci.

Il contratto di compravendita prevede, quale condizione risolutiva, il mancato rilascio entro sei mesi dalla stipula, da parte del Ministero delle comunicazioni, di una comunicazione con la quale il Ministero prenda atto dell'intervenuta cessione del 49% del capitale della Rai Way e del fatto che tale cessione è conforme ai termini e alle condizioni della Convenzione e dell'Autorizzazione.

Ciò premesso, la RAI, fermo restando l'impegno a mantenere il controllo di Rai Way, chiede una «presa d'atto» dell'intervenuta cessione e della conferma della conformità della cessione ai termini e alle condizioni della Convenzione e dell'Autorizzazione.

Sono stati acquisiti ed esaminati i documenti inerenti l'operazione commerciale, ivi compresi l'atto di compravendita, i patti parasociali annessi e gli atti attinenti alla procedura di selezione delle offerte di acquisto (questi ultimi trasmessi con nota del 16 ottobre 2001).

2. Dall'enunciato studio della documentazione ricevuta dalla RAI in merito alla vendita di Rai Way alla C.C. risultano chiaramente i seguenti fatti. La vendita in questione riguarda le azioni della spa Rai Way, titolare di un complesso di impianti trasmettenti e di collegamento installati su tutto il territorio italiano. I detti impianti già forniscono servizi alla RAI in base ad un contratto di servizio. L'utilizzazione della rete, come riconosciuto dalla stessa richiedente nella propria istanza, comprende servizi a terzi, anche operatori in possesso di licenze di telecomunicazioni. Essi consistono, tra l'altro, in servizi di progettazione, ospitalità sulle torri, installazioni delle apparecchiature (c.d. *Tower business*).

È facile comprendere come questi impianti, che sono unici, rappresentano in primo luogo un valore incommensurabile di per sé: la loro potenzialità di applicazione è tale da poterli sfruttare anche per delicatissimi compiti di sicurezza che solo una gestione realmente riconducibile, anche indirettamente, alla parte pubblica ne possa garantire la piena disponibilità.

Tutto ciò dà al sistema che la RAI ha costituito in passato un'importanza strategica, di livello internazionale molto rilevante.

Tale interesse è di così preminente rilievo da prevalere certamente rispetto al puro e semplice interesse commerciale. Anche questo peraltro all'apparenza scarsamente tutelato, posto che la valutazione sugli impianti in questione è analoga a quella fatta nel lontanissimo 1991 dall'IRI. Circo- stanza, questa, davvero inquietante.

Le predette superiori ragioni di opportunità, anche connesse all'attuale momento storico, contribuiscono quindi a negare la richiesta «presa d'atto».

3. Va, peraltro, sottolineato che la RAI, anziché richiedere la preventiva autorizzazione così come stabilito nel provvedimento dell'11 novembre 1999 per «ogni variazione dell'attuale assetto di controllo della New Co TD S.p.a.» (ora Rai Way), ha anticipato il perfezionamento del contratto di cessione, condizionandone risolutivamente l'efficacia alla mancata «presa d'atto» dell'Amministrazione.

Infatti, contravvenendo all'impegno assunto dalla RAI circa il mantenimento del controllo di Rai Way e posto alla base dell'autorizzazione rilasciata in data 11 novembre 1999, i patti parasociali conferiscono al partner un potere di indirizzo strategico dell'attività di Rai Way addirittura superiore a quello del socio di maggioranza. Si segnalano, in particolare, tra gli altri, i seguenti punti.

1 – *Gestione della società.*

L'art. 3 lettera (C) dei patti parasociali prevede per ben sedici tipologie di delibere, cioè per la totalità delle decisioni, l'adozione con il voto favorevole di due consiglieri di designazione del partner. Pertanto, la maggioranza (su un Consiglio di amministrazione di otto membri pari a cinque) viene ad essere annullata.

2 – Collegio sindacale.

L'art. 4 dei patti parasociali prevede che la RAI designi un sindaco con funzioni di presidente e un supplente e che il partner designi due sindaci e un supplente, con la conseguenza che l'equilibrio del collegio sindacale è sbilanciato a favore del partner.

3 – Nomine.

Il *Business Development Officer (BDO)* nominato dal Consiglio di amministrazione su designazione dei consiglieri nominati dal partner, previa consultazione con la RAI, secondo quanto previsto dall'art. 6 dei patti parasociali, è figura centrale per tutto quanto attiene alla parte della società che dovrà operare in campi innovativi, di rilevante interesse strategico (i più sopra richiamati *Tower business*). Nei patti parasociali si legge che «l'amministratore delegato conferirà procura al BDO delegandogli pieni poteri, equiparabili ai poteri delegati all'AD dal CdA, limitatamente alla gestione delle attività della società nel *Tower business*. La RAI conviene che l'AD non revocherà tale procura, salvo diverse istruzioni ricevute dal CdA». È evidente che viene a mancare l'unità di guida della società; che tutta l'ampia gamma di affari del *Tower Business* (elencati nei patti parasociali) è di competenza esclusiva del BDO, con pieni poteri e rischio di conflitto con l'AD designato da RAI.

4 – Maggioranze in assemblea straordinaria.

L'art. 5 lettera (B) prevede una maggioranza del 67% per le materie di competenza dell'assemblea straordinaria sia in prima che in seconda convocazione, elevata al 75 % (art. 5 lettera D) in caso in cui la società fosse quotata in borsa.

Se ne deduce che il partner avrebbe un considerevolissimo potere di blocco sulle delibere dell'assemblea straordinaria.

5 – Divieto di concorrenza.

L'art. 9 lettera (A) dei patti parasociali prevede il divieto di concorrenza del partner per il periodo di un solo anno dalla perdita della qualità di socio.

Il dato è tanto più significativo ove si consideri che nella prima stesura dei patti parasociali predisposti dalla RAI e distribuiti a tutti gli aspiranti acquirenti il periodo di non concorrenza era stabilito in cinque anni.

Dagli elementi evidenziati risulta che grazie ai patti parasociali il controllo di Rai Way non fa più capo alla Concessionaria, con conseguente alterazione delle condizioni della autorizzazione rilasciata dal Ministero alla RAI con provvedimento 11 novembre 1999.

Pertanto, questo Ministero non può prendere atto dell'intervenuta cessione da parte di RAI a CCR S.r.l. delle azioni rappresentative del 49% del capitale di Rai Way.

doc. 2. — Il ricorso al TAR del Lazio della RAI

«RICORSO per la RAI — Radiotelevisione Italiana S.p.a., in persona del Presidente del consiglio di amministrazione e legale rappresentante *pro-tempore*, prof. Roberto Zaccaria, rappresentato e difeso, dal prof. avv. Federico Sorrentino, *contro* il Ministero delle comunicazioni, in persona del Ministro *pro-tempore*, e nei confronti di CCR S.r.l. e Crown Castle International Corp in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro-tempore*, per l'annullamento: del provvedimento in data 26 ottobre 2001, con il quale il Ministro ha espresso il proprio diniego alla «cessione da parte della Rai a CCR S.r.l. delle azioni rappresentative del 49% del capitale di RaiWay S.p.A.»; di ogni atto presupposto, connesso o conseguente.

Fatto — 1. Il 29 luglio 1999, la Rai ha costituito, con Rai Trade S.p.A. (totalmente partecipata dalla stessa Rai), una società denominata Newcotd S.p.a. (denominazione successivamente mutata in RaiWay), con capitale sociale da essa detenuto per intero (dopo l'acquisto, in data 20 aprile 2001, della quota di Rai Trade pari all'0,1%), allo scopo di avvalersene, come espressamente consentito dall'art. 1, co. 5, della Convenzione approvata con decreto del Presidente della Repubblica 28 marzo 1994, per lo svolgimento delle attività inerenti all'installazione e all'esercizio degli impianti tecnici, assicurato fino a quel momento dalla Divisione Trasmissione e Diffusione della stessa Rai.

Ottenuta, con provvedimento dell'11 novembre 1999, l'autorizzazione ministeriale prescritta a questo fine dall'art. 1, co. 5, citato, la Rai ha, quindi, trasferito a RaiWay (con atto di conferimento del 29 febbraio 2000) il ramo aziendale costituito dalle attività, beni ed organizzazione della suddetta Divisione Trasmissione e Diffusione (il ramo aziendale è costituito precisamente «dall'attività e dall'organizzazione relative alla pianificazione, alla progettazione, all'installazione, alla realizzazione, all'esercizio, alla gestione, alla manutenzione, all'implementazione e allo sviluppo degli impianti, delle stazioni, dei collegamenti e complessivamente della rete di trasmissione e diffusione dei segnali voce, video, e dati della Rai, nonché dal diritto di utilizzazione e godimento della rete degli impianti di diffusione e di collegamento»).

Il 5 giugno 2000, le due Società hanno sottoscritto un «Contratto di Fornitura di Servizi di Trasmissione e Diffusione», con il quale la Rai ha affidato a RaiWay (ai sensi del citato art. 1, co. 5, della Convenzione e giusta l'autorizzazione ministeriale dell'11 novembre 1999) «la fornitura dei servizi relativi all'installazione, manutenzione e gestione di reti di telecomunicazioni e la prestazione di servizi di trasmissione, distribuzione e diffusione di segnali e di programmi radiofonici e televisivi»; e RaiWay si è impegnata a garantire «che tali servizi vengano forniti in conformità con i livelli di servizio, copertura e continuità previsti dalla Convenzione e dal Contratto di Servizio» stipulato tra la Rai e l'Amministrazione concedente, «e le successive modifiche ed integrazioni».

2. Nel marzo 2000, in conformità agli «obiettivi di razionalizzazione attinenti gli assetti industriali, finanziari e di produttività aziendale» fissati dal Contratto di servizio e dalla Convenzione (v. in particolare, l'impegno, stabilito dall'art. 25, lettera *b*), del Contratto di servizio approvato con decreto del Presidente della Repubblica 8 febbraio 2001, «a valorizzare le sinergie fra telecomunicazioni, informativa, radio televisione, teletext»), la Rai ha deliberato di collocare sul mercato una partecipazione di minoranza (non superiore al 49%) nel capitale di RaiWay.

La delibera è stata comunicata al Ministero, con nota del 28 marzo 2000, richiedendosi espressamente, in riscontro, il rilascio di un'attestazione di conformità dell'operazione alla Convenzione e all'autorizzazione dell'11 novembre 1999.

La procedura, finalizzata alla selezione dell'acquirente della quota azionaria, è stata espletata con l'assistenza di due autorevoli *advisors* internazionali (Merrill Lynch, per la parte finanziaria e Grimaldi Clifford Chance, per la parte legale) e sottoposta, per una maggiore garanzia di trasparenza, al monitoraggio dall'azionista IRI-Rai Holding, che si è avvalso, a sua volta, di due *advisors* di primario livello (Rotschild e Lazard).

All'esito della selezione (il 23 febbraio 2001), la Società Crown Castle International Corp è stata ammessa a partecipare alla trattativa finale sulle condizioni e i termini della sua offerta vincolante; e, il 27 aprile 2001, le parti hanno sottoscritto un contratto di compravendita azionaria, con il quale si conviene:

a) la cessione alla CCR S.r.l., società italiana costituita dalla holding statunitense Crown Castle Europe LLC (interamente controllata dalla Crown Castle International Corporation), di una quota pari al 49% del capitale di RaiWay contro il versamento di lire 791,4 miliardi (offerta che corrisponde a oltre 7 volte il valore contabile degli impianti);

b) l'automatica risoluzione dell'accordo di cessione, nel caso di «mancato rilascio dell'incondizionata autorizzazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi e per gli effetti della legge n. 287/1990», «e/o di mancato rilascio da parte del Ministero dell'attestazione di conformità dell'operazione alla Convenzione e all'autorizzazione dell'11 novembre 1999, entro il termine di sei mesi dalla data di stipulazione del contratto (27 aprile 2001)».

Lo stesso 27 aprile 2001, l'operazione è stata quindi comunicata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e (nuovamente) al Ministero.

L'Autorità Antitrust, con provvedimento prot. 9859 dell'8 agosto 2001, ha ritenuto di non dover avviare l'istruttoria di cui all'art. 16, co. 4, della legge n. 287/1990 e analoga determinazione ha assunto l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con parere del 6 agosto 2001.

Il Ministero, invece — ritenendo che l'operazione dovesse essere preventivamente autorizzata — ha atteso il 26 ottobre 2001 (data di scadenza del termine fissato in contratto per la «risoluzione dell'accordo di cessione»), per negare, con il provvedimento dello stesso Ministro delle comunicazioni, che s'impugna, «la presa d'atto», in quanto:

– gli impianti di RaiWay avrebbero una «potenzialità di applicazione tale da poterli sfruttare anche per delicatissimi compiti di sicurezza» e «solo una gestione realmente riconducibile, anche indirettamente, alla parte pubblica» ne potrebbe garantire la piena disponibilità;

– la valutazione degli impianti in questione sarebbe analoga a quella fatta nel 1991 dall'IRI; «circostanza, questa,» ritenuta dal Ministro «inquietante»;

– i patti parasociali conferirebbero al «partner un potere di indirizzo strategico dell'attività di RaiWay addirittura superiore a quello del socio di maggioranza». Tale conclusione sarebbe suffragata, in particolare, dalle previsioni contenute negli articoli 3, lettera *c*); 4: 5, lettera *b*), 6 (con riferimento alla nomina del Business Development Officer) e 9, lettera *a*);

– in conclusione, il controllo di RaiWay non farebbe più capo alla Rai, «con conseguente alterazione delle condizioni dell'autorizzazione rilasciata dal Ministero alla Rai con provvedimento dell'11 novembre 1999».

Per effetto del suddetto provvedimento, la Crown Castle ha chiesto la risoluzione del contratto (ai sensi dell'art. 8.4 dello stesso contratto) e la Rai ha dovuto restituire alla stessa il prezzo delle azioni, pari a lire 791, 4 miliardi, e gli interessi maturati dal 27 aprile 2001.

3. Il provvedimento è errato e gravemente lesivo per la Rai.

L'operazione vietata dal Ministro infatti (senza in alcun modo comportare, in ossequio all'art. 1, co. 5 della Convenzione, la perdita del controllo di RaiWay), risulta di notevole convenienza sotto il profilo economico (convenienza accentuata dal recente forte calo dei mercati mondiali), ed è, inoltre, funzionale al perseguimento degli obiettivi di efficienza e di competitività imposti alla concessionaria dal Contratto di servizio, e, segnatamente, all'impegno, stabilito dall'art. 25, commi 1, lettera *b*), e 2 dello stesso, di «valorizzare le sinergie fra telecomunicazioni, informatica, radio, televisione, tele-text» e di «estendere la gamma dei servizi gestiti in compartecipazione con società e gruppi nazionali ed esteri, in modo da articolare il suo carattere di impresa e di acquisire nuove competenze e tecnologie».

La Rai ha quindi interesse all'annullamento dell'atto in epigrafe e ad una conseguente pronuncia dell'Ecc.mo Tribunale, che, disponendo la reintegrazione in forma specifica, emetta un provvedimento che tenga luogo della «presa d'atto» negata dal Ministro (o condanni l'amministrazione a rilasciare la dichiarazione di presa d'atto con effetto retroattivo alla data del 26 ottobre 2001), non solo allo scopo di verificare con la contraente Crown Castle la possibilità di riaprire le trattative ovvero, in subordine, al fine di ottenere il risarcimento degli ingentissimi danni subiti; ma soprattutto perché il suddetto atto, affermando che «gli impianti di RaiWay hanno una potenzialità di applicazione tale da poterli sfruttare anche per delicatissimi compiti di

sicurezza» e, quindi, solo «una gestione riconducibile, anche indirettamente, alla parte pubblica potrebbe garantirne la piena disponibilità», finisce con lo stabilire un divieto generale di procedere — anche in futuro, quindi, e, indipendentemente dal mantenimento del controllo — alla collocazione sul mercato delle azioni di RaiWay.

Donde la presente impugnazione affidata ai seguenti motivi di diritto.

Sulla natura dell'atto impugnato 3.1. L'atto impugnato ha invero natura ibrida. Come sarà meglio spiegato in seguito, l'operazione di cessione per cui è causa non è sottoposta ad alcuna autorizzazione, né, anzi, è in alcun modo disciplinata dalla Convenzione o dal Contratto di servizio tra la Rai e l'Amministrazione concedente.

Le parti, tuttavia, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale e allo scopo di offrire alla contraente, Crown Castle, una garanzia del consenso delle autorità italiane alla cessione, hanno convenuto l'automatica risoluzione dell'accordo, non soltanto nel caso di mancata autorizzazione da parte dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, ma anche in quella di mancato rilascio da parte del Ministero di un'attestazione di conformità della stessa operazione alla Convenzione e all'autorizzazione dell'11 novembre 1999.

L'atto che s'impugna avrebbe, dunque, sotto questo aspetto, natura di dichiarazione di scienza, il Ministero essendo stato chiamato dalle parti ad esprimere una valutazione sulla regolarità dell'operazione, non prevista dalla legge.

Il Ministro, tuttavia, nel dare riscontro all'istanza delle parti, ha espresso un diverso avviso, ritenendosi investito di un vero e proprio potere autorizzatorio da esercitarsi in via preventiva.

Si legge, infatti, nell'atto che si impugna che la Rai «anziché richiedere l'autorizzazione preventiva», «ha anticipato il perfezionamento del contratto di cessione, condizionandone risolutivamente l'efficacia alla mancata «presa d'atto» dell'Amministrazione».

D'altra parte, il Ministro non ha vietato la cessione per aver riscontrato violazioni della Convenzione o dell'autorizzazione dell'11 novembre 1999; ossia con riferimento ai parametri di valutazione indicati dalle parti.

Le considerazioni che il Ministro formula al riguardo attengono unicamente alla pretesa perdita di controllo di RaiWay e sembrano invero quasi un *obiter dictum* nell'economia dell'atto impugnato; ove, infatti, si legge che l'operazione deve essere vietata a causa di «superiori ragioni di opportunità» e che «va peraltro sottolineato» che la cessione conferirebbe «al partner un potere di indirizzo strategico dell'attività di RaiWay addirittura superiore a quello del socio di maggioranza».

In considerazione, pertanto dei contenuti anche provvedimentali dell'atto in epigrafe e, in ogni caso, della circostanza che esso promana dal Ministero concedente, il quale si è, espressamente riconosciuta una potestà autorizzatoria in ordine all'operazione per cui è causa, esso viene impugnato dinanzi a codesto Ecc.mo Tribunale.

Incompetenza. Violazione degli articoli 4, commi 2 e 3 e 14, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 in relazione all'art. 97 della Costituzione. 4. Ai sensi dell'art. 4, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001 (che riproduce pedissequamente l'art. 3 del D.Lgs. n. 29/1993) l'adozione degli atti e dei provvedimenti di competenza dei Ministeri e le relative responsabilità spettano ai dirigenti e non ai Ministri, cui compete invece l'indirizzo politico-amministrativo.

Non si vede pertanto come il Ministro possa avere ritenuto di sostituirsi alla propria direzione generale, in una materia così delicata, che comportava un'approfondita indagine istruttoria sulla disciplina contrattuale predisposta dalle parti e sul controllo di una società.

Né si dica che venivano in considerazione valutazioni di ordine politico di competenza del vertice dell'Amministrazione, dal momento che si trattava, molto più semplicemente, di verificare, alla stregua di quanto previsto nel contratto e nell'ambito dei poteri che spettano al concedente sul concessionario, la conformità dell'operazione alle regole che governano la concessione.

Sotto questo profilo — tenuto anche conto che la distinzione, enfatizzata nelle più recenti leggi, tra il ruolo del Ministro e quello del dirigente si riconnette al dovere d'imparzialità della pubblica amministrazione — l'avocazione da parte del Ministro concreta non solo la violazione degli artt. 4 e 14 del D.Lgs. n. 165/2001, ma anche quella dell'art. 97 della costituzione.

II. Eccesso di potere per sviamento. Difetto d'istruttoria e di motivazione. Errore nei presupposti. Violazione e/o falsa applicazione di legge. 5. Il Ministero delle comunicazioni esercita nei confronti della concessionaria poteri di controllo e di verifica, nonché poteri di vigilanza «sull'osservanza degli obblighi derivanti dal contratto» di servizio.

I casi in cui al Ministero spetta un potere autorizzatorio, rispetto a singole operazioni di gestione, sono specificamente e tassativamente individuati dalla convenzione e dal contratto di servizio.

Per quanto qui interessa:

– l'art. 1, co. 5, della Convenzione stabilisce che la società concessionaria può, previa autorizzazione del ministero delle poste e telecomunicazioni, avvalersi, per attività inerenti all'espletamento dei servizi concessi, di società da essa controllate»;

– il Contratto di servizio, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 8 febbraio 2001 specifica che «la concessionaria è tenuta, anche attraverso le società controllate, ad assicurare il rispetto di tutti gli obblighi previsti nella convenzione e nel contratto di servizio, con particolare riferimento all'art. 5 della convenzione (attività consentite alla concessionaria) e agli articoli 15 (qualità e disponibilità tecnica del servizio), 16 (copertura del servizio di radiodiffusione televisiva) e 17 (copertura del servizio di radiodiffusione sonora in modulazione di frequenza) del presente contratto di servizio».

Alla stregua delle suddette disposizioni, deve pertanto ritenersi che il Ministero possa legittimamente negare l'autorizzazione in parola solo nel caso in cui riscontri: il difetto del requisito del controllo societario; ovvero, che la gestione degli impianti attraverso la controllata arrechi pregiudizio all'assolvimento dei compiti di servizio pubblico imposti alla Rai.

L'ipotesi che ricorre nel caso di specie, cessione a terzi di una partecipazione azionaria nel capitale di società costituita dalla Rai ai sensi dell'art. 1, co. 5, citato, non è, invece, disciplinata né dalla Convenzione, né dal contratto di servizio.

Dalla disciplina stabilita dall'art. 1, co. 5, della Convenzione può invero solo inferirsi *a contrario*:

- il divieto per la Rai di alienare partecipazioni di maggioranza;
- l'obbligo (pur in difetto, si ripete, di una disposizione che lo prescriva) di comunicare preventivamente al Ministero le operazioni di cessione, allo scopo di consentire all'Amministrazione concedente l'esercizio dei poteri di controllo ad essa spettanti in base alla legge e al rapporto di concessione.

Non si può, invece, configurare, nel silenzio della norma, un obbligo per la Rai di richiedere una preventiva autorizzazione ogni volta che proceda alla dismissione di una partecipazione di minoranza nel capitale delle suddette società.

È evidente, infatti, che, se la dismissione comporta la perdita del controllo, essa è per ciò solo vietata dalla Convenzione e l'eventuale autorizzazione del Ministero non servirebbe a renderla legittima (sarebbe dunque *inutiliter data*); se, invece, viene deliberata la cessione di una partecipazione di minoranza, a seguito della quale la Rai continua a detenere il controllo della società di cui trattasi, non può ritenersi necessario il rilascio di un'altra autorizzazione, oltre quella già ottenuta per costituire la società, nulla essendo mutato rispetto al requisito (accertato con la prima autorizzazione) richiesto dall'art. 1, co. 5, della Convenzione: ossia la sussistenza del controllo societario.

La disposizione, infatti, con il prescrivere che la Rai può avvalersi, per l'esercizio dei servizi concessi, di società controllate, ammette implicitamente ma, inequivocabilmente, che anche soggetti diversi dalla Rai possano detenere partecipazioni — purché di minoranza — nelle stesse società: altrimenti la norma avrebbe imposto alla Rai di avvalersi solo di società da essa interamente partecipate.

Non può non rilevarsi del resto l'irragionevolezza di una norma che, per un verso, consentisse alla Rai di gestire i servizi concessi attraverso società separate, ai fini di una migliore efficienza e competitività, e poi, per il caso di effettivo esercizio di tale facoltà, prevedesse incomprensibili appesantimenti procedurali (la necessità appunto di richiedere autorizzazione al Ministero anche per la cessione di una sola azione della società).

Sulle «superiori ragioni di opportunità» che si opporrebbero alla «presa d'atto».

6. Ciò premesso, il provvedimento qui impugnato vieta la cessione del 49% delle azioni di RaiWay anzitutto a causa di «superiori» (e non meglio specificate!) «ragioni di opportunità, anche connesse all'attuale momento storico», e, solo in via del tutto subordinata («va, peraltro sottolineato ...»), perché la Rai avrebbe concluso un'operazione idonea a comportare la perdita del controllo di RaiWay, in violazione dell'autorizzazione dell'11 novembre 1999.

Si legge, infatti, nell'atto ministeriale del 26 ottobre, anzitutto, che gli impianti di RaiWay «sono unici, rappresentano in primo luogo un valore incommensurabile di per sé: la loro potenzialità di applicazione è tale da poterli sfruttare anche per delicatissimi compiti di sicurezza che solo una gestione realmente riconducibile, anche indirettamente, alla parte pubblica ne possa garantire la piena disponibilità».

Ciò comporta che, come già sottolineato in narrativa, l'atto del Ministro finisce con il vietare, non già solo la cessione per cui è causa, ma la stessa alienazione a terzi delle partecipazioni azionarie, di qualunque entità, nel capitale di RaiWay, consacrando gli impianti della stessa all'utilizzo per «compiti di sicurezza» e «statuendo» che gli stessi debbono rimanere nella gestione pubblica.

Ora, è notorio anzitutto che quegli impianti non sono 'unici'; sicché il Ministro avrebbe dovuto congruamente motivare il convincimento secondo il quale gli altri «impianti trasmettenti e di collegamento installati sul territorio italiano», diversi da quelli di RaiWay, non sarebbero idonei agli scopi di «importanza strategica» che esso prefigura senza peraltro specificare.

In ogni caso, ove pure fosse dimostrato che gli impianti di RaiWay sono «unici», ciò non basterebbe a fondare il divieto del Ministro all'operazione per cui è causa.

Il Ministero e il Governo dispongono, infatti, di poteri autoritativi che, in caso di pericolo per la sicurezza nazionale, si imporrebbero comunque al proprietario degli impianti, anche se privato.

Si fa riferimento anzitutto allo strumento generale della requisizione; ma soccorrono anche disposizioni specifiche della disciplina di settore. La legge 6 agosto 1990, n. 223 prevede, per esempio, che «in caso di pubblica emergenza (...) il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della difesa, dell'interno e delle poste e telecomunicazioni, può disporre che le radiofrequenze assegnate ai concessionari privati siano temporaneamente utilizzate dai competenti organi dello Stato che ne abbiano necessità»; il piano nazionale di assegnazione delle frequenze per la radio-diffusione televisiva (Delib. Autorità garanzie del 30 ottobre 1998) stabilisce poi che alcune frequenze siano riservate al Ministero della Difesa, che le utilizza in esclusiva.

Il tutto per tacere poi del fatto che la tesi del Ministro secondo la quale determinati impianti, in ragione della loro importanza, devono restare di proprietà pubblica, si pone in patente contraddizione con il processo di progressiva privatizzazione di importantissimi enti pubblici avviato dal legislatore con il decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, che ha trasformato in società per azioni l'IRI, l'ENI, l'ENEL, l'INA.

Ugualmente significative risultano, del resto, l'avvenuta privatizzazione delle FS, ora Rete Ferroviaria Italiana S.p.a., nonché l'abolizione di tutti i diritti speciali ed esclusivi per l'installazione di reti di telecomunicazioni, effettuata con il decreto del Presidente della Repubblica 19 settembre 1997, n. 318 («Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni»).

Quanto poi alla disciplina speciale, relativa al settore radiotelevisivo, non può non apparire rilevante che: *a)* l'art. 2, della legge 6 agosto 1990, n. 223, a termini del quale «il servizio pubblico radiotelevisivo è affidato mediante concessione ad una società per azioni a totale partecipazione pubblica» sia stato abrogato proprio limitatamente alle parole «a totale partecipazione pubblica», con il decreto del Presidente della Repubblica 28 luglio 1995, n. 315, in esito al referendum i cui risultati sono stati proclamati con d.R.R. 5 aprile 1995; e *b)* che la stessa Convenzione, nel consentire alla Rai di avvalersi di società controllate (e non interamente partecipate!) per l'esercizio dei servizi concessi (tra i quali, si noti, rientra proprio «l'installazione e l'esercizio tecnico degli impianti destinati alla diffusione di programmi sonori e televisivi ed i connessi collegamenti di tipo fisso per la produzione e la distribuzione») consente, anche se implicitamente, il trasferimento degli impianti alle suddette società.

In definitiva, nessuna norma, né di legge, né di convenzione impone positivamente la conservazione della titolarità esclusiva degli impianti da parte della concessionaria. Sicché il divieto del Ministero ad eventuali operazioni di dismissioni di partecipazioni azionarie possedute dalla Rai in proprie controllate, ai sensi dell'art. 1, co. 5 della Convenzione, può essere legittimamente espresso solo: *a)* nel caso in cui la cessione comporti la perdita del controllo; *b)* nel caso in cui il passaggio della gestione ad altra società comporti un pregiudizio (che deve essere però argomentato con adeguata istruttoria e non semplicemente affermato) all'assolvimento dei compiti di pubblico servizio imposti alla Rai.

Condizioni, queste, che, come sarà meglio spiegato in seguito, qui non ricorrono.

Deve, invece, escludersi la sussistenza in capo al Ministro del potere di vietare le suddette operazioni alla stregua di valutazioni di opportunità, peraltro non argomentate, né in alcun modo supportate da istruttoria.

6.1. Si segnala, in ogni caso, che alcuni — forse i più importanti — degli impianti della Rai sono espressamente esclusi dalla compravendita azionaria, come risulta dall'allegato 8 del contratto («Proprietà non trasferite»); rispetto ad essi, le parti hanno solo convenuto che «non appena sarà ragionevolmente possibile», RaiWay acquisterà «i diritti di Rai (di proprietà o di altro tipo)».

Resta, invece, del tutto esclusa la trasferibilità dei «Siti Rai», il contratto prevedendo unicamente che la Rai «concederà alla Società diritti di godimento o di locazione (dietro pagamento di un «Costo Annuo per Housing») in relazione alle aree sulle quali sono situati beni della Società».

Anche per questa ragione, «i timori» del Ministro sono privi di fondamento.

Sulla valutazione degli impianti. 7. Per le ragioni già illustrate, deve parimenti censurarsi l'illegittimità dell'atto qui impugnato, nella parte in cui fa discendere il diniego all'operazione da considerazioni afferenti la pretesa incongruità della valutazione degli impianti di RaiWay.

Si legge, infatti, nel provvedimento che la valutazione degli impianti sarebbe «analoga a quella fatta nel lontanissimo 1991 dall'Iri»; «circo- stanza, questa» che apparirebbe «davvero inquietante».

Ora, anzitutto, come già sottolineato, non può riconoscersi in capo al Ministro il potere di vietare l'operazione alla stregua di criteri diversi da quelli indicati dalla Convenzione, che peraltro espressamente rimette «le verifiche sull'andamento della gestione della concessionaria», sotto il profilo della efficienza e della economicità (e, quindi, anche la verifica, sull'economicità delle singole operazioni di gestione compiute dalla stessa) al Ministero del Tesoro, d'intesa con quello delle Comunicazioni: mentre in questo caso il Ministero del Tesoro non sembra che sia stato neppure 'sentito'.

In ogni caso, si ripete, l'operazione di compravendita azionaria è stata compiuta dalla Rai avvalendosi dell'assistenza di due autorevoli *advisors* internazionali (Merrill Lynch, per la parte finanziaria e Grimaldi Clifford Chance, per la parte legale) e l'Iri, insieme Rai Holding, ha monitorato l'intera procedura di selezione, avvalendosi, a sua volta, di propri *advisors* di primario livello (Rotschild e Lazard), garantendone la trasparenza e la regolarità.

Non corrisponde infine al vero che la valutazione «fatta nel lontanissimo 1991», sia stata effettuata dall'Iri, come si legge nel provvedimento in epigrafe.

Sotto questo aspetto, non può non denunciarsi, oltre alla falsità dei presupposti, il gravissimo difetto istruttorio del provvedimento impugnato, essendo la valutazione del 1991 del tutto irrilevante ai fini che qui interessano ed avendo lo stesso Ministro, soltanto due giorni dopo, riconosciuto il proprio errore su questo punto (v. lettera al Sole 24 Ore che si deposita).

Il provvedimento, tuttavia, resta fondato anche su questo errore.

III. *Violazione e/o falsa applicazione di legge; Travisamento. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione. Errore di fatto.* 8. Solo in via del tutto subordinata, l'Amministrazione prende infine in esame, nel provvedimento in epigrafe, l'unico profilo dell'operazione che la Convenzione (e le parti con la previsione contrattuale) rimette alla sua valutazione in ipotesi di cessione: ossia l'assetto di controllo di RaiWay.

Anche con riferimento a questo aspetto dell'operazione, tuttavia, il convincimento del Ministro è frutto di un errore, più precisamente di un travisamento dei contenuti del contratto, a causa, anche qui, del difetto assoluto d'istruttoria.

Si legge, infatti, nel provvedimento, che «va, peraltro sottolineato che la Rai anziché richiedere la preventiva autorizzazione, così come stabilito nel provvedimento dell'11 novembre 1999 per «ogni variazione dell'attuale assetto di controllo della New Co TD S.p.a.» (ora la RaiWay), ha anticipato il perfezionamento del contratto di cessione, condizionandone risolutivamente l'efficacia alla mancata «presa d'atto» dell'Amministrazione» e

che «i patti parasociali conferiscono al partner un potere di indirizzo strategico dell'attività di RaiWay addirittura superiore a quello del socio di maggioranza».

La conclusione che il Ministro trae dalle suddette disposizioni dei patti parasociali, secondo la propria immotivata interpretazione, è che vi sarebbe stata nella specie «alterazione delle condizioni dell'autorizzazione rilasciata dal Ministero alla Rai con provvedimento 11 novembre 1999».

Giova analizzare partitamente i diversi profili del ragionamento seguito.

Sulla necessità della previa autorizzazione. 8.1. Nel richiamare le considerazioni sopra svolte sub 5, a proposito dell'inconfigurabilità di un potere autorizzatorio del Ministero (meno che mai in via di prevenzione), rispetto ad operazioni come quella per cui è causa, si precisa quanto segue.

La Rai ha comunque comunicato preventivamente l'operazione di cessione al Ministero con la nota del 28 marzo 2000, nel quadro dei doveri d'informazione che incombono alla stessa per effetto del rapporto di concessione; inoltre, stipulato il contratto con la Crown Castle, ha nuovamente sollecitato il Ministero ad esprimersi in ordine alla cessione, con nota del 27 aprile 2001: la richiesta di una «presa d'atto» da parte dell'Amministrazione essendo stata sollecitata proprio dal contraente Crown Castle.

Poiché peraltro l'art. 8 del contratto prevede che il mancato rilascio di una comunicazione di presa d'atto da parte del Ministero comporta la risoluzione automatica dello stesso e poiché, di fatto, esso è rimasto privo di effetti a causa del diniego oggetto d'impugnazione, risulta specioso il rilievo secondo il quale «la Rai non avrebbe richiesto la preventiva autorizzazione» dell'operazione.

Sulla perdita del controllo di RaiWay. 8.2. Ad avviso del Ministro, «contravvenendo all'impegno assunto dalla Rai circa il mantenimento del controllo di RaiWay», i patti parasociali — e, in particolare, gli articoli 3, lettera c), 4, 5, 6 e 9 conferirebbero al «partner un potere di indirizzo strategico dell'attività di RaiWay addirittura superiore a quello del socio di maggioranza».

Ora, come si è più volte precisato, la Convenzione stabilisce l'obbligo per la Rai di mantenere il controllo delle società delle quali si avvale per l'esercizio dei servizi concessi.

Il termine controllo deve essere inteso nel senso stabilito dall'art. 2359, comma 1 (così stabilisce anche la legge n. 23/1990, ai fini delle disposizioni ivi previste), e, quindi, con riferimento a situazioni in cui la Rai disponga:

a) della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; ovvero;

b) di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante.

Per la nozione di influenza dominante possono ricavarsi elementi dall'art. 37, co. 1, n. 223/1990, che la ritiene esistente, salvo prova contraria, «quando ricorrano rapporti di carattere finanziario o organizzativo che consentano anche una sola delle seguenti attività:

– la comunicazione degli utili o delle perdite;

– il coordinamento della gestione dell'impresa radiotelevisiva con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune o ai fini di limitare la concorrenza tra le imprese stesse;

– una distribuzione degli utili o delle perdite diversa, quanto ai soggetti o alla misura, da quella che sarebbe avvenuta in assenza dei rapporti stessi;

– l'attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati in base all'assetto proprietario di poteri nella scelta degli amministratori e dei dirigenti di imprese radiotelevisive, nonché dei direttori delle testate trasmesse».

* * *

L'esame dell'accordo di cessione, alla stregua dei suindicati criteri, consente di dimostrare, contro l'erronea tesi del Ministro, che esso non comporterebbe affatto per la Rai la perdita del controllo di RaiWay, soprattutto con specifico riferimento all'esercizio dei servizi concessi.

Ed invero, anzitutto, la Rai conserva il 51% delle azioni di RaiWay: quindi, ai sensi dell'art. 2359, co. 1, la «maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria».

Inoltre, nei patti parasociali non sono ravvisabili «sindacati di voto» tali da vanificare il controllo, che è, invece, positivamente garantito già dall'art. 1 (recante «principi generali»), il quale stabilisce che:

il ruolo di CCR «sarà rivolto allo sviluppo, attraverso l'utilizzo del know-how e delle competenze manageriali di cui il Partner e Crown Castle sono in possesso, di nuovi settori di attività al fine di valorizzare gli assets di cui è attualmente proprietaria» RaiWay;

sicché, il *coinvolgimento del partner nella gestione della società*, oltre a riguardare settori di attività non interessati dal servizio pubblico, *viene consentito «fermo restando che l'effettivo controllo della gestione complessiva della Società resterà di competenza della Rai, quale socio di maggioranza assoluta, in conformità alle prescrizioni di legge e regolamentari applicabili alla Società, nonché all'autorizzazione rilasciata dal Ministero delle Comunicazioni in data 11 novembre 1999».*

Il principio è poi ulteriormente specificato dalle disposizioni di cui alle lettere *c)* e *d)* dello stesso art. 1, che stabiliscono, rispettivamente, che la gestione della Società e quindi l'attività di tutti i suoi organi sarà sempre informata al pieno rispetto e adempimento del Contratto di fornitura» e della Convenzione; e che *«i consiglieri ed il management della Società informeranno la propria attività gestionale all'insieme dei principi sanciti nel presente art. 1».*

Tale disposizione, che costituisce una sorta di clausola di chiusura della complessiva disciplina contrattuale, è stata del tutto ignorata dal Ministro.

Del tutto infondate ed erronee sono invece le censure avanzate con riferimento alle disposizioni dei patti qui di seguito esaminate.

L'art. 3 lettera *c)* dei patti parasociali, prevede è vero, per 16 tipologie di delibere, l'adozione con il voto favorevole di due consiglieri di designazione

del partner; ma ciò non consente di affermare come fa il Ministro che, «per tanto» «la maggioranza (su un Consiglio di amministrazione di otto membri pari a cinque) viene ad essere annullata».

Deve, infatti, sottolinearsi che la maggioranza qualificata ivi indicata non trova applicazione, per espressa previsione della successiva lettera *d*) dello stesso articolo, con riferimento «ad attività, adempimenti ed investimenti richiesti ai sensi del Contratto di fornitura, agli eventuali rinnovi del Contratto di fornitura e alle modifiche che potranno essere apportate al medesimo, che siano necessarie perché la Rai adempia alle proprie obbligazioni ai sensi della Convenzione».

* * *

L'art. 4 consente così al partner di nominare due sindaci e un supplente del Collegio sindacale; ma, viste le competenze di controllo spettanti al collegio in parola (l'art. 2403, co. 3, c.c. consente peraltro ai sindaci di «procedere anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo») e considerato che lo stesso articolo rimette alla designazione della Rai un sindaco effettivo con funzioni di Presidente e un sindaco supplente, non si può davvero ritenere che la disposizione contribuisca a determinare la sostanziale perdita di controllo di RaiWay da parte della Rai.

L'art. 6 prevede che il Business Development Officer (BDO), «figura centrale per tutto quanto attiene alla parte della società che dovrà operare in campi innovativi, di rilevante interesse strategico (Tower business)», sia nominato su designazione dei consiglieri indicati dal partner; con la conseguenza, secondo il Ministro, che «verrebbe» così «a mancare l'unità di guida della società, con rischi di conflitto con l'amministratore delegato designato dalla Rai su aspetti fondamentali dell'attività sociale».

Al riguardo occorre però specificare che, anzitutto, il «settore strategico» denominato «Tower Business comprende attività estranee al servizio pubblico esercitato dalla Rai («per «Tower Business» si intende la fornitura di infrastrutture wireless e relativi servizi ad operatori *wireless*, inclusi operatori telefonici, operatori wireless «local loop», operatori Tetra, UMTS e di altra tecnologia mobile, esistente o futura inclusa la locazione di siti/antenne e servizi di collocazione, servizi «*built-to-suit*», programmazione di rete e design, ricerca ed acquisizione di siti, design e costruzione di siti, installazione e «commissioning» di siti, ottimizzazione della rete, manutenzione delle infrastrutture, gestione e manutenzione della rete e relativi servizi di trasmissione a microonde o fibre»).

Inoltre, l'art. 6 rimette alla Rai la nomina dell'Amministratore delegato, stabilendo che il BDO eserciti i poteri che lo stesso Amministratore delegato gli conferisce, attraverso apposita procura, revocabile dal Consiglio di amministrazione.

* * *

L'art. 5 lettera *b*) e *d*) prevede, per l'assemblea straordinaria, quorum che, secondo il Ministro, consentirebbero al partner «un considerevolissimo potere di blocco sulle delibere».

Tuttavia, considerato che l'art. 2365 c.c. rimette alla competenza dell'assemblea straordinaria le delibere sulle modificazioni dell'atto costitutivo e sull'emissione di obbligazioni, nonché sulla nomina e sui poteri dei liquidatori a norma degli articoli 2450 e 2452 c.c., il rilievo del Ministro appare subito destituito di fondamento.

Quanto alle modifiche dell'atto costitutivo, infatti, opera in ogni caso la regola di chiusura stabilita dall'art. 1, sicché non potranno essere approvate modificazioni che interferiscano con il libero e pieno svolgimento da parte di RaiWay del servizio pubblico; inoltre, lo stesso articolo, stabilisce espressamente che «per le delibere relative ad aumenti di capitale necessari a finanziare gli investimenti richiesti dalla Società per adempiere le proprie obbligazioni ai sensi del Contratto di fornitura», si «applicheranno le maggioranze di legge».

Del tutto inconferente ai fini dell'assetto di controllo di RaiWay, è, infine, il rilievo del Ministro secondo il quale l'art. 9 lettera a) dei patti parasociali prevederebbe il divieto di concorrenza del partner per un periodo, un anno dalla perdita della qualità di socio, troppo breve. Né si comprende, invero, perché «il dato» sarebbe «tanto più significativo ove si consideri che nella prima stesura dei patti parasociali predisposti dalla Rai e distribuiti a tutti gli aspiranti acquirenti il periodo di non concorrenza era stabilito in cinque anni».

* * *

8.3. Alla luce di tutto quanto sopra, risulta destituita di fondamento l'asserzione del Ministro secondo la quale l'accordo di cessione per cui è causa determina la perdita di controllo di RaiWay e comporta una «alterazione delle condizioni dell'autorizzazione rilasciata dal Ministro alla Rai con il provvedimento 11 novembre 1999».

IV. *Violazione e/o falsa applicazione di legge. Carezza di potere.* 9. Deve, infine, sottolinearsi che il provvedimento in epigrafe risulta addirittura emesso in carezza di potere, nella parte in cui, per «superiori ragioni di opportunità», vieta alla Rai l'utilizzazione della rete per l'esercizio di attività nel c.d. Tower Business; stabilendo che «solo una gestione realmente riconducibile, anche indirettamente, alla parte pubblica ne possa garantire la piena disponibilità».

Al riguardo, oltre alle considerazioni sopra svolte *sub* 6, deve infatti osservarsi che, l'art. 5, co. 1 della Convenzione e l'art. 29, co. 4, lettera b), consentono espressamente alla Rai di esercitare attività connesse all'oggetto sociale — tra le quali devono senz'altro annoverarsi quelle afferenti il settore delle telecomunicazioni — direttamente o tramite società collegate, senza prescrivere la necessità del rilascio dell'autorizzazione ministeriale.

La legge n. 249/1997, art. 4, comma 5, prevede altrettanto espressamente che «gli impianti oggetto di concessione radiotelevisiva possono essere utilizzati anche per la distribuzione di servizi di telecomunicazione. In tal caso i destinatari di concessioni per emittenti nazionali sono tenuti a costituire società separate per la gestione degli impianti».

La normativa comunitaria ha poi abolito tutti i diritti speciali ed esclusivi (direttive 90/388/CEE, 94/46/CE, 95/51/CE, 95/62/CE, 96/19/CE, 97/13/CE, 97/33/CE) nel settore che interessa.

In particolare, l'art. 2, comma 1, lettera *a*) e l'art. 2, comma 2, terzo paragrafo della Dir. 90/388/CEE, come modificata dalla Dir. 96/19/CE, hanno liberalizzato l'uso delle reti alternative, quale quella di cui la Rai è titolare.

In recepimento delle citate direttive comunitarie, è intervenuto il decreto del Presidente della Repubblica 19 settembre 1997, n. 318, che abolisce tutti i diritti speciali ed esclusivi per l'installazione di reti di telecomunicazioni ed in particolare elimina le residue restrizioni relative alla prestazione di servizi di telecomunicazioni mediante reti installate dal prestatore di detti servizi e mediante infrastrutture messe a disposizione da terzi (art. 2, comma 2, lettera *e*), p.to 3).

Ne consegue che, alla stregua della disciplina normativa, come sopra delineata, la Rai gode di un diritto soggettivo allo svolgimento di servizi di telecomunicazione mediante l'utilizzo della propria rete, anche con vantaggio per altri operatori di telecomunicazioni, i quali possono accedere alla capacità di trasmissione della medesima rete alternativa (cfr. 7 considerando della Dir. n. 6/19 CE), salvo l'onere di richiedere all'Autorità delle Garanzie nelle Comunicazioni il rilascio delle licenze individuali stabilite dall'art. 4, co. 7 della legge n. 249/1997.

Il Ministro non dispone, quindi, di alcun potere, né di controllo, né tantomeno autorizzatorio con riferimento all'esercizio da parte della Rai di attività nel c.d. Tower Business; donde la sussistenza del vizio in rubrica.

IV. Violazione dei principi generali in materia di procedimento di cui alla legge n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, sotto distinto profilo. Sviamento. 10. In disparte tutte le considerazioni che precedono, non può non rilevarsi che, persino nell'ipotesi in cui il provvedimento in epigrafe fosse legittimo, si configurerebbe una responsabilità del Ministro, per aver — deliberatamente — atteso l'ultimo giorno utile per esprimere il proprio diniego.

La cessione della quota di minoranza di RaiWay è stata deliberata ed attuata facendo legittimo affidamento sulla sua conformità alla Convenzione e al provvedimento autorizzatorio dell'11 novembre 1999; di ciò l'Amministrazione era a conoscenza, avendo ricevuto ben tre comunicazioni dalla Rai: il 28 marzo 2000, il 27 aprile 2001 e, da ultimo, il 18 ottobre 2001.

A fronte di tutto ciò, il comportamento del Ministro appare gravissimo e come tale va stigmatizzato, costituendo violazione del principio dell'affida-

mento, ma ancor più di quello di leale collaborazione al quale è improntato il rapporto concessorio, come delineato nella convenzione e nel contratto di servizio, al fine della migliore gestione del servizio pubblico radiotelevisivo,

L'Amministrazione concedente non ha, infatti, dato alcun riscontro alle predette note, con le quali la ricorrente, ripetutamente, sollecitava l'adozione di una presa d'atto e chiedeva che ciò avvenisse entro il termine di sei mesi dal 27 aprile 2001.

Ed anzi, secondo notizie diffuse a mezzo stampa (La Repubblica, 14 ottobre 2001), il Ministro ha deliberatamente deciso di procedervi solo il 26 ottobre: ossia a termine contrattuale quasi scaduto.

In considerazione di ciò, risulta del tutto irrilevante che il Ministro ritenesse, eventualmente, che la Rai fosse tenuta ad attendere il rilascio dell'autorizzazione, prima di procedere alla stipula del contratto.

Poiché, infatti, l'Amministrazione concedente, disponendo di tutta la documentazione relativa all'operazione, aveva ben presente l'entità del danno che la concessionaria avrebbe subito per effetto del diniego, costituiva suo preciso onere quello di informarla tempestivamente anche rispetto, eventualmente, al carattere preventivo dell'autorizzazione da essa ritenuta necessaria.

Gravissimo appare invece che, persino su aspetti rilevanti dell'operazione (quale quello della valutazione degli impianti), il Ministero concedente non abbia consentito alla concessionaria alcuna partecipazione al procedimento; che, con il proprio silenzio protratto per circa due anni, esso abbia ingenerato nella concessionaria il convincimento della legittimità dell'operazione, determinandola con ciò a portarla a compimento, per poi emettere un provvedimento di diniego solo a termine contrattuale scaduto.

11. Come più volte sottolineato, l'accordo di cessione, risolto a causa del provvedimento che s'impugna, è stato concluso ad un prezzo particolarmente vantaggioso; è pressoché certo peraltro che, se la Rai fosse costretta ad intraprendere una nuova procedura di selezione, non riuscirebbe ad ottenere il medesimo prezzo, a causa del recente forte calo dei mercati azionari mondiali.

Sarebbe pertanto interesse primario della Rai ottenere una pronuncia di codesto Ecc.mo Tribunale che, accertata la regolarità dell'operazione, tenga luogo della «presa d'atto» illegittimamente negata dal Ministro, con effetto retroattivo al 27 aprile 2001; ciò che consentirebbe di ritenere avverata la condizione risolutiva (per un'ipotesi analoga, v. C.d.S., sez. VI, 26 giugno 2001, n. 3463)

La pronuncia richiesta sembra ammissibile alla luce del potere di disporre la reintegrazione in forma specifica espressamente attribuito al giudice amministrativo dall'art. 35, D.Lgs. n. 80/1998 (come modificato dall'art. 7, co. 1, della legge n. 205/2000) nelle materie, come quella che ne occupa, devolute alla sua giurisdizione esclusiva.

«In questi casi», infatti, secondo la dottrina «il giudice amministrativo, in quanto investito di giurisdizione esclusiva, potrà sostituire la pro-

pria valutazione di opportunità a quella, illegittimamente esercitata, dell'amministrazione attiva» (L.V. MOSCARINI, «Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione», in *Dir. proc. amm.* 1998, 814. Si è, per esempio, ammesso dalla stessa dottrina che, «nel caso in cui l'interesse leso dall'illegittimo espletamento di una gara si sia risolto nel fatto che la gara è stata aggiudicata ad un imprenditore diverso da quello al quale, se non vi fosse stata l'illegittimità avrebbe dovuto essere aggiudicata», il giudice possa «operando direttamente» effettuare «la sostituzione dell'aggiudicatario»; cfr. sul punto anche T.A.R. Sardegna 17 febbraio 1999, n. 169; T.A.R. Lombardia — Milano, sez. 1, 23 dicembre 1999, n. 5049).

Tale conclusione sembra del resto la più corretta alla stregua dell'ampia formulazione dell'art. 35, che investe il giudice amministrativo del potere *de quo* «senza condizionamenti» (L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità...*, *op. cit.*), ossia senza stabilire limite alcuno (onde deve ritenersi che esso non possa incontrare limiti diversi da quelli previsti, per il giudice ordinario, dall'art. 2058 c.c.); nonché della *ratio* sottesa alla legge 205/00 di equiparare, quantomeno nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo a quello ordinario.

D'altra parte, in ipotesi come quella che ricorre, solo la possibilità di ottenere una pronuncia «sostitutiva» del giudice adito, nel senso prima chiarito, garantisce l'effettività della tutela giurisdizionale.

P.Q.M.

Si chiede che, in accoglimento del ricorso, l'Ecc.mo Collegio, nell'esercizio dei poteri espressamente previsti dalla legge 205/00, disponga:

in via istruttoria:

consulenza tecnica in ordine ai danni subiti dalla ricorrente, per effetto del complessivo comportamento del Ministro;

nel merito:

l'annullamento del provvedimento in epigrafe;

la reintegrazione in forma specifica, emettendo una pronuncia che, accertata la regolarità dell'operazione alla stregua della Convenzione e dell'autorizzazione dell'11 novembre 2001, tenga luogo della presa d'atto negata dall'Amministrazione, con effetto dal 27 aprile 2001; ovvero, condanni l'Amministrazione ad emettere un provvedimento di analogo contenuto;

in subordine, il risarcimento di tutti i danni cagionati alla Rai, dal complessivo comportamento del Ministro.

Il tutto con ogni conseguente statuizione, anche quanto alle spese del presente giudizio.

Roma, 22 novembre 2001



doc. 3. — La memoria difensiva per il Ministero delle Comunicazioni

« Con ricorso introduttivo al T.A.R. del Lazio, notificato in data 23 novembre 2001, la RAI — Radiotelevisione Italiana S.p.a., ha impugnato, chiedendone l'annullamento, la nota del Ministro delle Comunicazioni del 26 ottobre 2001, con la quale il Ministro ha espresso il proprio diniego alla richiesta di «presa d'atto» della cessione alla CCR S.r.l. da parte della RAI delle azioni rappresentative del 49% del capitale di RaiWay S.p.a., operata con contratto di compravendita sottoscritto il 27 aprile 2001 ed in pari data comunicato al Ministero.

La ricorrente ha chiesto, altresì, che il Tribunale adito in accoglimento del ricorso voglia disporre, previa consulenza tecnica in ordine ai danni subiti, la reintegrazione in forma specifica, emettendo una pronuncia che tenga luogo della presa d'atto negata dall'Amministrazione, con effetto dal 27 aprile 2001, ovvero condanni l'Amministrazione odierna resistente ad emettere un provvedimento di analogo contenuto; od in subordine, condanni al risarcimento di tutti i danni causati alla RAI dal complessivo comportamento del Ministro.

Con il presente atto il Ministero delle Comunicazioni, come sopra rappresentato e difeso, contesta integralmente quanto esposto *ex adverso* e chiede che il ricorso introduttivo venga dichiarato inammissibile ed in ogni caso infondato alla luce delle seguenti considerazioni in fatto e in diritto.

Fatto: Si ritiene particolarmente opportuno nella fattispecie una ricostruzione puntuale degli esatti termini della controversia, sotto il profilo fattuale e giuridico, in quanto già da essa emerge l'assoluta correttezza e legittimità dell'atto emanato dal Ministro delle Comunicazioni, nell'ambito dei propri poteri, a fronte di un comportamento quanto meno anomalo e contraddittorio da parte della RAI, che rende di per sé il ricorso in sede giurisdizionale, al di là della suggestiva prospettazione *ex adverso* formulata, manifestamente inammissibile ancor prima che destituito di fondamento.

Invero, si premette in fatto che, con provvedimento in data 11 novembre 1999, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della Convenzione Stato-RAI approvata con decreto del Presidente della Repubblica 28 marzo 1994 — («*La società concessionaria può, previa autorizzazione del Ministero delle comunicazioni, avvalersi, per attività inerenti all'espletamento dei servizi concessi, di società da essa controllate*») — la RAI veniva autorizzata dal Ministro delle comunicazioni *pro-tempore* ad avvalersi di una società per azioni, la New Co. TD, interamente posseduta e controllata dalla stessa RAI, per lo svolgimento delle attività inerenti all'installazione ed all'esercizio tecnico degli impianti di cui all'art. 1, comma 4, lettera a) della convenzione.

Nello stesso atto autorizzativo veniva espressamente stabilito che:

la RAI «è tenuta, anche attraverso la società controllata, ad assicurare il rispetto di tutti gli obblighi previsti in convenzione e nel contratto di servizio, con particolare riferimento all'art. 5 della convenzione ed agli articoli 15, 16 e 17 del contratto di servizio (qualità e copertura del servizio)».

«Ogni variazione dell'attuale assetto di controllo della New Co TD s.p.a. da parte di codesta società — la RAI — deve essere preventivamente autorizzata da questo Ministero.

Si fa riserva di modificare in qualsiasi momento le condizioni della presente autorizzazione, che è rilasciata fatti salvi i diritti dei terzi, nonché di revocarla in caso vengano meno i presupposti di legittimità in base ai quali essa è assentita.

L'estensione dell'autorizzazione ai fini dell'utilizzazione degli impianti per la distribuzione di servizi di telecomunicazioni da parte della menzionata società New Co. TD sarà presa in considerazione, previa richiesta da parte di codesta concessionaria, in relazione all'adeguamento degli impianti al piano nazionale di assegnazione delle frequenze, come sancito dall'art. 4, comma 5, della legge 31 luglio 1997, n. 249.

A seguito di detta estensione codesta società potrà rivolgersi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per il rilascio dei provvedimenti abilitativi all'espletamento dei servizi di telecomunicazioni.

Tale attività, che dovrà concorrere all'equilibrata gestione aziendale, non potrà, comunque, assumere consistenza prevalente rispetto a quella oggetto della concessione, né dovrà risultare di pregiudizio al migliore svolgimento dei servizi pubblici concessi».

Successivamente, la New Co. TD mutava la propria denominazione in RAI WAY S.p.a. e nella stessa società veniva conferito il ramo aziendale costituito dall'ex «Divisione Diffusione e Trasmissione» della RAI, valutato ex art. 2343 c.c. con relazione collegiale asseverata per un valore del patrimonio netto pari a 135 miliardi di lire.

Con nota del 28 marzo 2000, priva di allegati, la RAI comunicava al Ministero l'intervenuto conferimento del ramo aziendale, nel contempo assicurando che l'operazione non aveva comportato, «*ai sensi di quanto disposto nella quarta proposizione del citato provvedimento ministeriale autorizzativo dell'11 novembre 1999, variazione alcuna dell'assetto di controllo che, per tipologia, forme e strumenti di acquisizione e di mantenimento, rimane quello di cui all'art. 2359, comma 1, n. 1), c.c. esistente al momento del rilascio dell'autorizzazione ad avvalersi di società controllata per l'esercizio delle attività assentite in concessione*». Nella medesima nota, la RAI riferiva che era stato deliberato di conferire alla società Merrill Lynch l'incarico, sospensivamente condizionato all'omologazione della delibera di aumento di capitale di RAI WAY, di svolgere le funzioni di *advisor* nella procedura di collocamento di una quota minoritaria — orientativamente, tra il 30 ed il 49% — della sua partecipazione nel capitale RAI WAY.

Ad oltre un anno di distanza, con nota 27 aprile 2001, la RAI comunicava al Ministero delle Comunicazioni di aver stipulato in pari data un contratto di compravendita avente ad oggetto la cessione alla CCR s.r.l., società indirettamente controllata da Crown Castle International Corp., di Canonsburg (U.S.A.), delle azioni rappresentative del 49% del Capitale di RAI WAY, sottoscrivendo dei patti parasociali particolarmente rilevanti per la disciplina dell'esercizio delle rispettive prerogative dei soci.

Il contratto, immediatamente efficace tra le parti, prevedeva in particolare le seguenti condizioni risolutive: la prima, consistente nel mancato rilascio dell'incondizionata autorizzazione all'operazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai sensi della legge n. 287/1990;

la seconda, consistente nel mancato rilascio, entro sei mesi dalla stipula, di una «presa d'atto» da parte del Ministero delle Comunicazioni dell'avvenuta cessione e del fatto che la cessione fosse conforme ai termini ed alle condizioni della Convenzione Stato-RAI e dell'autorizzazione del Ministro in data 11 novembre 1999.

Il Ministero provvedeva, pertanto, ad acquisire i documenti inerenti l'operazione di cessione, ivi compresi l'atto di cessione, i patti parasociali e, da ultimo, gli atti riguardanti la procedura di selezione delle offerte di acquisto, che pervenivano in forma riassuntiva con nota del 16 ottobre 2001.

Con nota del 18 ottobre 2001 la RAI, nel richiamare sinteticamente le fasi salienti del procedimento definito con la cessione della partecipazione di minoranza in Rai Way, sollecitava il Ministero al rilascio della positiva comunicazione di presa d'atto entro il termine del 26 ottobre 2001, precisando che — *«sia nel caso in cui non fosse rilasciata alcuna comunicazione da parte del Ministero entro il predetto termine, sia nel caso in cui il Ministero rilasciasse una comunicazione di diniego della richiesta presa d'atto»* — il contratto concluso con la Crown Castle avrebbe perso di efficacia, giusta la clausola risolutiva espressa sottoscritta dalle parti, con conseguente obbligo di restituzione da parte della RAI del prezzo di cessione delle azioni Rai Way pari a lire 791,4 miliardi, oltre gli interessi maturati dal 27 aprile 2001.

Nelle more, interveniva il provvedimento n. 9859 (C4601) in data 8 agosto 2001 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con cui si dava atto che l'operazione, in quanto comportante l'acquisizione del controllo congiunto su RAI WAY S.p.a. da parte di CCR s.r.l., costituiva concentrazione ai sensi della legge n. 287/1990, concludendosi tuttavia che essa non determinava la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante pregiudizievole per la concorrenza.

Tale provvedimento, relativamente all'operazione di concentrazione, aveva ottenuto il parere favorevole dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni — (*«Allo stato, l'operazione di concentrazione in esame non presenta elementi distorsivi all'assetto concorrenziale dei mercati interessati, né ulteriori profili di competenza dell'Autorità»*) — adottato con delibera n. 331/01-/CONS del 1 agosto 2001, nelle cui conclusioni è opportuno evidenziare che la stessa Autorità garante delle comunicazioni rimarcava chiaramente che (punto 16): *«L'operazione è subordinata al rilascio di apposita autorizzazione da parte del Ministero delle comunicazioni ai sensi dell'art. 1, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 28 marzo 1994 (Convenzione Stato-RAI), poiché l'autorizzazione rilasciata alla RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.a. l'11 novembre 1999, per lo svolgimento delle attività inerenti l'installazione e l'esercizio degli impianti tecnici, prevede espressamente che ogni variazione dell'attuale assetto di controllo della società New.Co. TD S.p.a. (ora RAI-WAY) da parte della RAI debba essere preventivamente autorizzata dal Ministero stesso»*.

Peraltro, già in data 10 aprile 2001 era pervenuto al Ministero un esposto al Pubblico Ministero presso il Tribunale di Roma ai sensi dell'art. 2409 c.c., con cui lo SNATER (Sindacato Nazionale Autonomo Telecomunicazioni) denunciava gravi irregolarità nell'operazione di cessione, chiedendo

l'adozione di opportuni provvedimenti. Successivamente lo SNATER, tramite il proprio legale, inoltrava al Ministro delle Comunicazioni due note, rispettivamente in data 10 agosto 2001 e 19 ottobre 2001, in cui si sottoponevano al Ministro, al fine delle valutazioni di competenza, dettagliate osservazioni di forte preoccupazione — in ragione delle denunciate gravi irregolarità e perplessità sottese all'operazione di cessione di RAI WAY — per l'alienazione ad un soggetto terzo, oltretutto straniero, degli impianti di trasmissione radiotelevisiva della RAI, in assenza di adeguate comprovate garanzie a tutela non solo dei lavoratori dipendenti della RAI, ma dei diritti dei cittadini tutti che fruiscono dell'essenziale servizio pubblico dell'informazione.

In proposito si ritiene opportuno che il Collegio, in via istruttoria, ai fini di una completezza della documentazione utile per l'odierno giudizio, disponga l'acquisizione di ogni atto e notizia utile sull'esito della denuncia proposta presso il Tribunale civile di Roma.

Nell'approssimarsi del termine stabilito dalle parti per la «presa d'atto», il Ministro delle Comunicazioni inoltrava alla Crown Castle International Corp. la nota 20 ottobre 2001 nella quale manifestava la netta impressione, in ordine al contratto, che il rispetto formale dell'autorizzazione (stante il possesso azionario del 51% di Rai Way da parte della RAI) non appariva *«sufficiente a modificare il quadro di sostanziale perdita di controllo da parte della RAI di un'attività di rilevante interesse strategico nazionale»*; così da imporre al Ministro, anche alla luce dei tragici eventi dell'11 settembre 2001 e dei successivi sviluppi, *«una attenta considerazione dei preminenti interessi nazionali»*.

Con la stessa nota, pertanto, nel quadro delle valutazioni acquisite nell'operazione, il Ministro riteneva opportuno chiedere alla Crown Castle di comunicare quale impatto un eventuale parere negativo avrebbe potuto avere sulle sue attività nel nostro Paese.

Con nota 22 ottobre 2001 il Presidente della Crown Castle International Corp. rispondeva al Ministro, affermando in primo luogo che i patti negoziali di cui al contratto stipulato con la RAI prevedono un ruolo decisivo (*«decisive role»*) di Crown Castle nella conduzione dell'attività del cd. *«Tower business»* ed un ruolo significativo (*«significant role in management»*) nella gestione di Rai Way e confermando esplicitamente l'intenzione, qualora il Governo avesse deciso di procedere ad una privatizzazione degli assets in questione, di acquisire il pacchetto di maggioranza della stessa RAI WAY, al fine di realizzare più compiutamente gli obiettivi prefissati. La Crown Castle, preso atto delle comprensibili preoccupazioni del Ministro anche alla luce dei recenti avvenimenti internazionali, assicurava comunque che avrebbe rispettato una possibile determinazione negativa, confermando peraltro la disponibilità a valutare con la RAI altre diverse modalità di conduzione del *«Tower business»* che non implicino necessariamente la cessione delle proprietà degli assets RAI.

Con nota del 26 ottobre 2001, dopo ponderata valutazione sotto il profilo sia della 'regolarità amministrativa' sia più propriamente 'politico' attinentemente le superiori scelte nell'interesse generale, il Ministro delle Comunicazioni negava la richiesta «presa d'atto», facendo presente in primo luogo l'assoluta anomalia della richiesta (*successiva* alla stipula del contratto, e non di

preventiva formale autorizzazione) e, nel merito, esprimendo un chiaro indirizzo politico circa l'opportunità di conservazione della effettiva titolarità degli impianti in capo alla società pubblica concessionaria — attesa la loro rilevante importanza strategica, di livello internazionale, da ritenersi pertanto prevalente rispetto al puro e semplice interesse commerciale — nonché rilevando comunque l'inammissibilità di una cessione che, per effetto della disciplina fissata nei patti parasociali, avrebbe comportato da parte della RAI la sostanziale perdita del controllo di RAI WAY.

La RAI ha ritenuto di impugnare la determinazione negativa del Ministro con ricorso, articolato in sintesi su pretesi vizi di carenza stessa del potere autorizzatorio in capo al Ministro, di incompetenza, di eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e di motivazione, errore nei presupposti, nonché nel merito stante l'erroneità circa la perdita di controllo da parte della RAI nei confronti della società Rai Way.

* * *

Ciò premesso in punto di fatto, si osserva nell'interesse del Ministero delle Comunicazioni, come sopra rappresentato e difeso, che il ricorso dinanzi al T.A.R. del Lazio proposto dalla RAI deve ritenersi inammissibile sotto diversi profili e comunque del tutto destituito di fondamento in base alle seguenti considerazioni in

Diritto. 1) *Inammissibilità per carenza di interesse al ricorso. Difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a favore dell'A.G.O.*

La ricorrente in primo luogo contesta in radice la sussistenza in capo al Ministero delle Comunicazioni di un potere autorizzatorio, da esercitarsi in via preventiva, per cui sotto questo aspetto l'atto impugnato avrebbe, secondo controparte, natura di semplice «dichiarazione di scienza», «*il Ministero essendo stato chiamato dalle parti ad esprimere una valutazione sulla regolarità dell'operazione, non prevista dalla legge*».

È persino ovvia la considerazione che, in tal modo, non si comprenderebbe perché mai le parti, invece, non solo hanno richiesto la valutazione (sia pure successiva) del Ministro sull'operazione di cessione conclusa, ma avrebbero addirittura condizionato in senso risolutivo il contratto di cessione, autonomamente sottoscritto, proprio al mancato rilascio della sua determinazione positiva.

Sotto tale profilo, a voler seguire parte ricorrente, il ricorso sarebbe da ritenere inammissibile per *carenza di interesse al ricorso* giurisdizionale amministrativo.

In tale ottica, per quanto discutibile, non può che sollevarsi, altresì, eccezione di *difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a favore del giudice civile*.

Ed invero, il rapporto su cui si basa la pretesa della ricorrente attiene esclusivamente a diritti soggettivi derivanti dal contratto di cessione della partecipazione azionaria, nonché la richiesta di «presa d'atto» da parte del Ministero e l'imposizione del relativo termine trarrebbero origine esclusivamente da un atto tra privati, peraltro inefficace nei confronti del terzo ai sensi dell'art. 1372 c.c., e non da fonte legislativa.

Tanto comporta che qualsiasi pretesa attiene esclusivamente ad un rapporto di diritto privato, per cui la RAI dovrebbe, se del caso, rivolgersi al giudice civile per contestare l'avveramento della condizione risolutiva, stante la pretesa inutilità od inconferenza, ancor prima che illegittimità, della negata «presa d'atto» .

2) *Inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione in ordine alla sfera di alta discrezionalità politica dell'Autorità di Governo (Ministro delle Comunicazioni) – Artt. 31 e 26, testo unico 26 giugno 1924 n. 1054.*

Al di là di suggestive prospettazioni, è incontestabile che la RAI, con la nota del 27 aprile 2001 di trasmissione del contratto stipulato con la Crown Castle, abbia comunque richiesto al Ministero delle Comunicazioni (sia pure in modo anomalo e tardivo) una valutazione ed un'attestazione di conformità dell'operazione di cessione alla Convenzione Stato-RAI e all'autorizzazione dell'11 novembre 1999.

È altresì innegabile che tale contratto è di altissima rilevanza economica e politica, avendo ad oggetto la vendita ad un soggetto straniero delle azioni, sia pure in misura non maggioritaria, della Rai Way S.p.a., società già controllata dalla RAI, e titolare di un complesso di impianti trasmettenti e di collegamento installati su tutto il territorio nazionale, utilizzabili anche per servizi a terzi, indubbiamente di importanza strategica e di elevato rilievo internazionale.

Oggetto del presente giudizio è, pertanto, l'atto con cui il Ministro delle Comunicazioni, nell'ambito della sua ampia discrezionalità politico-amministrativa, ha espresso la propria determinazione negativa in ordine al contratto di cessione intervenuto.

In via pregiudiziale, deve rilevarsi che l'atto impugnato, che contiene un motivato diniego da parte del Ministro delle comunicazioni di quanto preteso dalla ricorrente, va considerato come *atto politico*, come tale sottratto al sindacato giurisdizionale ai sensi dell'art. 31, testo unico n. 1054 del 1924.

Invero, pur nella consapevolezza della eccezionalità dell'ipotesi di sottrazione al sindacato giurisdizionale di atti formalmente e soggettivamente amministrativi, non possono tuttavia non rinvenirsi nell'atto in questione i connotati dell'atto di indirizzo politico, consistenti nel provenire l'atto dall'Autorità di indirizzo e di direzione al massimo livello del settore e dall'essere esso emanato *nell'esercizio del potere politico*, anziché nell'esercizio di attività meramente amministrativa.

In proposito, è stato giustamente osservato che «oggi la giurisprudenza, molto rigorosa nel definire la natura «politica» di un atto, ne ha addirittura ampliato la portata, aggiungendo agli atti riferibili agli organi costituzionali anche i cosiddetti atti di «alta amministrazione» che, ancorché provvedimenti amministrativi, attengono a superiori esigenze di carattere generale riferite alla direzione suprema della «cosa pubblica» nella sua unità, ed hanno lo scopo di tutelare gli interessi della collettività e le istituzioni fondamentali dello Stato» (JUSO, «Lineamenti di giustizia amministrativa», 2001, 297).

Di conseguenza, consistendo gli atti politici in manifestazioni del potere statale di governo, sono caratterizzati da una sorta di libertà di scelta del

tutto svincolata da regole predeterminate, di fronte alle quali non sono, in alcun caso, configurabili situazioni giuridiche tutelate o tutelabili, sulle quali, in definitiva, non può essere consentito alcun sindacato da parte del giudice di legittimità (JUSO, *op. cit.*, 298).

Né tali conclusioni mutano qualora sussista una ineliminabile commistione di attività politica ed amministrativa. Anche la cd. attività «*di alta amministrazione*» — categoria alquanto eterogenea caratterizzata pur sempre da amplissima discrezionalità — «*è anzi più propriamente essa stessa attività di indirizzo politico-amministrativo. In essa è inclusa tutta una fascia intermedia di atti tra la categoria degli atti amministrativi in senso proprio, che sfugge a precise regole di inquadramento, presentando caratteri di «novità» mista a discrezionalità*» (così GARRONE in A. ROMANO, «*Commentario breve alle leggi sulla giust. amm.*», 2001, 334 ss.).

Al riguardo, si osserva che, nella fattispecie, ciò discende innanzitutto da considerazioni obiettive sulla natura stessa della RAI — Radiotelevisione Italiana e sulla particolare rilevanza funzionale della sua attività, che paradossalmente nell'atto introduttivo la ricorrente cerca di negare o sminuire atteggiandosi alla stregua di una mera emittente radiotelevisiva privata, al fine di sfuggire le inevitabili conseguenze sul piano giuridico.

Per quanto evidente, è doveroso allora ricordare che — al di là delle disquisizioni dottrinarie sulla natura giuridica privatistica («*ente privato di interesse pubblico*»; «*società privata di diritto speciale*» ...) o più marcatamente pubblicistica — la RAI riveste tuttora la qualità di concessionaria in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo e l'affidamento in concessione del servizio comporta *ex lege* l'attribuzione alla concessionaria della qualifica di «*società di interesse nazionale*» ai sensi dell'art. 2461 c.c. (sin dall'art. 3, comma 2, legge n. 103/1975; da ultimo, art. 1, legge n. 206/1993).

È ovvio, in generale, che la possibile dismissal dell'immane patrimonio tecnologico della RAI, attuata anche attraverso la sostanziale perdita del possesso e/o del controllo effettivo di proprie società, per di più a favore di soggetti stranieri, merita la massima attenzione nell'interesse generale e non può sottrarsi a valutazioni di indirizzo politico-amministrativo, di lata discrezionalità, riconnesse anche a contingenze storiche.

Nella specie RAI WAY installa, detiene ed esercisce gli impianti tecnici per lo svolgimento del servizio pubblico dato in concessione alla RAI. Pertanto, non deve affatto sorprendere che valutazioni altamente discrezionali sul valore strategico degli impianti, potenzialmente idonei anche ad utilizzazioni diverse da quelle strettamente connesse con il servizio radiotelevisivo, quali usi nell'interesse della difesa, della sicurezza pubblica, della protezione civile hanno contribuito al formarsi, per ragioni politiche oltre che di opportunità amministrativa, della decisione di impedire la cessione.

Al riguardo, nel provvedimento del Ministro sono puntualmente esternate tali valutazioni e «*le predette superiori ragioni di opportunità, anche connesse all'attuale momento storico*», in ordine alle quali deve ribadirsi

l'altissimo valore potenziale degli impianti di trasmissione e di collegamento della RAI installati su tutto il territorio nazionale anche ai fini della possibile utilizzazione da parte di soggetti terzi, quali operatori in possesso di licenze di telecomunicazioni (cd. «*Tower business*»).

Nell'atto del Ministro si sottolinea con chiarezza che «...*la loro potenzialità di applicazione è tale da poterli sfruttare anche per delicatissimi compiti di sicurezza che solo una gestione realmente riconducibile, anche indirettamente, alla parte pubblica ne possa garantire la piena disponibilità*».

Al riguardo, deve altresì osservarsi che il riconoscimento della natura di atto di indirizzo politico, altamente discrezionale, del provvedimento impugnato discende, a ben vedere, dallo stesso inconsueto comportamento assunto dalla RAI nella vicenda. In effetti, la RAI — dopo aver mostrato dapprima di voler acquisire la preventiva autorizzazione ministeriale a termini della Convenzione Stato-RAI e dell'autorizzazione intervenuta l'11 novembre 1999 (come è documentato e dichiarato nello stesso atto di ricorso) — è poi addivenuta direttamente alla stipula del contratto di cessione, avvertendo però la necessità di inserire la condizione risolutiva del mancato rilascio entro sei mesi da parte del Ministero del nulla osta all'operazione.

Non può sfuggire che tale autorizzazione, inopinatamente configurata come mera «presa d'atto», è in realtà volta ad ottenere un superiore atto di assenso politico «sanante» del Ministro delle comunicazioni, assai ragionevolmente richiesto (ed accettato), del resto, anche dallo stesso contraente straniero della RAI.

A prescindere dalla evidente illegittimità ed irregolarità di un siffatto comportamento, anche in termini di correttezza e buona fede nei confronti del Dicastero concedente, ciò che si vuol qui sottolineare è che — a voler seguire per ipotesi il (seppur anomalo) *iter* tenuto nella fattispecie dalla RAI — è stata la stessa concessionaria pubblica a sottoporre (*rectius*: a condizionare in senso risolutivo) il contratto di cessione, autonomamente stipulato, al sempre possibile diniego dell'Autorità ministeriale da esercitarsi nella sua più ampia discrezionalità.

In altri termini, allorché la stessa RAI ha inteso sottrarsi, sia pure erroneamente, alla regolare richiesta di preventiva autorizzazione amministrativa, non è dato comprendere come possa poi, sotto il profilo logico ancor prima che giuridico, contestare il mancato rilascio dell'attestazione favorevole all'operazione da parte del Ministro: al riguardo, basti osservare paradossalmente che il Ministro avrebbe ben potuto esprimere il proprio dissenso limitandosi, in modo del tutto legittimo e regolare a termini del contratto di cessione stipulato dalla RAI, ad emettere un mero immotivato diniego di «presa d'atto» ovvero semplicemente... a non emettere il provvedimento positivo, così facendo avverare ugualmente la condizione risolutiva, senza possibilità di alcuna contestazione da parte dei contraenti interessati.

Sussiste, pertanto, il difetto assoluto di giurisdizione del giudice amministrativo o quanto meno il sindacato giurisdizionale — seppur ammissibile

qualora si ritenga comunque l'atto di natura amministrativa e quindi impugnabile — deve contestare di fronde all'amplissima discrezionalità politico-amministrativa che connota l'atto in questione.

3) *Inammissibilità del ricorso avverso atto di indirizzo politico-amministrativo per inammissibilità ab origine della richiesta della RAI*

L'inammissibilità del ricorso, in quanto proposto avverso atto di indirizzo politico-amministrativo del Ministro delle comunicazioni, emerge anche da un ulteriore ordine di considerazioni, basato sulla ricognizione nella fattispecie della sostanziale perdita di controllo da parte della RAI, che si avrà modo di esaminare più analiticamente *infra*, con riferimento ai patti parasociali annessi all'accordo di cessione.

Ai fini dell'eccezione di difetto di giurisdizione prospettata, basti qui anticipare che, alla luce di un effettivo assetto di controllo da parte del Partner o, quantomeno, di controllo congiunto della società, è da escludere la possibilità — anche solo in astratto — della facoltà di avvalimento di società da parte di RAI per lo svolgimento di attività oggetto della concessione del servizio pubblico, prevista dall'art. 1, comma 5, della Convenzione Stato-RAI *solo nei riguardi di società controllate*.

Sotto tale profilo, il procedimento di autorizzazione ivi previsto — già conclusosi con l'atto del Ministro *pro-tempore* dell'11 novembre 1999 e da rinnovarsi in caso di un mutamento dell'assetto di controllo (ossia di cessioni di quote azionarie della società, che era posseduta — al momento del rilascio dell'autorizzazione — dalla RAI al 99,9 % e da RAI Trade allo 0,1%) — non avrebbe potuto neanche astrattamente essere attivato nel caso in cui la RAI intendesse svolgere attività inerenti alla concessione del servizio pubblico attraverso società controllate da altri soggetti ovvero comunque sottoposte ad un controllo congiunto con altri soggetti.

La ragionevole consapevolezza di non poter certo ottenere una legittima autorizzazione preventiva all'operazione di cessione formulata in termini così radicalmente e significativamente diversi da quanto originariamente prospettato, assentito ed attuato con il primitivo assetto di Rai Way: questa è forse la sola ragione plausibile per cercare di comprendere l'inopinato comportamento della RAI che — ripetesi — dopo aver mostrato di muoversi sin dal 1999 nel rispetto della disciplina normativa e di convenzione, improvvisamente ha deciso di assumersi la responsabilità di addivenire alla autonoma stipula di un contratto di cessione, senza poter sottrarsi all'inserimento della condizione risolutiva... dell'autorizzazione ministeriale (trasformatasi in «presa d'atto»); per di più sotto sollecitazione del contraente straniero, come riconosciuto nello stesso atto di ricorso (pag. 20, sub 8.1).

Sotto questo profilo è appena il caso di rilevare che:

a) la nota del 28 marzo 2000 non costituisce (né può certo costituire) domanda di autorizzazione preventiva all'operazione di cessione, perché con essa non si è sottoposto l'atto di cessione autonomamente sottoscritto il 27 aprile 2001, ivi compresi i connessi patti parasociali;

b) la risoluzione automatica del contratto, disciplinata all'art. 8 dello stesso, al di là degli effetti concreti tra le parti è elemento, di fatto e di diritto, ben diverso dalla domanda di una autorizzazione preventiva alla conclusione del contratto.

In questo caso dunque — chiaramente corrispondente alla fattispecie sottoposta all'esame del Ministero — ciò che la RAI chiedeva attraverso la «presa d'atto» era in realtà una autorizzazione a derogare il dettato dell'art. 1, comma 5, della Convenzione, del tutto esulante dall'esercizio di poteri amministrativi autorizzatori tassativamente previsti — secondo il principio del *numerus clausus* — in capo al Ministero e — più verosimilmente — concretatesi in un atto di indirizzo politico.

È evidente, infatti, che un «via libera» alla cessione del controllo della società svolgente rilevante attività oggetto della concessione del pubblico servizio altro non potesse intendersi che come manifestazione di precisa volontà politica diretta a mutare il quadro previsto dalla Convenzione, di cui il Ministro delle comunicazioni è garante e custode.

Anche sotto tale profilo il ricorso si appalesa inammissibile per difetto di giurisdizione.

4) *Competenza del Ministro delle Comunicazioni, anche ai sensi del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165*

Dalle considerazioni esposte discende con tutta evidenza la pretestuosità ed infondatezza del motivo di ricorso con cui si lamenta la presunta incompetenza del Ministro ad adottare il provvedimento. Indipendentemente dalla configurazione del provvedimento impugnato come atto politico in senso stretto o più in generale amministrativo, il potere esercitato attraverso l'adozione dell'atto attiene, invero, proprio all'indirizzo politico che il decreto legislativo n. 165/2001 riserva all'autorità di direzione politico-amministrativa.

Non si vede, infatti, come una decisione che riguarda le scelte fondamentali che fanno capo al Ministro delle Comunicazioni e che sono da riconnettersi alla tutela di diritti costituzionalmente garantiti possa essere emessa dal dirigente generale.

A ciò si aggiunga che la stessa primitiva autorizzazione in data 11 novembre 1999 fu rilasciata dal Ministro delle Comunicazioni *pro tempore*, senza mai alcuna contestazione da parte dell'odierna ricorrente.

5) *Manifesta infondatezza del ricorso per sussistenza del potere autorizzatorio del Ministro.*

Subordinatamente, il ricorso rivela in ogni caso tutta la sua manifesta infondatezza, anche qualora si voglia considerare come atto amministrativo di diniego dell'autorizzazione il provvedimento impugnato.

Del tutto erronea, infatti, è l'affermazione contenuta nel ricorso secondo cui il Ministro illegittimamente e contrariamente a quanto richiesto dalle parti si sarebbe ritenuto investito di un potere autorizzatorio.

Invero, qualora effettivamente il contratto avesse comportato una cessione di partecipazione azionaria minoritaria senza alcun controllo congiunto, si sarebbe rientrati nella previsione di cui all'art. 1, comma 5, della Convenzione Stato-RAI, che stabilisce la necessità di preventiva autorizzazione del Ministero a svolgere attività attinenti al servizio dato in concessione attraverso società controllate. Coerentemente con il dettato e la *ratio* della disposizione, nel provvedimento autorizzatorio dell'11 novembre 1999 si stabiliva espressamente l'obbligo di richiedere una nuova autorizzazione per il caso di variazione dell'assetto di controllo (ossia di mutamento della partecipazione azionaria, senza perdita del controllo). Del resto, come già evidenziato, ciò è espressamente contenuto anche nelle conclusioni del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni deliberato in data 1° agosto 2001.

La *ratio* di tale autorizzazione è da rinvenire nel fatto che alla società partecipata era stata trasferita ogni attività ed organizzazione concernente la pianificazione, la progettazione, l'installazione, la realizzazione, l'esercizio, la gestione, la manutenzione, l'implementazione, lo sviluppo, nonché la proprietà degli impianti tecnici.

Al riguardo, è appena il caso di ricordare che la Convenzione, all'art. 1, comma 4, comprende l'installazione e l'esercizio tecnico degli impianti e dei connessi collegamenti di tipo fisso. In tale contesto normativo, le parti non potevano procedere all'alienazione di una quota azionaria — quand'anche essa non avesse comportato la perdita del controllo su RAI WAY — senza preventivamente ottenere l'autorizzazione ministeriale, ma semplicemente subordinandola ad una presa d'atto.

Del resto sul valore sostanziale di tale «presa d'atto», come già rilevato, non può sfuggire che, anche in base alla volontà delle parti, essa non poteva qualificarsi come mera dichiarazione di scienza, posto che si chiedeva esplicitamente di verificare la conformità della cessione con il rispetto delle condizioni contenute nella Convenzione Stato-RAI e nell'autorizzazione dell'11 novembre 1999.

Ben diversa poi, rispetto a quella prospettata nella richiesta, si è rivelata la fattispecie che — come sopra considerato — esulava del tutto dalla facoltà di avvalimento, prevista dall'art. 1, comma 5, della Convenzione ed oggetto dell'autorizzazione dell'11 novembre 99.

6) *Infondatezza del ricorso per illegittimità del contratto di cessione (perdita del controllo della RAI su Rai Way S.p.a.)*

Dopo aver tentato di contestare in radice la sussistenza del potere autorizzatorio del Ministro ovvero la necessità stessa dell'autorizzazione, *la cui dimostrata innegabile sussistenza rende di per sé legittimo anche il semplice diniego da parte del Ministro all'operazione di cessione*, la RAI pretende censurare anche il merito dell'atto impugnato, sotto il profilo del presunto mantenimento del controllo da parte della RAI sulla società Rai Way, in virtù del possesso del pacchetto maggioritario delle azioni (51%).

Anche tale censura si appalesa priva di fondamento per le seguenti considerazioni.

Per meglio inquadrare la fattispecie, non può prescindersi dall'analisi dei reali effetti che, in virtù del contratto di cessione e dell'efficacia dei *patti parasociali* ad esso connessi, il controllo su RAI WAI S.p.a. avrebbe subito.

Come ben evidenziato nell'atto impugnato, i patti parasociali sottoscritti contestualmente al contratto di cessione comportavano, ai sensi dell'art 3, lettera C, che per ben sedici tipi di delibere (approvazione e modifica di qualsiasi business plan o budget; acquisto di partecipazione in società, rami d'azienda *etc*; sottoscrizione di contratti di finanziamento per impianti di entità superiore a 10 miliardi per singola operazione o 50 miliardi per il totale delle operazioni; modifica, sospensione, revoca o cessazione di ogni tipo di consenso rilevante per la società; stipula di qualsiasi rilevante accordo, ivi compreso il contratto di servizio anche con soggetti diversi dalla RAI; decisione circa transazioni o azioni legali di valore superiore a 10 miliardi; rapporti di lavoro e deleghe; finanziamenti; conclusioni di contratti; costituzione di società controllate; costituzione di garanzie; concessione di prestiti; proposta di ammissione a quotazione della società; accordi di consulenza di durata superiore a dodici mesi o di importo superiore a 500 milioni; stipula, cessazione o modifica di qualsiasi accordo di importo superiore a 10 miliardi incidente sulla gestione del cd. *Tower business*) fosse necessario il voto favorevole di almeno due consiglieri di designazione del Partner (ossia del socio di minoranza), che veniva così ad assumere un vero e proprio diritto di veto sulla conduzione della società.

L'art. 4, poi, prescriveva che il controllo fosse affidato al socio di minoranza (che avrebbe nominato due sindaci, a fronte dell'unico sindaco di nomina RAI).

Ma la dimostrazione di quanto penetrante fosse il controllo strategico del socio di minoranza risulta viepiù dalla creazione, in base all'art. 6, della figura del *Business Development Officer* (BDO) nominato su designazione del Partner, previa semplice consultazione con la RAI, al quale per espressa previsione contrattuale sarebbero spettati poteri di guida della società, comparabili o addirittura superiori a quelli dell'amministratore delegato e del Consiglio di Amministrazione.

A ciò si aggiunge la previsione di necessità di maggioranze del 67 o del 75% in assemblea straordinaria ed una limitata durata (1 anno) del divieto di concorrenza del Partner nel caso di perdita della qualità di socio.

Le disposizioni contenute nei patti parasociali hanno condotto alla convinzione che la cessione della partecipazione azionaria di RAI WAY — formalmente contenuta nella quota minoritaria del 49% — comportasse, in realtà, il sopravvenire di una influenza ed ingerenza del Partner ben superiore a quella che gli sarebbe spettata in base alla propria partecipazione azionaria. Tale considerazione appare, del resto, confortata dalla delibera in data 8 agosto 2001 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ben definisce la situazione di controllo congiunto che sarebbe andata delineandosi in base alla sottoscrizione del contratto e dei patti parasociali.

D'altra parte, che il rapporto di controllo non si evinca semplicemente dalla mera partecipazione azionaria, ma attenga altresì alla effettiva *influenza dominante* nell'assemblea o in virtù di particolari vincoli contrattuali, è dato che emerge già dall'art. 2359, primo comma, numeri 2) e 3) c.c., come modificato dall'art. 1 del D. lgs. n. 127/1991, in cui alla nozione di controllo interno *di diritto* (per la maggioranza delle azioni possedute) si affianca il cd. controllo interno *di fatto* (per la disponibilità dei voti) e il cd. controllo *esterno* (per i particolari vincoli contrattuali).

Come è noto, infatti, il legislatore ha sempre dimostrato particolare attenzione alla tematica del «controllo» in ambito societario, che non può essere circoscritto semplicisticamente al mero possesso del pacchetto azionario di maggioranza.

Al riguardo, è forse appena il caso di rilevare che «*vi sono situazioni nelle quali si può avere un potere decisivo nelle scelte gestionali di una società indipendentemente dalla partecipazione al capitale della società*» (FRÈ-SBISÀ, «*Società per azioni*», Tomo I, 1997, 452 ss., Commento all'art. 2359 c.c., in «*Commentario del codice civile Scialoja-Branca*», a cura di Galgano).

Sotto tale aspetto è utile sottolineare la portata dell'art. 2, comma 18, della legge 31 luglio 1997 n. 249 che considera esistente il controllo nella forma dell'influenza dominante, allorché ricorra anche solo una delle seguenti condizioni:

«b) sussistenza di rapporti, anche tra i soci, di carattere finanziario e organizzativo o economico idonei a conseguire uno dei seguenti effetti: 1)... ; 2)... ; 3) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle azioni o dalle quote possedute; 4) l'attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati in base all'assetto proprietario di poteri nella scelta degli amministratori e dei dirigenti delle imprese;

c) l'assoggettamento a direzione comune, che può risultare anche in base alle caratteristiche della composizione degli organi amministrativi o per altri significativi e qualificati elementi».

È stato osservato in proposito che «*la nuova norma ... intende affrancare la giurisprudenza, nel settore dell'individuazione delle posizioni dominanti nel mercato radiotelevisivo, da ogni necessità di raffronto tra i componenti degli organi amministrativi, permettendole di desumere l'esistenza della «direzione comune» anche da ogni altro atto o fatto idoneo, in quanto significativo e qualificato, a rivelarlo*» (SACCHI-LODISPOTO, Commento all'art. 2, commi 16-18, L. n. 249/1997, in LIPARI, BOCCHINI, STAMMATI, «*Sistema radiotelevisivo e Autorità per le telecomunicazioni*», 2000, 388 ss.).

A conferma, del resto, della sensibilità del legislatore italiano per la tematica dei *patti parasociali*, visti quali rilevanti strumenti di controllo, si segnalano anche l'art. 2, comma 5, L. n. 416/1981 nel campo dell'editoria (settore affine a quello regolato dalla citata legge n. 249/1997), e più recentemente gli artt. 122 e 123, D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, testo unico della intermediazione finanziaria.

In altri termini, a norma di legge, ben ha operato il Ministro nella fattispecie non limitandosi ad una disamina meramente formalistica del contratto di cessione, ma analizzando attentamente la peculiare disciplina dei patti parasociali annessi al contratto, da cui è emersa una situazione assai differente da quella ipotizzata, con sostanziale perdita del controllo da parte della RAI sulla società Rai Way da ritenersi assolutamente non consentita a termini di legge e di convenzione.

Del resto, sul punto ha fugato ogni dubbio la stessa nota 22 ottobre 2001 indirizzata dalla Crown Castle al Ministro delle Comunicazioni, in cui sostanzialmente si ammette il significativo ruolo del Partner straniero nella gestione della società.

Va, infine, recisamente contrastata la tesi di controparte secondo cui le valutazioni sui patti parasociali sarebbero incongruenti ai fini che interessavano il Ministero, dal momento che riguardavano il solo «*Tower business*». A prescindere dalla considerazione che non risulta dimostrato il limitato effetto al solo «*Tower business*» dei patti parasociali ma che, al contrario, le delibere di cui all'art. 3, lettera c) riguardano tutte le principali attività della società in ogni suo settore, la circostanza — si ripete indimostrata — che i poteri di controllo del socio minoritario riguardassero solo l'attività connessa con la fornitura di infrastrutture *wireless* (torri e siti) e relativi servizi (c.d. «*Tower business*») non assume affatto rilievo ai fini delle valutazioni che ne dovevano conseguire in termini di controllo congiunto sulla società. Ed invero, le attività svolte fanno comunque capo ad una stessa persona giuridica, né risultano separazioni contabili o strutturali ovvero sistemi gestionali separati tali da poter escludere radicalmente una influenza delle decisioni prese nel «*Tower business*» rispetto all'attività di *broadcasting*.

Al riguardo, occorre tuttavia sottolineare che l'utilizzazione degli impianti per scopi diversi da quelli inerenti il servizio pubblico di radiodiffusione televisiva è anch'essa sottoposta, ai sensi dell'art. 9 della Convenzione, a preventiva autorizzazione del Ministero, che non ha mai inteso estenderla alla New Co. TD né nel provvedimento 11 novembre 1999 (che a riguardo rinvia ad una successiva e mai presa determinazione, all'esito dell'adeguamento degli impianti al piano nazionale di assegnazione delle frequenze), né in nessun altro atto. Ne consegue che la cessione del controllo di tale attività era dunque da considerarsi assolutamente contraria alle disposizioni della convenzione.

7) Quanto al lamentato *difetto di istruttoria*, va osservato che l'atto è stato preceduto da un'accurata analisi di tutta la documentazione riguardante l'operazione di cessione fornita dalla stessa ricorrente, oltre che dagli esposti circostanziati inoltrati dallo SNATER e dalla corrispondenza intercorsa direttamente tra il Ministro e la Crown Castle.

Peraltro, rilevatosi che la cessione era stata preceduta da una procedura di selezione, l'Amministrazione ha richiesto alla RAI tutta la documentazione relativa alla gara, che è stata inviata solo in parte.

Dall'esame della cronistoria delle varie fasi della selezione, in particolare è emerso il dubbio che l'ultimo rilancio da parte dell'acquirente fosse avvenuto proprio a condizione della stipulazione di patti parasociali che le consentissero il controllo congiunto della società.

In merito si ritiene opportuno, ai fini di una completezza dell'istruttoria per l'odierno giudizio, che il Collegio disponga l'acquisizione della completa documentazione da parte della RAI o della CCR anche per verificare se il Consiglio di amministrazione della concessionaria fosse effettivamente al corrente del mutamento dei patti parasociali avvenuto in corso di procedura e della loro reale portata.

8) Sulla *valutazione degli impianti* — ancorchè, ripetesi, dall'atto del Ministro emerge con evidenza che nella fattispecie la complessiva valutazione non deve fondarsi sul mero presunto interesse commerciale della RAI, in quanto concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo — non può che richiamarsi quanto chiaramente affermato nell'atto impugnato.

Il prezzo della cessione corrisponde invero ad una valutazione risalente al lontano 1991, come se nessun incremento di valore fosse nel frattempo intervenuto. Il contratto di cessione stipulato dalla RAI non appare comunque adeguatamente supportato neppure sotto il profilo della convenienza commerciale dell'operazione, da ritenersi in ogni caso recessiva, come sopra sottolineato, rispetto alle preminenti esigenze di tutela del patrimonio tecnico operativo della RAI, di importanza strategica di assoluto rilievo, anche a livello internazionale.

9) Quanto alla richiesta formulata dalla ricorrente, nella denegata ipotesi di annullamento dell'atto impugnato, di *reintegrazione in forma specifica* ed in particolare di ottenere da parte del giudice adito una pronuncia che tenga luogo del provvedimento dell'Amministrazione, tale pretesa non merita alcun accoglimento.

Vero è che l'art. 35 del D.lgs. n. 80/1998, così come modificato dall'art. 7 della legge n. 205/2000, ammette la possibilità che il giudice disponga del risarcimento del danno «anche attraverso la reintegrazione in forma specifica», ma nel caso di specie non appare ammissibile tale tipo di pronuncia in quanto, come affermato in dottrina e in giurisprudenza, è da ritenersi che il giudice non possa sostituirsi all'Amministrazione in un'attività altamente discrezionale, quale quella di autorizzare il trasferimento di quote azionarie possedute dalla Società concessionaria del servizio radiotelevisivo pubblico a società straniere.

Si ritiene, invero, difficilmente configurabile in capo al giudice il potere di ordinare all'Amministrazione il comportamento da tenere o addirittura la facoltà di emanare l'atto in luogo dell'Amministrazione, in considerazione del fatto che «una pretesa del genere potrà trovare soddisfazione solo nel giudizio di ottemperanza» (STEVANATO, «D.lgs. 80/1998 e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in particolare nella materia edilizia», in *Rivista giur. edil.*, 1998, p. 605 e ss.; VIRGA, «La reintegrazione in forma specifica», in *Rivista giuridica on line*; in tal senso si esprime anche T.A.R. Sicilia, Catania, 18 gennaio 2000, n. 38).

Al limite, con posizione «più convincente, perché rispettosa del rapporto tra giudizio amministrativo ed area riservata all'azione amministrativa» (così CARINGELLA ed altri, «La nuova giurisdizione esclusiva del giud. amm. dopo la legge n. 205/2000», Milano 2000, 509 ss.), la condanna ad un *facere* concretantesi anche nell'adozione di atti amministrativi può aver luogo solo laddove si controverta in materia di attività vincolata, nell'*an* o nel *quid*, e non di attività a significativo tasso di discrezionalità (DE PALMA, «Alcune riflessioni sulla reintegrazione in forma specifica di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 e all'art. 11 del d.d.l. n. S 3593», in *Rivista Internet di diritto*

pubblico, a cura di G. VIRGA; CARBONE ed altri, «*Osservatorio sul d.lgs. n. 80/1998*», in *Urbanistica e appalti*, 1999, 1138 e ss.; T.A.R. Puglia, Bari, 17 maggio 2001, n. 1761; 17 gennaio 2001, n. 169 e 24 marzo 2000, n. 1248; T.A.R. Toscana, Sez. III, 27 ottobre 2000, n. 2212; T.A.R. Sicilia, n. 38/2000 *cit.*).

Non è ammissibile che il potere giudiziario interferisca nelle determinazioni dell'Amministrazione di indirizzo politico-amministrativo e comunque da ritenersi altamente discrezionali, fino a sostituirvisi, pena una inaccettabile violazione del principio della divisione dei poteri. Del resto, basti considerare che giurisdizione esclusiva non implica necessariamente giurisdizione di merito.

La ricorrente chiede, inoltre, che la pronuncia giudiziale sostituisca il provvedimento del Ministro con effetto retroattivo, a decorrere dal 27 aprile 2001: pretesa non solo assolutamente inammissibile, ma oltretutto inutile dal momento che, pur a voler ammettere una reintegrazione in forma specifica sostitutiva del diniego di autorizzazione annullato, il contratto non ritornerebbe in vita *sic et simpliciter* per il sopravvenire del provvedimento, in quanto già risolto e caducato nei suoi effetti, che potranno semmai essere ripristinati in un secondo momento solo dalle parti medesime.

Sotto questo profilo è inconferente il riferimento in ricorso alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 giugno 2001 n. 3463 che, in fattispecie peraltro non omologabile alla odierna controversia, non ha affatto disposto la reintegrazione in forma specifica, neppure richiesta, puntualizzando altresì «...*che esula dal compito cognitivo di questo Giudice la verifica dei riflessi che la pronuncia di annullamento del diniego di autorizzazione è idonea a sortire sul piano della perdurante efficacia del contratto stipulato tra le società..., evidente essendo che spetta alla competenza del Giudice civile, già adito al riguardo, la cognizione delle controversie relative all'interpretazione del contratto...*»

La ricorrente chiede, altresì, in subordine il RISARCIMENTO DEI DANNI subiti. Come si è già accennato, non si ritiene che nella fattispecie possa configurarsi l'ipotesi di danno risarcibile, atteso che, secondo quanto sostenuto nello stesso atto di ricorso, la clausola risolutiva apposta al contratto è stata voluta dalle parti nel dispiegamento della loro libera autonomia contrattuale, e la possibilità del suo avveramento era prevista ed accettata dalle parti medesime.

Del resto, la RAI avrebbe dovuto, o quanto meno potuto, usando l'ordinaria diligenza, attendere preventivamente il rilascio della positiva determinazione ministeriale, invece di addivenire direttamente alla stipula del contratto di cessione: con ciò assumendosi la piena responsabilità nei confronti del contraente e dell'Amministrazione della possibile risoluzione del contratto (il che rileva anche sotto il profilo dell'art. 1227 c.c.)

Pertanto non è imputabile all'Amministrazione alcun comportamento illecito che integri la fattispecie di danno risarcibile per attività amministrativa illegittima.

È infatti risarcibile il danno che presenti le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato *non jure*, da ravvisarsi nel danno inferito ad un soggetto, per effetto di altrui attività, in difetto di una causa di giustificazione che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento.

In ogni caso il diritto al risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., infatti, ancorché si pretenda assumere svincolato da una rigida predeterminazione della posizione giuridica soggettiva in ipotesi lesa da un fatto illecito, ovvero che non venga più richiesta la lesione *contra ius*, intesa come lesione di un diritto soggettivo, non implica affatto che siano venuti meno gli ulteriori requisiti dell'illecito aquiliano (da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 14 giugno 2001 n. 3169).

Così è da escludere anche la condanna generica al risarcimento del danno ove non sia fornita, come nella specie, la prova rigorosa dell'esistenza del danno patrimoniale e del nesso eziologico con il provvedimento illegittimo annullato (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 28 marzo 2000, n. 314; T.A.R. Toscana, 29 settembre 1999, n. 249).

Nella fattispecie, in virtù della pattizia risoluzione del contratto, la RAI ha riottenuto la piena disponibilità dei propri beni, di indubbio valore, che potrà dunque gestire o riallocare nel rispetto della normativa, assai presumibilmente con anche maggiore profitto.

Ed in ogni caso rimane del tutto indimostrata — oltre che elemento di valutazione, nel caso della concessionaria pubblica, comunque non esclusivo e determinante — la reale convenienza economica dell'operazione di cessione (da alcuni osservatori ritenuta addirittura una «svendita»), né risulta dimostrata una eventuale perdita di *chance*.

Al riguardo, è appena il caso di osservare che «secondo la prevalente e condivisa opinione giurisprudenziale, la perdita di *chance* non è ravvisabile allorché l'attività rinnovatoria discendente dall'annullamento giurisdizionale dell'atto configuri in termini di mera evenienza il soddisfacimento dell'interesse finale del ricorrente, residuando in capo all'Amministrazione margini di apprezzamento discrezionale, e dunque anche la possibilità dell'adozione di un altro provvedimento legittimo» (così si esprime T.A.R. Puglia, n. 1761/2001 *cit.*, con riferimento altresì a T.A.R. Puglia, Bari, 23 marzo 2000, n. 1248; 17 gennaio 2000, n. 169; T.A.R. Lombardia, Brescia, 14 gennaio 2000, n. 8; T.A.R. Lombardia, Milano, 15 aprile 1999, n. 1190).

Tanto premesso e considerato in fatto e in diritto il Ministero delle Comunicazioni, come sopra rappresentato e difeso, fatta salva ogni eventuale istruttoria utile che il Giudice intenda disporre,

Conclude affinché il T.A.R. del Lazio adito, *contrariis reiectis*, voglia dichiarare inammissibile, improponibile ed in ogni caso infondato il ricorso introduttivo. Con vittoria di spese, diritti ed onorari del giudizio.

Roma, 14 febbraio 2002

doc. 4. — *L'atto di intervento «ad opponendum» per lo SNATER*

«Interessa allo SNATER entrare senza preamboli in *medias res*, ciò significando saltare a pie' pari le sofisticate deduzioni e le congetture in cui si avvolge la ricorrente azienda radiotelevisiva — o meglio, il suo scaduto presidente Zaccaria — e tracciare, a beneficio dell'Ecc.mo Collegio giudicante, un quadro realistico delle vicende che si conclusero con il censurato, quanto plausibile, provvedimento ministeriale del 26 ottobre 2001.

Ci si accinge dunque a quest'opera ricostruttiva, scopo della quale è da un lato mettere in luce i difetti di sostanza e di forma che viziaronò il procedimento complesso a formazione progressiva, sospensivamente condizionato alla «presa d'atto non dissenziente» del Ministro delle comunicazioni; e per altro verso comprovare la validità delle ragioni che questi collocò a fondamento del suo dissenso.

Sia indulgente il Tribunale, al cospetto di un'opera che altro non vuol essere se non una schietta impresa di *maçonnerie*.

Prima di procedere oltre giova tuttavia dar conto, in breve, dell'identità dello SNATER e delle ragioni del suo intervento in questo giudizio.

Trattasi dell'organizzazione sindacale maggiormente rappresentativa nell'ambito della RAI, operante sull'intero territorio del nostro Paese in ogni comparto delle comunicazioni, firmataria dei contratti collettivi nazionali dei vari settori merceologici. È regolata dallo Statuto, a mente del quale la legale rappresentanza dell'Associazione è affidata al Segretario Generale, attualmente nella persona del sig. A. L., sottoscrittore del presente atto.

Sulla vicenda RAI WAY lo Snater è intervenuto assiduamente, sin dalle prime avvisaglie, prendendo posizione avverso la vendita d'una parte del pacchetto azionario prossima alla metà e contro la dismissione degli impianti. La sua opposizione motivata dalla difesa del posto di lavoro, dei livelli retributivi, della sicurezza degli ottocento lavoratori dipendenti dalla neo costituita RAI WAY S.p.a., si è articolata, nell'arco di tre anni, in numerose iniziative di natura sindacale e, da ultimo, nella presentazione, ai sensi dell'art. 2409 c.c., d'un esposto (corredato successivamente da due articolate memorie integrative) al pubblico ministero presso il Tribunale civile di Roma. Alcune lettere sono state inviate dal segretario L. al Ministro delle comunicazioni, col corredo di vari atti, in vista del provvedimento finale di «presa d'atto» che questi avrebbe emesso nell'ottobre 2001 a suggello della vendita.

Tutta la documentazione sopra mentovata viene messa a disposizione dell'Ecc.mo Tribunale, affinché si giudichi a ragion veduta circa la legittimazione dell'O.S. ad intervenire nel presente giudizio e l'esistenza dell'interesse che ne costituisce il giuridico fondamento.

1. L'operazione parte da lontano. Risulta palese, dalla lettura dei documenti disponibili, che essa fu a lungo meditata e conseguentemente attuata. Per dirla in breve, senza scendere in un eccesso di particolari:

Il 15 luglio 1999 RAI S.p.a. chiede al Ministero delle comunicazioni l'autorizzazione ad avvalersi d'una società da essa controllata per lo svolgimento, *ex art. 1, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 28 marzo 1994, delle «attività inerenti all'espletamento dei servizi concessi»* e, «qualora occorresse», ai sensi dell'art. 9 dello stesso d.P.R., per l'utilizzazione degli impianti tecnici per la distribuzione dei servizi di telecomunicazione di cui all'art. 4, comma 5, della legge n. 249 del 1997.

Ad iniziativa ed a seguito di deliberazione del c.d.a. di RAI S.p.a., viene costituita dal Presidente Roberto Zaccaria e dal Direttore Generale Pier Luigi Celli (nonché dal dott. Roberto Di Russo, presidente del c.d.a. di RAI Trade) la Newco TD S.p.a. (29 luglio 1999), la cui denominazione sociale è modificata successivamente in quella di RAI WAY (17 gennaio 2000). Il suo capitale sociale è detenuto da RAI S.p.a., fatta eccezione dell'1%, di pertinenza di RAI Trade, a sua volta controllata «pressoché» interamente dalla stessa RAI S.p.a.).

Il Ministero delle comunicazioni rilascia l'autorizzazione chiesta dal Direttore Generale e dal Presidente di RAI S.p.a., circondandola di cautele e precisando che «l'estensione dell'autorizzazione per l'utilizzazione degli impianti per la distribuzione di servizi di telecomunicazioni da parte della menzionata società Newco TD sarà presa in considerazione, previa richiesta da parte di codesta concessionaria, in relazione all'adeguamento degli impianti al piano nazionale di assegnazione delle frequenze, come sancito dall'art. 4, comma 5, della legge 31 luglio 1997 n. 249».

RAI S.p.a. conferisce ed apporta a RAI Way, con effetto 1° marzo 2000, il ramo d'azienda denominato «Divisione Trasmissione e Diffusione», conservando la titolarità della concessione del servizio pubblico, come regolata dalla convenzione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 marzo 1994 e dal contratto di servizio: contestualmente l'assemblea straordinaria di RAI Way delibera di aumentare il proprio capitale sociale da lire 1 miliardo a 136 miliardi mediante emissione di 13.500.000 nuove azioni ordinarie da assegnare a RAI S.p.a., quale corrispettivo dell'apporto del ramo d'azienda, valutato complessivamente in lire 135 miliardi (29 febbraio 2000).

RAI S.p.a. stipula con RAI Way un contratto mediante cui questa si obbliga a renderle, mediante gli impianti tecnici conferiti, le prestazioni necessarie all'espletamento dei servizi concessi, come da Convenzione e Contratto di servizio, precisandosi che delle reti e degli impianti, RAI Way potrà usare per la distribuzione dei servizi di telecomunicazioni, *ex lege 247/1997, art. 4, comma 5 (5 giugno 2000)*.

RAI S.p.a. stipula un «contratto di compravendita azionaria» con Crown Castle International Corporation, società costituita ed operante secondo il diritto del Delaware, selezionata dalla stessa RAI il 23 febbraio

2001 per avviare una fase di trattativa finale sulle condizioni ed i termini di un'offerta vincolante per l'acquisto d'una partecipazione di minoranza nel capitale di RAI Way S.p.a. Mediante tale contratto RAI S.p.a. vende a Crown Castle (e/o ad un indefinito partner) un numero di azioni pari al 49% dell'intero pacchetto azionario di RAI Way, da essa detenuto. A lato della compravendita vengono sottoscritti i Patti Parasociali ed un contratto di gestione.

2. Il primo punto meritevole di attenzione è quello relativo alla legittimità della costituzione, da parte di RAI S.p.a., d'una società controllata, ai sensi dell'art. 1, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 23 marzo 1994, che testualmente dispone: «La società concessionaria può, previa autorizzazione del Ministero delle poste e delle telecomunicazioni, avvalersi, per attività inerenti all'espletamento dei servizi concessi, di società da essa controllate».

Deve al riguardo sottolinearsi che la facoltà così attribuita alla concessionaria si riferisce non già allo svolgimento di attività inerenti ad un generico «servizio pubblico» bensì, precisamente, all'espletamento dei «servizi concessi».

Tali sono, secondo l'art. 1 del menzionato d.P.R., i servizi di «diffusione di programmi radiofonici e televisivi», per l'appunto concessi a RAI S.p.a. in esclusiva sull'intero territorio nazionale.

Dunque l'autorizzazione ad avvalersi di società controllate poteva esser legittimamente richiesta e rilasciata solo con riferimento al servizio pubblico di diffusione dei programmi radiotelevisivi.

3. Il secondo punto, sempre relativo alla costituzione di Newco — RAI-WAY e come tale connesso al primo, riguarda l'idoneità, *ex lege*, della società controllata dalla concessionaria, a gestire contemporaneamente il servizio pubblico di diffusione dei programmi radiotelevisivi e quello di distribuzione dei servizi di telecomunicazione. È opinione dello scrivente che, alla luce d'una corretta interpretazione della legge (art. 4, comma 5, legge 31 luglio 1997, n. 249; artt. 5 e 9 decreto del Presidente della Repubblica 28 marzo 1994) tale idoneità non sussistesse.

Dispone infatti la prima norma testé menzionata:

art. 4: «Gli impianti oggetto di concessione radiotelevisiva possono essere utilizzati anche per la distribuzione di servizi di telecomunicazioni. In tal caso, i destinatari di concessioni in ambito locale sono tenuti alla separazione contabile dell'attività radiotelevisiva da quella svolta nel settore delle telecomunicazioni, mentre i destinatari di concessioni per emittenti nazionali sono tenuti a costituire società separate per la gestione degli impianti».

Già nell'anno 1994 le altre due norme richiamate disponevano:

art. 5: «La società concessionaria può, previa autorizzazione del Ministero delle poste e delle telecomunicazioni, avvalersi, per attività inerenti all'espletamento dei servizi concessi, di società da essa controllate»;

art. 9: «La RAI ha la facoltà di utilizzare gli impianti tecnici, purché non risulti di pregiudizio al regolare svolgimento dei pubblici servizi concessi e concorra alla equilibrata gestione aziendale, per la predisposizione e/o il transito dei programmi radiofonici e televisivi dall'estero e per l'estero richiesti da altri organismi radiotelevisivi informandone, con relazioni periodiche, il Ministero delle poste e delle telecomunicazioni.

L'utilizzazione degli impianti tecnici della RAI è consentita previa autorizzazione del Ministero delle poste e delle telecomunicazioni che stabilirà le relative condizioni, sentita la concessionaria, per:

- a) l'organizzazione e la effettuazione di conferenze radiotelevisive;
- b) l'organizzazione e la realizzazione di programmi televisivi a circuito chiuso;
- c) il transito di programmi radiofonici, televisivi e di altri segnali generati da terzi, nell'ambito del territorio nazionale, secondo le norme vigenti;
- d) ogni altra attività che corrisponda ai fini aziendali e consenta il massimo rendimento degli impianti e dell'organizzazione».

Ebbene, mentre il decreto del Presidente della Repubblica del 1994 faceva già un primo passo, differenziando la gestione relativa alla diffusione di programmi radiotelevisivi e consentiva — con ciò ponendo una seria limitazione — che per l'utilizzazione degli impianti a diversi fini la concessionaria si avvallesse di società collegate (ben distinte, non solo lessicalmente, da quelle controllate, di cui all'art. 1, comma 5, afferenti ai «servizi concessi», di diffusione dei programmi radiotelevisivi) la legge del 1997 prescrive perentoriamente che per la gestione degli impianti utilizzati anche per la distribuzione di servizi di telecomunicazioni (oltreché, quindi, per la diffusione di programmi radiotelevisivi) la concessionaria (nazionale) debba avvalersi di società separate: dove la «separatezza» si riferisce evidentemente non già all'emittente, bensì ai soggetti (società) che dovranno incaricarsi dell'uno e degli altri servizi.

E se tale è la corretta interpretazione letterale della norma, non diversa è quella riferibile alla *ratio* che ispirò il legislatore: desumibile — oltre che dalla legge nel suo insieme — proprio dal comma 5 dell'art. 4, laddove questo, nel disciplinare la distribuzione dei servizi di telecomunicazione da parte dei concessionari in ambito locale, dispone che essi sono tenuti alla semplice «separazione contabile» dell'attività radiotelevisiva — da quella svolta nel settore delle telecomunicazioni; mentre, per ciò che riguarda i destinatari di concessioni per emittenti nazionali, prescrive che per la gestione dei relativi impianti siano costituite società «separate».

La differente disciplina è stata evidentemente dettata in relazione all'opportunità d'una separata gestione contabile dell'attività radiotelevisiva e di quella delle telecomunicazioni: per le emittenti nazionali non si è ritenuta sufficiente la mera separazione contabile nell'ambito d'una stessa società di gestione degli impianti, ma si è reputata necessaria la «separa-

zione» delle società che gestiscono i due settori. E ciò ben si comprende, se si faccia attenzione agli inconvenienti, ai grovigli contabili e alle irregolarità — se non peggio — che comporterebbe una gestione cui tali settori facessero unicamente capo.

Sta di fatto che RAIWAY fu costituita per gestirli insieme, senza che le riferite disposizioni di legge — se è corretta l'interpretazione qui data — fossero in alcun modo osservate.

4. Il terzo punto riguarda la vendita del 49% del pacchetto azionario di Rai WAY a Crown Castle e/o ad una società da questa controllata e la conseguente cessione di metà dei suoi impianti tecnici.

Sono molteplici le considerazioni, tutte di segno negativo, che possono farsi al riguardo, ed i quesiti che da esse sono generati.

Anzitutto ci si chiede se sia proprio pacifico che la concessione in esclusiva del servizio pubblico di diffusione di programmi radiofonici e televisivi sarebbe stata rinnovata — per vent'anni — a RAI S.p.a., se tra questa e gli impianti tecnici non fosse intercorso un rapporto proprietario al cento per cento.

Si ha ragione di dubitarne, giacché è il senso comune, se non lo spirito e la lettera delle leggi, che induce a pensare che la proprietà — e quindi la piena e sicura disponibilità da parte della concessionaria — d'una rete di valore «incommensurabile», costituisca una garanzia di efficienza di tale spessore da poter essere annoverata tra gli elementi decisivi nella concessione del servizio pubblico.

In secondo luogo ci si domanda — ma è interrogazione retorica — se la vendita del 49% degli impianti tecnici ad una società privata (straniera, fuori dell'Unione europea) ed il programmato «coinvolgimento» di tale soggetto nella gestione della rete (tale è il disegno dei contraenti, esplicitato, come in seguito si vedrà, nei patti parasociali) non sia interpretabile alla stregua d'un surrettizio, ma autentico, trasferimento (illegittimo) della concessione del servizio pubblico ad un soggetto privo dei requisiti a fronte dei quali la concessione stessa fu rinnovata.

Ancora: fu attuato l'adeguamento degli impianti, come dispone l'art. 4, comma 5, legge 31 luglio 1997, al piano nazionale di assegnazione delle frequenze?

Interessa sapere se esso sia stato attuato interamente, ovvero parzialmente, poiché nel procedimento che, originato dalla richiesta di autorizzazione ad avvalersi d'una società controllata, si conclude con la «presa d'atto non dissenziente» del Ministro delle Comunicazioni, ogni vizio travolge per nullità l'intero procedimento.

All'art. 7 dei Patti parasociali si ipotizza invero che RAIWAY perda la qualifica di «controllata» di RAI S.p.a. e si prevede che in tal caso Crown Castle ne assumerà il controllo, esercitando il diritto di prelazione ivi regolato.

Da ultimo, ma essenzialmente: nella stima degli impianti ceduti e nella determinazione del prezzo delle azioni di RAIWAY, è stato considerato — ne dubitiamo, a ragion veduta — l'enorme incremento di valore cui vanno soggetti a causa dello sviluppo dell'attività di telecomunicazioni con essi esercitabile?

Se non fosse stato considerato, saremmo al cospetto d'una svendita di beni destinati ad un pubblico servizio essenziale, sulla cui censurabilità non occorre spendere parole (si consideri peraltro che l'alienazione di tali beni è interdetta, *ex art.* 826 c.c.).

5. Sul punto della vendita, il cui approfondimento è essenziale ai fini del giudizio circa le ragioni poste a base del «dissenso» ministeriale, e circa la «dissennatezza» dell'operazione, si impongono ulteriori riflessioni.

Si consideri anzitutto che la vendita del 49% delle azioni di RAIWAY, in quanto rappresentative del patrimonio di impianti tecnici, di reti di trasmissioni, e così via, si traduce per un verso in una perdita non quantificabile, ma sicuramente di enormi proporzioni, degli attuali e futuri profitti realizzabili mediante l'ospitalità, sui tralicci di proprietà della Società, dei ripetitori di telefonia mobile e attraverso la capacità, attuale e soprattutto futura, di trasporto dei segnali di telecomunicazione; per altro verso, specularmente, in un gigantesco affare a favore della *corporation* texana Crown Castle, beneficiata dopo la selezione di altre compagnie, della cui esclusione non è stato dato alcun conto.

Per quel che in particolare riguarda l'organizzazione sindacale interveniente, ciò si traduce nel rischioso trasferimento ad un gruppo finanziario straniero — peraltro neanche appartenente all'Unione Europea — d'un irripetibile patrimonio tecnico professionale e nel pericolo che siano messi a repentaglio posti di lavoro, livelli retributivi e quant'altro interessa le centinaia di lavoratori dipendenti da RAIWAY.

Si consideri inoltre che la stima («Valutazione economica della Società») effettuata a novembre 2000 su incarico di Rai S.p.a. dalla Corporate Finance Arthur Andersen, non solo porta ad un risultato inspiegabilmente analogo a quello raggiunto dall'IRI ben dieci anni prima (essendo stati obliterati sia la svalutazione del danaro che il sopravvenuto incremento del valore degli impianti: si noti inoltre che la perizia dell'IRI fu compiuta in un momento in cui la capacità di trasporto di segnali digitali sembrava dover essere risolta esclusivamente dai satelliti e quindi i tralicci erano considerati strutture obsolete, costose da mantenere e non utili a generare profitti. La perizia fu fatta nella prospettiva di formulare un prezzo basso d'un bene ch'era meglio vendere al più presto) ma non tiene altresì conto dello scenario digitale e dei mercati di riferimento: in particolare delle piattaforme UMTS e DTT, che oggi sono considerate aree in cui maggiormente si svilupperanno gli affari dell'immediato futuro (entro il 2006). In tali aree l'utilizzazione dei tralicci è indispensabile e si ipotizzano volumi di affari dell'ordine di migliaia di miliardi. Nel suo recente studio pubblicato su un quotidiano, il noto analista

internazionale Dom Serafini conferma che la stima di Rai Way fatta dalla Arthur Andersen, se comparata con realtà equivalenti del mercato USA, è inferiore d'un buon 60% rispetto ai valori correnti.

Peraltro, circa l'affidabilità della A. Andersen, non è certo un pettegolezzo — anzi ne fornisce la misura — rammentare la recente vicenda della bancarotta della Enron — primario gruppo internazionale nel settore energetico — i cui bilanci erano certificati proprio da quella Corporate: la quale «non si è accorta» delle enormi falle finanziarie della Enron (pur percependo un compenso di ben 27 milioni di dollari) contribuendo alla sua catastrofe. Subito dopo l'affaire della Enron, la Arthur Andersen è stata esclusa dal Presidente degli Stati Uniti da ogni incarico di valutazione riguardante i bilanci di enti pubblici.

Ed ancora contribuisce al disvelamento degli arcani ricordare che gli *advisor* della RAI — cioè Merrill Lynch e Lehman Brothers, menzionati nel ricorso — posseggono quote nella Crown Castle. Tanto risulta dal sito Internet di NASDAQ/Crown Castle. In particolare Merrill Lynch era il consulente della RAI per la vendita delle azioni di Rai WAY e Lehman Brother il consulente di Crown Castle per l'acquisto.

E quanto agli arcani, è il caso di notare che Crown Castle è una società posseduta dai Fondi di investimento, con un flottante pari all'80%, che ha subito forti perdite nel corso della crisi di NASDAQ. Il suo controllo è indefinito e può passare di mano in mano facilmente. Di qui la sua inaffidabilità, che si estende alla CCR, società di diritto italiano, costituita e capitalizzata allo scopo specifico di acquistare le quote di RAI WAY e di colonizzarla. CCR risulta indebitata per tutto il valore del suo capitale, ma ne sono ignoti i creditori. In caso di utili avrebbe esportato valuta verso la Gran Bretagna (UK) e presumibilmente nel Delaware, Stato esentasse, dove ha sede Crown Castle. Come può constatarsi, ci si trova dinanzi ad una sfrenata ideologia «*marketing oriented*».

In una situazione del genere di quella dianzi delineata — suscettibile e meritevole d'ulteriore approfondimento, in ispecie sotto il profilo dei reali interessi che stanno all'origine della costituzione di RAIWAY e della demolizione del suo patrimonio (straordinario patrimonio, in termini sia di valore degli impianti tecnici che di professionalità lavorative) — è sembrata quanto meno avventurosa l'insistente e caparbia richiesta che fosse apposto l'imprimatur del Governo, nella persona del Ministro delle comunicazioni, nonché quello dell'Autorità di Garanzia.

6. L'organizzazione sindacale che interviene *ad opponendum* nel presente giudizio ritiene opportuno soffermarsi su quello che nel ricorso della RAI (pag. 19) è definito « l'unico profilo dell'operazione che la Convenzione, e le parti con la previsione contrattuale, rimette alla sua (del Ministro, *n.d.r.*) valutazione in ipotesi di cessione: l'assetto di controllo di RAI WAY».

Sul punto la difesa della RAI svolge analitiche quanto imbarazzate argomentazioni. È difatti assai arduo contestare al Ministro l'errore, il travisamento dei contenuti del contratto ed il difetto assoluto d'istruttoria,

quando il provvedimento impugnato sottolinea per un verso che la RAI, anziché richiedere la preventiva autorizzazione, anticipò il perfezionamento del contratto di cessione, e per altro verso che i patti parasociali conferivano al partner un potere d'indirizzo strategico sull'attività di RAI WAY, addirittura superiore a quello del socio di maggioranza.

Sulla «necessità della previa autorizzazione», la ricorrente R.A.I., richiama le proprie precedenti deduzioni circa l'inconfigurabilità d'un potere autorizzatorio del Ministro rispetto «ad operazioni come quella per cui è causa», sostiene che, avendo essa «comunicato preventivamente l'operazione di cessione al Ministero con nota del 28 marzo 2000» ed avendolo nuovamente sollecitato «ad esprimersi in ordine alla cessione con nota del 27 aprile 2001 (*omissis*) risulta specioso il rilievo secondo il quale la RAI non avrebbe richiesto la preventiva autorizzazione dell'operazione».

Le obiezioni della RAI sono inconsistenti, come peraltro la difesa del Ministro ha messo in luce. Basti qui aggiungere che le due «note» inviate all'on. Gasparri dal dott. Zaccaria, erano non già formali richieste di autorizzazione, bensì, come del resto si afferma nel ricorso, mere sollecitazioni.

Ma neppure sul cruciale punto della «perdita di controllo» di RAI WAY le avverse deduzioni colgono nel segno. Infatti, anche se si accogliesse l'interpretazione restrittiva proposta nel ricorso (pag. 21 e 22) circa il significato da attribuirsi ai termini «controllo» e «influenza dominante», non sarebbe possibile sottrarsi alla soverchiante tempra di talune clausole dei patti parasociali sottoscritti da RAI S.p.a., CCR S.r.l. e Crown Castle International Corporation.

In particolare (non senza rimarcare che nel preambolo di tali patti si dà grande rilievo all'impegno di RAI WAY di fornire alla RAI, tra l'altro, i servizi relativi alle «reti di telecomunicazione (*omissis*) avuto particolare riguardo all'evoluzione delle tecnologie digitali») osserva il concludente:

— con l'art. 1 «si intende consentire il coinvolgimento del partner nella gestione della Società».

Il reale significato di questa affermazione si coglie alla lettura delle successive clausole e ne costituisce la base. Il «coinvolgimento», difatti, si attuerà con un vero e proprio ordito normativo, mediante il quale sarà espressa ed attuata la posizione dominante, benché socio di minoranza, di CCR;

— con l'art. 2 si dispone che il c.d.a. sarà composto «di otto membri, cinque dei quali saranno nominati dalla RAI, mentre i restanti tre saranno nominati dal partner. Il Presidente del c.d.a. sarà nominato previa consultazione con la RAI, fra i consiglieri designati dal partner e l'amministratore delegato sarà nominato, previa consultazione con il partner, fra i consiglieri designati dalla RAI».

Senonché il successivo art. 3 — premesso che «per l'intera durata dei presenti Patti parasociali la gestione della Società sarà svolta in conformità al *business-plan* triennale, che includerà un budget relativo a ciascun eserci-

zio annuale — a sua volta prescrive che le decisioni relative all'adozione dei *business-plan* e dei *budget* e le loro eventuali modifiche potranno essere adottate dal c.d.a. unicamente «con il voto favorevole di almeno due consiglieri di designazione del partner».

Lo stesso art. 3, alla lettera C, dispone inoltre che lo stesso meccanismo regga le delibere del c.d.a. che intenda assumere «le seguenti iniziative» (segue l'elenco di ben 15 «iniziative», che può ben affermarsi costituiscano ed anzi esauriscano ogni possibile attività imprenditoriale, finanziaria ed economica aziendale).

Risulta quindi con chiarezza, dal combinato disposto delle riferite norme contrattuali, che il partner assume, proprio in relazione al «core business» di RAI WAY, quella posizione di pieno «controllo» e di «influenza dominante», irragionevolmente negata dalla difesa della RAI.

A ciò si aggiunga che al presidente della Società, la cui nomina spetta al partner, sono attribuiti dallo statuto i poteri più significativi, mentre si staglia come figura di importanza secondaria, se non trascurabile, quella dell'amministratore delegato, la cui designazione compete a RAI S.p.a. ed i cui poteri sono però espressamente limitati dall'art. 6, punto B, al quale rimanda l'art. 3, punto F:

— l'art. 4 dei Patti attribuisce al partner il potere di nominare due dei tre sindaci effettivi che formano il Collegio sindacale.

Anche in questo caso, considerate le decisive funzioni affidate ai sindaci dalla legge ordinaria, è difficile disconoscere l'ulteriore egemonia conferita a CCR (e a Crown Castle).

— in virtù dell'art. 5, disciplinante l'assemblea dei soci, il vantaggio che deriverebbe a RAI S.p.a. dalla titolarità del 51% delle azioni di RAI WAY viene annullato. Difatti le delibere di competenza dell'assemblea straordinaria (decisive, com'è noto, nella gestione delle società) è previsto siano assunte con la maggioranza — sia in prima che in seconda convocazione — del 67% dell'intero capitale. Inoltre è prevista identica maggioranza per le delibere dell'Assemblea ordinaria che abbiano ad oggetto gli atti di disposizione di azioni detenute da Rai WAY, la distribuzione di dividendi, la remunerazione dei consiglieri, le materie di cui all'art. 3, par. C (cioè le 15 sopra elencate) l'acquisto di azioni proprie o di diritti di opzione.

Come è agevole constatare, trattasi di svuotamento della formale maggioranza azionaria.

— per l'art. 6 è riservata esclusivamente ai consiglieri nominati dal partner la designazione del direttore della funzione sviluppo di business, al quale «l'amministratore delegato conferirà procura, delegandogli pieni poteri, equiparabili ai poteri delegati all'amministratore delegato dal consiglio d'amministrazione, limitatamente alla gestione del *Tower Business* (*omissis*). Per *Tower Business* si intende la fornitura di infrastrutture wireless e relativi servizi ad operatori wireless (inclusi operatori telefonici, operatori *wireless* «*loca loop*», operatori Tetra, UMTS e di altra tecnologia mobile, esistente o futura), inclusa la locazione di siti/antenne e servizi di

co-locazione, servizi «*built-to-suit*», programmazione di rete e design, ricerca ed acquisizione di siti, design e costruzione di siti, installazione e «*commissioning*» di siti, ottimizzazione della rete, manutenzione delle infrastrutture, gestione e manutenzione della rete e relativi servizi di trasmissione a microonde o fibre». (*ibidem*)

E qui si chiuderebbe l'accerchiamento della RAI ad opera di Crown Castle (o, se si preferisce, di CCR) considerata l'importanza che assume il Direttore nello scenario produttivo ed imprenditoriale della Società, anche per la sua inamovibilità (la procura conferitagli dall'A.D. è irrevocabile) nonché per l'entità delle materie a lui riservate (in particolare il *marketing*).

Ma non basta. Il «coinvolgimento» del partner nella gestione prelude — rivelando al tempo stesso il concorde disegno dei contraenti di espropriare la RAI dell'intera rete — al programmato trasferimento del pacchetto azionario nelle mani di CCR — Crown Castle. E in verità:

— l'art. 6, punto H, prescrive: «I soci convengono che qualora la Società decidesse di vendere o comunque trasferire (in tutto o in parte) la rete di fibre ottiche situata in Roma e dintorni, RAI farà in modo che la Società conceda a Crown Castle o ad una controllata di Crown Castle il diritto di prelazione, alle stesse condizioni offerte da qualunque terzo, per l'acquisto di tale rete»;

— l'art. 7, punto A, dispone: «Le parti inoltre, convengono che qualora la RAI o ogni sua controllata intenda cedere o, a qualsiasi titolo, trasferire una partecipazione posseduta in ogni controllata della RAI, diversa dalla Società, in modo tale che la Società perda la qualifica di controllata della RAI, questa dovrà cedere l'intera partecipazione posseduta in tale controllata e Crown Castle (o ogni controllata della Crown Castle indicata dalla stessa Crown Castle) avrà il diritto di prelazione, alle stesse condizioni, per l'acquisto della partecipazione da cedere o trasferire. Il diritto di prelazione potrà essere esercitato solamente sull'intera quota di capitale offerta in vendita o da trasferire»;

— lo stesso art. 7, punto J, prescrive infine che «nel caso in cui la RAI decidesse di cedere o trasferire le azioni da essa detenute nella Società (fatto salvo il caso di offerta al pubblico) o nel capitale delle controllate della RAI che, direttamente o indirettamente, possiedono una partecipazione nella Società, e da tale cessione o trasferimento consegua la perdita da parte della Società della qualifica di controllata della RAI, la RAI dovrà cedere o trasferire tutte le suddette azioni mediante una procedura di vendita aperta al pubblico e il partner e Crown Castle avranno il diritto di partecipare a tale vendita o trasferimento con le azioni che a quella data il partner deterrà nella Società o con le azioni detenute nelle controllate di Crown Castle che, direttamente o indirettamente, possiedono in quel momento, come unica attività (ad eccezione della cassa ovvero di titoli equivalenti) una partecipazione nella Società».

Sul punto in esame non può dubitarsi dunque — visto il cappio stretto al collo di RAI S.p.a. — che la qualifica di socio di maggioranza, a questa

attribuita in forza della formale titolarità del 51% delle azioni di RAIWAY, si riduca ad un esangue *nomen juris*. Il «controllo» e l'«influenza dominante» sono riferibili unicamente, per virtù dei commentati Patti parasociali, al socio minoritario. Ogni residuo dubbio si dissolve allorché si ha occasione di constatare che viene prefigurata come possibile, anzi probabile, la futura abdicazione, da parte della concessionaria, della titolarità del 51% delle azioni della Società strumentale mediante cui viene operativamente gestito il servizio pubblico. L'ipotesi — anzi il disegno — si staglia nitidamente nell'art. 7 dei Patti dianzi chiosato, laddove si prevede che RAIWAY perda la qualifica di «controllata» di RAI S.p.a. e che in tal caso Crown Castle ne assuma essa, mediante l'esercizio del diritto di prelazione, il controllo.

I divieti posti dalla legge vengono così aggirati con convergente meditata manovra, ascrivibile a concorde volontà di entrambi i contraenti. Per quel che riguarda i sottoscrittori di parte RAI, non possono sottrarsi a responsabilità risarcitoria, quanto meno per gli ingentissimi costi della spregiudicata operazione, coloro che hanno negoziato e sottoscritto i Patti parasociali e coloro che li hanno asseverati: il presidente Zaccaria e il direttore generale Cappon (con il suo predecessore Celli) *in primis*; gli amministratori ed i sindaci di RAI S.p.a., e di RAIWAY. Già lo SNATER ne prefigurò, in un esposto ed in due successive memorie presentate al Pubblico Ministero presso il Tribunale civile di Roma (v. all.) la responsabilità per «gravi irregolarità», *ex art.* 2409 cod. civ. Per quanto in questa sede possa valere, quella denuncia viene ribadita fermamente, non foss'altro che per consolidare le ragioni che il Ministro ha posto a base del proprio dissenso.

Reputa in conclusione lo Snater che siano comprovate, di là del necessario, le «ragioni di opportunità» poste dal Ministro a base del diniego di autorizzazione: ragioni alle quali, del resto, ha fornito esauriente e dotta motivazione l'Avvocatura dello Stato nella sua memoria.

Allo stesso modo emerge con chiarezza dalle carte processuali la fondatezza del centrale, dirimente rilievo, secondo cui la cessione del 49% delle azioni di RAI WAY, alla luce soprattutto delle clausole espone nei Patti parasociali — che non appaia esagerato definire iugulatorie (ma con il condimento d'una inusitata sindrome di Stoccolma, che sembra aver colpito gli amministratori e i sindaci di RAI S.p.a.) — conferirebbe al partner un «potere d'indirizzo strategico dell'attività di RAI WAY addirittura superiore a quello del socio di maggioranza».

Tali sono i motivi per i quali la maggioritaria organizzazione sindacale della RAI interviene nel presente giudizio *ad opponendum* e conclude chiedendo — fatte proprie le deduzioni e conclusioni della difesa erariale — per il rigetto del ricorso di RAI S.p.a., con favore di spese.

Saranno prodotti documenti e atti di cui al separato elenco.

Roma, 22 febbraio 2002

doc. 5. — La sentenza del TAR Lazio, 12 marzo 2002, n. 1897.

«(Omissis) Fatto. La Rai ha costituito, in data 29 luglio 1999, con Rai Trade S.p.a. (totalmente partecipata dalla stessa Rai), una società denominata Newcotd S.p.a. (denominazione successivamente mutata in RaiWay), con capitale sociale da essa detenuto per intero, allo scopo di avvalersene per lo svolgimento delle attività inerenti all'installazione e all'esercizio degli impianti tecnici.

Con provvedimento dell'11 novembre 1999 la Rai otteneva l'autorizzazione ministeriale a tal fine prescritta dall'art. 1, quinto comma del decreto del Presidente della Repubblica 28 marzo 1994 (contenente l'approvazione della convenzione tra il Ministero delle poste e delle telecomunicazioni e la Rai per la concessione in esclusiva del servizio pubblico di diffusione circolare di programmi sonori e televisivi sull'intero territorio nazionale). Quindi, con atto di conferimento del 29 febbraio 2000, trasferiva a RaiWay il ramo aziendale costituito dalle attività, beni e organizzazione, già assicurato dalla «Divisione trasmissione e diffusione» della stessa Rai.

In data 5 giugno 2000 le due società sottoscrivevano un «contratto di fornitura di servizi di trasmissione e diffusione», con il quale la Rai affidava a RaiWay (ai sensi della precitata convenzione e dell'autorizzazione ministeriale dell'11 novembre 1999) «la fornitura dei servizi relativi all'installazione, manutenzione e gestione di reti di telecomunicazioni e la prestazione di servizi di trasmissione, distribuzione e diffusione di segnali e di programmi radiofonici e televisivi» e RaiWay si impegnavo a garantire lo svolgimento di tali servizi «in conformità con i livelli di servizio, copertura e continuità previsti dalla convenzione e dal contratto di servizi», stipulato tra la Rai e l'Amministrazione concedente.

Con nota prot. n. 0079/11983 del 28 marzo 2000, la Rai notiziava il Ministero delle comunicazioni di aver proceduto a conferire in «Rai Way» il ramo aziendale costituito dall'ex «Divisione diffusione e trasmissione» e di aver avviato la procedura di collocamento sul mercato di una quota minoritaria, non superiore al 49%, della sua partecipazione nel capitale di RaiWay.

Con contratto di compravendita, sottoscritto in data 27 aprile 2001, previo acquisto della partecipazione detenuta dalla Rai Trade S.p.a., la Rai cedeva alla CCR S.r.l., società indirettamente controllata da Crown Castle International Corporation, le azioni rappresentative del 49% del capitale della RaiWay contro il versamento di lire 791,4 miliardi e sottoscrivendo con il partner dei patti parasociali finalizzati a disciplinare l'esercizio delle rispettive prerogative di soci.

Nel contratto di compravendita azionaria si stabiliva l'automatica risoluzione dell'accordo di cessione nel caso di «mancato rilascio dell'incondizionata autorizzazione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi e per gli effetti della legge n. 287/1990», «e/o di mancato rilascio da parte del Ministero dell'attestazione di conformità dell'operazione alla convenzione e all'autorizzazione dell'11 novembre 1999, entro il termine di sei mesi dalla data di stipulazione del contratto (27 aprile 2001)».

Nella medesima data di sottoscrizione del contratto, l'operazione veniva comunicata alla precitata Autorità garante e al Ministero.

L'Autorità antitrust riteneva di non dover avviare l'istruttoria di cui all'art. 16, quarto comma, della legge n. 287/1990 e analoga determinazione veniva assunta dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Diversamente, il Ministero, nella considerazione che l'operazione dovesse essere preventivamente autorizzata, con provvedimento del 26 ottobre 2001, negava la «presa d'atto» della cessione della partecipazione azionaria in questione.

Conseguentemente, la Crown Castle chiedeva la risoluzione del contratto e la Rai provvedeva alla restituzione del prezzo delle azioni e gli interessi maturati dalla data di stipulazione del contratto.

Asserendo l'illegittimità del provvedimento negativo, la Rai è insorta, con ricorso notificato in data 23 novembre 2001, chiedendone l'annullamento e l'adozione di una decisione che, disponendo la reintegrazione in forma specifica, emetta un provvedimento che tenga conto della «presa d'atto» negata dal Ministero o, in subordine, condanni quest'ultimo al risarcimento dei danni subiti.

Dopo aver premesso alcune considerazioni sulla caratterizzazione dell'atto impugnato che, in ragione della sua natura ibrida, dovrebbe qualificarsi come dichiarazione di scienza piuttosto che come atto autorizzatorio (come riferito nell'atto medesimo) la ricorrente ne deduce l'illegittimità per incompetenza, eccesso di potere, sotto distinti profili, violazione e falsa applicazione di legge.

Costituendosi in giudizio l'amministrazione intimata ha replicato alle tesi contenute in ricorso del quale ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità e, nel merito, l'infondatezza.

Con atto notificato in data 25 febbraio 2002 ha dispiegato intervento ad opponendum lo SNATER, nella qualità di Sindacato nazionale autonomo telecomunicazioni-radiotelevisioni.

Alla pubblica udienza del 27 febbraio 2002, sulle conclusioni delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Diritto 1. — Oggetto dell'impugnativa è il provvedimento in data 26 ottobre 2001, con il quale il Ministero delle comunicazioni ha espresso il proprio diniego alla «cessione da parte della Rai a CCR S.r.l. delle azioni rappresentative del 49% del capitale di RaiWay S.p.a.».

La determinazione impugnata risulta preliminarmente motivata con la circostanza che il contratto di cessione delle azioni di RaiWay avrebbe postulato la preventiva autorizzazione ministeriale; e ciò in conformità al provvedimento del Ministro delle comunicazioni dell'11 novembre 1999, che aveva autorizzato la Rai ad avvalersi di una società da quest'ultima controllata per lo svolgimento delle attività inerenti all'installazione e all'esercizio degli impianti tecnici, ai sensi dell'art. 1, quinto comma, della convenzione — intervenuta tra il Ministero delle poste e delle telecomunicazioni e la Rai — approvata con decreto del Presidente della Repubblica del 28 marzo 1994.

La mancata «presa d'atto» in ordine all'intervenuta operazione commerciale si sostiene, poi, fondamentalmente sulle argomentazioni di seguito riportate:

— gli impianti di RaiWay avrebbero una «potenzialità di applicazione tale da poterli sfruttare anche per delicatissimi compiti di sicurezza» e «solo una gestione realmente riconducibile, anche indirettamente alla parte pubblica» potrebbe garantirne la piena disponibilità;

— «la valutazione sugli impianti in questione» sarebbe «analoga a quella fatta nel lontanissimo 1991 dall'IRI»;

— i patti parasociali sottoscritti contestualmente alla stipula del contratto di compravendita conferirebbero al «partner un potere di indirizzo strategico dell'attività di RaiWay addirittura superiore a quello del socio di maggioranza;

— in conclusione, «il controllo di RaiWay» non farebbe «più capo alla concessionaria, con conseguente alterazione delle condizioni dell'autorizzazione rilasciata dal Ministero alla Rai con provvedimento 11 novembre 1999».

2. — Insorgendo contro il provvedimento ministeriale negativo la società concessionaria ne contesta la legittimità sostenendo che il Ministero avrebbe agito con incompetenza, in carenza di un potere autorizzatorio in ordine all'intervenuta attività contrattuale, con eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e di motivazione, e, nel merito, con valutazioni erranee circa l'asserita perdita di controllo da parte della Rai nei confronti della società RaiWay.

3. — Resistendo al ricorso l'amministrazione intimata ne eccepisce l'inaammissibilità sotto più profili: per carenza di interesse all'impugnativa; per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in relazione al rapporto controverso (che si innesterebbe su una pretesa attinente a diritti soggettivi derivanti dal contratto di cessione di una partecipazione azionaria) e alla natura dell'atto impugnato (che, in ragione dell'ampia discrezionalità politico-amministrativa che lo caratterizza, si attergerebbe ad atto politico o comunque di alta amministrazione).

4. — La disamina delle eccezioni pregiudiziali in ordine all'ammissibilità del ricorso postula la preliminare definizione della natura dell'atto impugnato. Anche, perché, in dissonanza con la prospettazione in proposito svolta dalla difesa erariale, la parte ricorrente attribuisce all'atto impugnato «natura ibrida», sostanzialmente configurandolo, poi, come «dichiarazione di scienza», nella considerazione che il Ministero sarebbe «stato chiamato dalle parti ad esprimere una valutazione sulla regolarità dell'operazione» (di cessione delle azioni di RaiWay).

La messa a fuoco della caratterizzazione giuridica dell'atto impugnato rende però opportuna la puntuale descrizione dei fatti entro cui si iscrive la vicenda all'esame.

Con provvedimento dell'11 novembre 1999, la Rai veniva autorizzata dal Ministero delle comunicazioni — ai sensi dell'art. 1, quinto comma, della convenzione Stato-Rai, approvata con decreto del Presidente della Repub-

blica 28 marzo 1994 — ad avvalersi di una società per azioni, la Newcotd, interamente posseduta e controllata dalla stessa Rai, per lo svolgimento delle attività inerenti all'installazione e all'esercizio tecnico degli impianti di cui all'art. 1, quarto comma, lettera *a*) di detta convenzione.

Nell'atto autorizzativo si stabiliva espressamente che: «ogni variazione dell'attuale assetto di controllo della New.Co. TD S.p.a., da parte di codesta Società, deve essere preventivamente autorizzata da questo Ministero».

In seguito, la predetta società Newcotd mutava la propria denominazione in RaiWay S.p.a., alla quale, con atto del 29 febbraio 2000, veniva trasferito il ramo aziendale costituito dall'ex «Divisione, diffusione e trasmissione» della stessa Rai.

Nel comunicare al Ministero l'intervenuto conferimento a RaiWay del predetto ramo aziendale, la Rai, con nota del 28 marzo 2000, dava assicurazione del fatto che l'operazione non aveva «comportato, ai sensi di quanto disposto nella quarta proposizione del citato provvedimento ministeriale (*id est*: dell'11 novembre 1999) variazione alcuna dell'assetto di controllo che, per tipologia, forme e strumenti di acquisizione e di mantenimento rimane quello di cui all'art. 2359, comma 1, n. 1, codice civile esistente al momento del rilascio dell'autorizzazione ad avvalersi di società controllate per l'esercizio delle attività assentite in concessione». Soggiungeva, poi, la Rai che il proprio consiglio di amministrazione, «all'esito delle procedure selettive» aveva «deliberato di conferire alla società Merrill Lynch l'incarico sospensivamente condizionato all'omologazione della delibera di aumento di capitale di RaiWay di svolgere le funzioni di advisor affinché assista la Rai nella procedura di collocamento di una quota minoritaria, non superiore al 49% e, orientativamente, non inferiore al 30% della sua partecipazione nel capitale RaiWay».

Con nota del 27 aprile 2001, la Rai informava il Ministero delle comunicazioni di aver stipulato, in pari data, un contratto di compravendita avente ad oggetto la cessione «alla CCR S.r.l., società indirettamente controllata da Crown Castle Internazionale Corp., le azioni rappresentative del 49% del capitale della RaiWay, mantenendo quindi la titolarità del residuo 51% del capitale sociale». Informava, altresì, che, contestualmente alla sottoscrizione del contratto le parti avevano sottoscritto dei «patti parasociali» finalizzati a disciplinare l'esercizio delle rispettive prerogative dei soci.

Al contratto, reso subito efficace tra le parti, accedevano due condizioni risolutive consistenti: la prima, nel mancato rilascio dell'autorizzazione all'operazione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi della legge n. 287/1990; la seconda, nel mancato rilascio, entro sei mesi dalla data di sottoscrizione del contratto, di una «presa d'atto» da parte del Ministero delle comunicazioni dell'intervenuta cessione e del fatto che quest'ultima fosse conforme «ai termini e alle condizioni della convenzione e dell'autorizzazione, con particolare riferimento al requisito del mantenimento del controllo della RaiWay da parte della scrivente Rai per le finalità della convenzione e dei relativi contratti di servizi».

Approssimandosi la data stabilita per la «presa d'atto», la Rai, con nota del 18 ottobre 2001 indirizzata al Ministero, nel ripercorrere le fasi salienti del procedimento, puntualizzava come «l'Autorità del garante e della concor-

renza del mercato, con provvedimento protocollo n. 9859 dell'8 agosto 2001» aveva «ritenuto di non dover avviare l'istruttoria di cui all'art. 16, comma 4, della legge n. 287/1990 e che «analoga determinazione» era «stata assunta, con riferimento all'operazione in parola, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, con parere del 6 agosto 2001». Sollecitava pertanto l'Amministrazione al rilascio «della positiva comunicazione di presa d'atto», già richiesta il precedente 27 aprile, ricordando come, «sia nel caso in cui non fosse rilasciata alcuna comunicazione da parte del Ministero entro il predetto termine (del 26 ottobre 2001), sia nel caso in cui il Ministero rilasciasse una comunicazione di diniego della richiesta presa d'atto, gli accordi negoziali con la Crown Castle International Corporation perderebbero di efficacia, con conseguente obbligo di restituzione a Crown Castle del prezzo delle azioni RaiWay, pari a lire 791,4 miliardi oltre gli interessi maturati dal 27 aprile 2001».

Avveniva, intanto, in data 20 ottobre 2001, che il Ministro delle comunicazioni, sulla base di un esame del contratto e dei patti parasociali, rappresentava alla Crown Castle «la netta impressione» che «il rispetto formale dell'autorizzazione (essendo RaiWay posseduta al 51% dalla Rai)» poteva «non essere sufficiente a modificare il quadro di sostanziale perdita di controllo da parte della Rai di un'attività di rilevante interesse strategico nazionale». Evidenziava, altresì, come «i fatti dell'11 settembre e gli sviluppi successivi» rendevano «ancora più rilevanti le preoccupazioni circa le possibili limitazioni di un effettivo esercizio del controllo su un fondamentale elemento del patrimonio tecnologico nazionale da parte della Rai», e ciò imponeva al Ministero «un'attenta considerazione dei preminenti interessi nazionali».

Il successivo 22 ottobre, il Presidente della società statunitense replicava che i patti negoziali conclusi con la Rai prevedevano un ruolo decisivo (*decisive role*) di Crown Castle nella conduzione (*in the management*) dell'attività del *Tower business* e un ruolo significativo nella gestione dell'azienda (*and a significant role in the management of RaiWay*). Rappresentava, poi, l'intenzione di Crown Castle, qualora il Governo avesse deciso di procedere ad una privatizzazione degli *assets* in questione, di acquisire il pacchetto di maggioranza della società RaiWay al fine di poter più compiutamente realizzare gli obiettivi prefissati.

Interveniva, quindi, e infine, l'atto del 26 ottobre 2001 con il quale il Ministero delle comunicazioni negava la presa d'atto richiesta con la nota del 27 aprile 2001 preliminarmente rilevando come la Rai, anziché richiedere la preventiva autorizzazione, così come stabilito nel provvedimento dell'11 novembre 1999, aveva anticipato il perfezionamento del contratto di cessione, condizionandone risolutivamente l'efficacia alla mancata «presa d'atto» dell'Amministrazione. Soggiungeva poi, quanto al merito dell'operazione della cessione della partecipazione azionaria in questione, che, «contravvenendo all'impegno assunto dalla Rai circa il mantenimento del controllo di RaiWay e posto alla base dell'autorizzazione rilasciata in data 11 novembre 1999, i patti parasociali» erano tali «da conferire al partner un potere di indirizzo strategico dell'attività di RaiWay addirittura superiore a quello del socio di maggioranza».

5. — Così rappresentate le scansioni fattuali dell'articolata vicenda, deve definirsi coerentemente alla premessa metodologica sopra enunciata l'effettiva portata del provvedimento ministeriale impugnato. La quale va delineata sulla base dell'oggettivo contenuto dell'atto, riguardato in connessione sistematica con i provvedimenti e le attività a cui esso accede.

5.1. — Su tale considerazione non può certamente aderirsi alla concettualizzazione in proposito proposta dalla difesa della ricorrente.

Invero, affermare la natura «ibrida» dell'atto impugnato, per pervenire poi alla conclusione che esso si qualifichi come una «dichiarazione di scienza», è il precipitato di una ricostruzione fattuale e giuridica della vicenda che non trova rispondenza nei termini obiettivi del suo reale svolgimento. Tale ricostruzione poggia, infatti, sul dato che il Ministro sarebbe stato legittimamente chiamato dalle parti a esprimere una valutazione sulla regolarità dell'operazione della cessione azionaria, mentre il Ministro medesimo si sarebbe erroneamente ritenuto investito di un potere autorizzatorio esercitabile in via preventiva. Ma un siffatto esito di considerazioni conclusive potrebbe fondatamente sostenersi solo ove si acceda alla tesi dalla sezione non condivisa per le valutazioni che saranno rassegnate nel prosieguo che la condotta della Rai, per quel che attiene alla perfezionata attività contrattuale, si sia attivata e mantenuta nei termini stabiliti dalla convenzione e dal provvedimento autorizzatorio dell'11 novembre 1999.

Quanto, poi, più specificamente alla natura dell'atto oggetto dell'impugnativa, sembra difficilmente predicabile il suo carattere di dichiarazione di scienza che, come è noto, vale a connotare l'atto per i suoi profili intellettivi (consistendo essa nella manifestazione, da parte di un soggetto, di una propria cognizione, o rappresentazione, o convinzione, in ordine ad una data situazione) piuttosto che per quelli volontaristici mirati alla produzione di ben determinati effetti.

Orbene, sotto tale riguardo, e con attenta considerazione al contenuto dell'atto ministeriale, è certo che quest'ultimo si caratterizza per il suo intento volontaristico di risolvere l'efficacia dell'attività contrattuale posta in essere dalla Rai con il partner statunitense: su tale non confutabile dato l'atto non lascia di essere un provvedimento amministrativo in quanto manifestazione di volontà posta in essere da un'autorità amministrativa nell'esercizio di una potestà pubblica.

Più precisamente, e come si è enunciato in fatto, ci si trova al cospetto di una determinazione autoritativa con la quale il Ministro delle comunicazioni, ponendosi criticamente nei riguardi della richiesta avanzata dalla Rai del rilascio di una «presa d'atto» dell'operazione commerciale *de qua*, ne ha denunciato il carattere anomalo in quanto successiva, e non preventiva (sotto forma di autorizzazione), alla stipula del contratto.

Con la stessa determinazione, poi, il Ministro, sulla base di valutazioni implicanti profili di ampia discrezionalità, ha negato l'ammissibilità dell'intervenuta cessione azionaria per l'opportunità di conservare la titolarità degli impianti, in capo alla società pubblica concessionaria, in ragione della loro rilevante importanza strategica, e per l'ulteriore considerazione che la disciplina prevista nei patti sociali avrebbe comportato la perdita, da parte della concessionaria medesima, del controllo di RaiWay.

6. — Quanto puntualizzato in ordine alla consistenza dell'atto impugnato consente, sotto altro verso, di disattendere le eccezioni pregiudiziali di inammissibilità del ricorso variamente sollevate dalla difesa dell'Amministrazione resistente.

6.1. — Non ha pregio, anzitutto, la prospettazione secondo cui la Rai, in considerazione dell'attribuita natura di semplice dichiarazione di scienza dell'atto impugnato, sarebbe priva di interesse a coltivare l'impugnativa. Si è chiarita, infatti, l'esatta portata concettuale dell'atto ministeriale, puntualizzandosi come un approccio sostanzialistico non consente di considerarlo nel senso proposto in ricorso.

Sotto altro verso, non può accedersi alla tesi del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nel rilievo che la pretesa della ricorrente atterrebbe esclusivamente a diritti soggettivi derivanti dal contratto di cessione della partecipazione azionaria.

È agevole, in proposito, osservare che l'impugnativa si dirige nei riguardi di una determinazione ministeriale cui non può negarsi natura provvedimento. Deve, peraltro, soggiungersi che la situazione all'esame radica certamente una controversia in materia di servizi pubblici, come tale devoluta *ex lege* alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33, secondo comma, lettere *b*) e *c*), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, che riserva in particolare a detto giudice le controversie rispettivamente: «tra amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi» (lettera *b*.) e «in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi» (lettera *c*.).

In proposito, non può dubitarsi del fatto che la presente fattispecie, attinendo a questione afferente in sostanza la materia dei pubblici servizi nel settore delle telecomunicazioni, rientri nella precitata previsione legislativa, in quanto la Rai è concessionaria in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo. Qualità questa che, come puntualmente rammentato anche dalla difesa erariale, comporta l'attribuzione alla concessionaria della qualifica di «società di interesse nazionale» ai sensi dell'art. 2461 del codice civile.

6.2. — Ugualmente da disattendere è l'eccezione pregiudiziale di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, desunta dalla natura di atto politico del provvedimento impugnato, come tale sottratto al sindacato giurisdizionale ai sensi dell'art. 31 R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato).

In proposito, ripetendo concetti fin troppo noti, è appena il caso di osservare che, nell'elaborazione giurisprudenziale, la categoria degli atti politici risulta ristretta a quegli atti palesemente estranei alla funzione amministrativa in quanto espressione di una potestà costituzionale e di governo. Trattasi, in particolare, di atti di così pregnante necessità per il funzionamento del nostro sistema costituzionale che non sono idonei a rifluire lesivamente in via diretta su interessi individuali e non sono, pertanto, suscettibili di essere assoggettati al sindacato giurisdizionale.

Orbene, per quanto il provvedimento impugnato involga la responsabilità politica del titolare del Dicastero, non può di certo affermarsi che il contenuto dell'atto sia permeato di un così totale rilievo e significato politico da giustificare la sua sottrazione alla tutela giurisdizionale garantita dall'art. 113 della Costituzione per le situazioni soggettive lese dai provvedimenti delle autorità amministrative.

6.3. — Anche l'ultima eccezione pregiudiziale, che fa leva sul concetto di attività «di alta amministrazione» per inferire la non giustiziabilità del provvedimento ministeriale, non è da condividere.

Infatti, anche se connotato da amplissima discrezionalità, l'atto di alta amministrazione è pur sempre un vero e proprio atto amministrativo, e come tale sicuramente sindacabile in sede giurisdizionale; sicché, per tale via, l'asserita caratterizzazione giuridica del provvedimento ministeriale non potrebbe essere valorizzata per affermarne la sua non impugnabilità.

7. — Il ricorso è pertanto ammissibile. Esso, però, non merita accoglimento alla stregua delle considerazioni che seguono.

7.1. — Non è anzitutto fondato l'iniziale motivo di ricorso, con il quale è dedotta l'incompetenza del Ministro ad adottare l'atto impugnato. Si sostiene, in particolare, che, ai sensi dell'art. 4, primo comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (che riproduce pedissequamente l'art. 3 del decreto legislativo n. 29/1993) l'adozione degli atti e dei provvedimenti di competenza dei Ministeri e le relative responsabilità spettano ai dirigenti e non ai ministri, cui compete invece l'indirizzo politico-amministrativo.

7.1.1. — Deve al riguardo osservarsi richiamando argomentazioni già svolte che il provvedimento impugnato, quale esplicazione di potestà di vigilanza e di controllo rientranti nell'ambito della responsabilità politica del Ministro, legittimamente radica in capo a questi la competenza dell'adozione dell'atto.

Non può, poi, sottacersi come puntualmente rilevato dalla resistente che l'originaria autorizzazione dell'11 novembre 1999 ad avvalersi di società controllata, ai sensi della convenzione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 marzo 1994, è stata rilasciata dall'autorità ministeriale del tempo e che sulla legittimità di tale competenza non sono mai stati adombrati dubbi o formulate contestazioni.

7.2. — Da disattendere è anche l'ulteriore motivo, con il quale si contesta l'esistenza in capo al Ministro, di un preventivo potere autorizzatorio per il semplice mutamento della partecipazione azionaria della società controllata.

La censura merita attenta disamina perché attiene all'aspetto fondamentale della presente controversia.

Sostiene la ricorrente che i casi in cui al Ministero spetta un potere autorizzatorio, rispetto a singole operazioni di gestione, sono specificamente e tassativamente individuate dalla convenzione e dal contratto di servizio e che l'ipotesi ricorrente nel caso di specie — cessione a terzi di una partecipazione azionaria nel capitale di società costituita dalla Rai ai sensi dell'art. 1, quinto comma, della convenzione — non sarebbe disciplinata né dalla convenzione medesima, né dal contratto di servizio.

7.2.1. — La tesi non è condivisibile e appare smentita da una piana interpretazione degli atti amministrativi e regolamentari che, *in subiecta materia*, disciplinano il potere autorizzatorio ministeriale.

La più volte menzionata previsione contenuta nell'art. 1, quinto comma, della convenzione a suo tempo intervenuta tra il Ministero delle poste e delle telecomunicazioni e la Rai, e concedente a quest'ultima in esclusiva sull'intero territorio nazionale il servizio pubblico di diffusione di programmi radiofonici e televisivi, così testualmente dispone: «La società concessionaria può, previa autorizzazione del Ministero delle poste e delle telecomunicazioni, avvalersi, per attività inerenti all'espletamento dei servizi concessi, di società da essa controllate».

Va soggiunto che, coerentemente con la riportata disposizione, il provvedimento dell'11 novembre 1999 — con il quale il Ministro delle comunicazioni aveva autorizzato la Rai ad avvalersi della società per azioni Newcotd per lo svolgimento delle attività inerenti all'installazione e all'esercizio degli impianti di cui all'art. 1, quarto comma, della convenzione — stabiliva espressamente che «ogni variazione dell'attuale assetto di controllo della New. Co. TD S.p.a. da parte di codesta società deve essere preventivamente autorizzata di questo Ministero».

Orbene, in tale contesto dispositivo che, stante la sua chiarezza, non può essere inteso che attraverso l'elemento filologico delle espressioni letterali impiegate non possono trovare posto le argomentazioni della parte ricorrente della non necessità della preventiva autorizzazione ministeriale nell'ipotesi che ne occupa, costituita dal mutamento della partecipazione azionaria della società controllata.

A parere della sezione l'esistenza del preventivo potere autorizzatorio, da parte del Ministero, era chiaramente desumibile *ex se* dalla riportata previsione di cui al quinto comma dell'art. 1 della convenzione, che postulava l'autorizzazione ministeriale in caso di avvalimento, da parte della concessionaria, di società da quest'ultima controllate «per attività inerenti all'espletamento dei servizi concessi».

In proposito è il caso di puntualizzare che alla società partecipata era stata appunto trasferita ogni attività e organizzazione concernente la pianificazione, la progettazione, l'installazione, la realizzazione, l'esercizio, la gestione, la manutenzione, l'implementazione, lo sviluppo, nonché la proprietà degli impianti tecnici, e che la convenzione ricomprende, tra i servizi concessi, (art. 1, quarto comma, lettera a.-) l'installazione e l'esercizio tecnico degli impianti e dei connessi collegamenti di tipo fisso.

Sicché, come condivisibilmente sostenuto dalla difesa dell'Amministrazione, le parti non avrebbero potuto procedere all'alienazione di una quota azionaria anche quando tale operazione non avesse, in ipotesi, comportato la perdita di controllo su RaiWay senza la preventiva autorizzazione ministeriale.

Quand'anche, poi, dovesse ritenersi, in via meramente ipotetica, che la norma della convenzione non legittimi l'interpretazione patrocinata da questo giudice (il che fermamente si contesta) non potrebbe comunque, e in alcun modo, confutarsi che il provvedimento autorizzatorio

dell'11 novembre 1999 vincolava la concessionaria a sottoporre ad autorizzazione preventiva *ogni e qualsiasi mutamento* dell'assetto di controllo della New. Co TD e quindi di RaiWay (che di questa aveva assunto la denominazione).

Va, in proposito, e peraltro, rammentato che anche l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, nell'esprimere il 1° agosto 2001 il proprio parere favorevole all'Autorità garante della concorrenza e del mercato in ordine «alla valutazione dell'operazione di concentrazione», avvertiva, nelle proprie conclusioni, che «l'operazione» doveva intendersi «subordinata al rilascio di un'apposita autorizzazione da parte del Ministero delle comunicazioni, ai sensi dell'art. 1, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 28 marzo 1994, poiché l'autorizzazione rilasciata alla Rai l'11 novembre 1999, per lo svolgimento delle attività inerenti all'installazione e all'esercizio degli impianti tecnici, prevede che ogni variazione dell'attuale assetto di controllo della società New. Co TD S.p.a. (ora Rai Way) da parte della Rai debba essere preventivamente autorizzata dal Ministero stesso».

Consegue, dall'esposto ordine di considerazioni, che la ricorrente, nell'operazione commerciale di cessione della partecipazione di minoranza in RaiWay, ha posto in essere una procedura anomala e affatto dissonante dai termini e dalle condizioni imposte dalla convenzione Stato-Rai e dall'autorizzazione ministeriale intervenuta in data 11 novembre 1999, prevedendo arbitrariamente, in luogo della necessaria e preventiva autorizzazione formale, un successivo atto di assenso ministeriale, sotto forma di «presa d'atto», con funzione di condizione risolutiva del già perfezionato ed efficace contratto di cessione.

Né potrebbe sostenersi, come pure la ricorrente lascia trasparire in sede di esposizione fattuale della vicenda, che una richiesta di autorizzazione preventiva era stata comunque avanzata con la nota del 28 marzo 2001. Infatti, tale nota, per quel che qui interessa rilevare, era diretta a preannunciare la volontà della concessionaria di collocare sul mercato una quota minoritaria della sua partecipazione nel capitale RaiWay e con essa non era stata avanzata domanda di autorizzazione preventiva all'operazione di cessione, attraverso la sottoposizione al vaglio ministeriale dello stipulando contratto di cessione.

8. — La mancata richiesta, da parte della concessionaria, della preventiva autorizzazione ministeriale al contratto di cessione, e la conseguente denuncia dell'attivazione di una procedura anomala nella conclusione dell'attività di compravendita in questione, costituiva certamente elemento autonomamente significativo, sotto il profilo della rilevanza giuridica, per radicare il legittimo diniego dell'Autorità ministeriale all'invocata «presa d'atto».

Il provvedimento negativo ministeriale non si è limitato, però, ad evidenziare l'anomalia della procedura seguita dalla Rai con la richiesta «presa d'atto». Esso si compone, infatti, di una parte ulteriore in cui, con valutazioni attinenti al merito dell'operazione di cessione azionaria, e nel rilievo dell'opportunità di conservare in capo alla società concessionaria la titolarità degli impianti (indipendentemente dalla semplice rilevanza commerciale degli stessi, perché asseritamente non commensurabile alla loro importanza

strategica), si afferma l'inammissibilità della cessione, così come disciplinata nei patti parasociali concordati tra le parti, in quanto foriera di una sostanziale perdita di controllo di RaiWay da parte della concessionaria pubblica.

8.1. — In ordine a tale parte dispositiva del provvedimento ministeriale la ricorrente deduce un complesso di censure mirate a denunciare l'eccesso di potere, sotto svariati profili, in cui sarebbe incorsa l'Autorità procedente nell'attività valutativa conducente al giudizio finale, secondo cui con la conclusione dei patti parasociali, la Rai, contravvenendo all'impegno assunto in convenzione, non avrebbe mantenuto il controllo della società (RaiWay) della quale si è avvalsa per l'esercizio dei servizi concessi.

8.2. — Rileva preliminarmente la sezione, in coerenza con la natura dell'atto ministeriale, *in parte qua* connotato da sicuri elementi di ampia discrezionalità cui sono commisti anche profili valutativi che impingono al merito tecnico dell'operazione in questione che il sindacato giurisdizionale di legittimità — nella specie certamente ammissibile, vertendosi, pur sempre, come in precedenza argomentato, al cospetto di un provvedimento amministrativo — deve mirare a saggiare se, attraverso la motivazione dell'atto, le scelte valutative discrezionali operate dall'Amministrazione presentino profili, o comunque, sintomi di incongruità.

8.3. — In proposito valgono le seguenti considerazioni.

Nell'atto impugnato si evidenzia come i patti parasociali, sottoscritti dalle parti contestualmente al contratto di cessione, conferivano al partner un potere di indirizzo strategico dell'attività di RaiWay superiore a quello di maggioranza.

Tanto è stato desunto da un complesso di elementi valutativi riferiti ai seguenti settori di osservazione.

1. *Gestione della società.*

I patti parasociali prevedevano (art. 3, lettera c.-) che, per l'approvazione di sedici delibere (approvazione e modifica di qualsiasi *business plan* o *budget*; acquisto di partecipazione in società, rami d'azienda ect; sottoscrizione di contratti di finanziamento per impianti superiori a dieci miliardi per singola operazione o cinquanta miliardi per il totale delle operazioni; modifica, sospensione, revoca o cessazione di ogni tipo di consenso rilevante per la società; stipula di qualsiasi rilevante accordo, ivi compreso il contratto di servizio anche con soggetti diversi dalla Rai; decisione circa transazioni o azioni legali di valore superiore a dieci miliardi; rapporti di lavoro e deleghe; finanziamenti; conclusioni di contratti; costituzione di società controllate; costituzione di garanzie; concessioni di prestiti; proposta di ammissione a quotazione della società; accordi di consulenza di durata superiore a dodici mesi o di importo superiore a cinquecento milioni; stipula, cessazione o modifica di qualsiasi accordo di importo superiore a dieci miliardi incidente sulla gestione del c.d. *Tower business*) fosse necessario, su un consiglio di amministrazione costituito di otto elementi (cinque nominati dalla Rai e tre dal *partner*), il voto favorevole di almeno due consiglieri di designazione del *partner* (ossia del socio di minoranza).

2. Collegio sindacale.

L'art. 4 prevedeva una prevalenza nel controllo da parte del socio di minoranza dal momento che questi avrebbe nominato due sindaci a fronte dell'unico sindaco nominato dalla Rai.

3. Nomine.

L'art. 6 prevedeva la creazione del *Business Development Officer*, figura centrale al quale delegare pieni poteri equiparabili ai poteri delegati all'amministratore delegato dal Consiglio di amministrazione, limitatamente alla gestione delle attività della società nel *Tower business*, di rilevante interesse strategico.

4. Maggioranza in assemblea straordinaria.

L'art. 5, lettera b), prevedeva una maggioranza del 67% per le materie di competenza dell'assemblea straordinaria sia in prima che in seconda convocazione, con conseguente assegnazione al *partner* di un potere di blocco sulle delibere di detta assemblea.

5. Divieto di concorrenza.

L'art. 9, lettera a), prevedeva il divieto di concorrenza del *partner* per un periodo di un solo anno dalla perdita della qualità di socio, mentre nella prima stesura dei patti parasociali, predisposti dalla Rai, il periodo di non concorrenza era stabilito in cinque anni.

8.4. — Tutto ciò premesso, nell'obiettiva considerazione delle situazioni singolarmente indicate, sembra plausibile l'affermazione di fondo sottesa al provvedimento impugnato, e cioè che la cessione della partecipazione azionaria di RaiWay, formalmente contenuta nella quota minoritaria del 49%, comportasse nella sostanza un'influenza del *partner* sostanzialmente superiore a quella spettantegli in base all'effettiva partecipazione azionaria.

In proposito non può che aderirsi a quanto osservato dalla difesa dell'Amministrazione in ordine agli elementi che, in base della stessa disciplina civilistica (art. 2359 del codice civile, come modificato dall'art. 1 del decreto legislativo n. 127/1991, che contiene la definizione di società controllate), valgono a connotare il rapporto di controllo. Il quale non si individua soltanto in ragione di un preciso rapporto giuridico (come, ad esempio, dalla consistenza della partecipazione azionaria; c.d. controllo di diritto: art. 2359 del codice civile, primo comma, n. 1), ma anche per effetto di un'influenza dominante esercitata dalla società su altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con quest'ultima (c.d. controllo di fatto: art. 2359 del codice civile, primo comma, n. 3).

Orbene, il provvedimento impugnato con procedimento valutativo che, nei limiti del sindacato di legittimità, appare immune da vizi logici ha pertinentemente valorizzato la nozione di controllo di fatto, evidenziando come la peculiare disciplina dei patti parasociali annessi al contratto rivelassero un'ingerenza del *partner* tale da configurare un'influenza dominante nel controllo societario di RaiWay.

Non poteva, poi, non considerarsi che una tale ingerenza avrebbe interessato un settore inerente a un complesso di impianti trasmettenti e di collegamento installati su tutto il territorio nazionale, utilizzabili anche per servizi a terzi di assoluta importanza strategica e di sicuro rilievo internazionale.

Non sembra *ex adverso* concludente la tesi della concessionaria ricorrente tendente a minimizzare la consistenza dei patti parasociali ai fini della vanificazione del controllo; e ciò nella considerazione che quest'ultimo appariva comunque positivamente garantito da quanto affermato, in sede di «principi generali» (art. 1), circa «l'effettivo controllo della gestione complessiva della società» che non avrebbe non potuto non rimanere «di competenza della Rai, quale socio di maggioranza».

Infatti, è sulla base dell'effettiva portata e incidenza di tali patti, e facendo utilizzazione della categoria civilistica del controllo di fatto, che l'Autorità ministeriale è pervenuta alla considerazione dell'attribuzione al *partner* di un potere di indirizzo strategico debordante rispetto alla consistenza quantitativa della rilevata partecipazione azionaria.

Quanto, poi, al rilievo che i patti parasociali non avrebbero potuto considerarsi concludenti ai fini della perdita di controllo da parte della Rai sulla società RaiWay, è il caso di osservare che le delibere di cui al precitato art. 3, lettera *c*), riguardavano materie interessanti le principali attività della società.

Peraltro, non è senza rilievo la circostanza (e ciò ulteriormente invero la tesi della sostanziale perdita di controllo da parte della concessionaria sulla società RaiWay) che è stata la stessa Crown Castle, nella corrispondenza intercorsa con il Ministro delle comunicazioni appena prima dell'adozione del provvedimento impugnato, a riconoscere che i patti negoziali che accedevano al contratto di cessione della partecipazione azionaria prevedevano un ruolo di grande e decisivo rilievo della società statunitense nella gestione di RaiWay.

9. — Alla stregua di tutte le considerazioni che precedono il ricorso va respinto.

La complessità e la novità delle questioni trattate spingono a compensare tra le parti spese di lite e onorari di causa.

(omissis) >>

Nel pubblicare la sentenza della II sezione del TAR Lazio sulla questione RAI Way, il pensiero commosso della redazione va al presidente Filippo Marzano che, nel settembre di quest'anno, è venuto prematuramente a mancare.

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

PARERE DEL 23 OTTOBRE 2000 N. 108136.

Cose aventi interesse storico-artistico: a) beni di interesse storico-artistico di proprietà di enti pubblici non inseriti negli elenchi previsti dall'art. 4, legge 1° giugno 1939, n. 1089: a quali condizioni possa ritenersi sussistente il vincolo ex legge n. 1089/1039 cit; b) società per azioni derivanti da trasformazione di ente pubblico economico (nella specie Ferrovie dello Stato S.p.a.): se ai beni di interesse storico-artistico delle ridette società si applichi la disciplina di cui agli articoli 4, legge n. 1089/39 e 5 D.Lgs. n. 490/1999. (Consultivo n. 8177/00, avv. D'Amato).

«Un'iniziativa di tutela assunta dalla Soprintendenza ai Beni Culturali ed Ambientali di Palermo riguardo ad edificio delle Ferrovie dello Stato S.p.a. (ordine di liberare dal traffico veicolare il cortile del «Palazzo delle Ferrovie») è stata ritenuta illegittima dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (sent. 148/200), per due ordini di motivi riassumibili nei seguenti assunti:

laddove i beni degli enti pubblici, di cui all'art. 1 della legge 1089/39, non siano già inseriti negli elenchi previsti dall'art. 4 della stessa legge, perché possa ritenersi sussistente il relativo «vincolo» l'Amministrazione deve «svolgere, quanto meno, un'attività di ricognizione della preesistente situazione fattuale volta all'accertamento dell'esistenza dei presupposti per la qualificazione del bene, come bene di interesse artistico e storico», che deve pur sempre «risultare da apposita documentazione» approntata dall'Amministrazione medesima;

il trasferimento del bene, già appartenente all'azienda Autonoma delle Ferrovie dello Stato, all'Ente Ferrovie dello Stato e la successiva trasformazione di questo in società per azioni, ha comportato l'inoperatività del generale vincolo *ex lege* di cui alla citata norma dell'art. 4 legge n. 1089/39, che presuppone la natura pubblica del bene, in quanto, come precisato nella sentenza di primo grado del Tar Sicilia (sez. 1 sent. 359/1999), la legge n. 210/1985 profondamente mutato sia la natura giuridica del soggetto di titolarità sia quella del bene in questione.

In sintesi i presupposti per l'assoggettamento *ex lege* alle prescrizioni della legge n. 1089/39 non si sarebbero mai verificate e, nel caso, sarebbero venuti meno con la trasformazione dell'ente in società per azioni.

Quanto alla prima affermazione, è solo da segnalare che essa contraddice l'orientamento secondo il quale, allorché il bene appartiene ad un ente pubblico, la legittimità dell'intervento dell'Amministrazione competente alla tutela dell'interesse storico artistico non presuppone la preesistenza di una documentazione di valutazione del valore del bene stesso, essendo sufficiente che l'intervento rechi la motivazione (oltre che della necessità dello specifico tipo di intervento) dell'apprezzamento di discrezionalità tecnica inerente al ritenuto valore del bene (cfr. C.S. VI 255/93, VI 1061/95).

La seconda motivazione attiene ad un ordine di problemi di particolare rilievo per l'attuale evoluzione dell'ordinamento che, nel contesto europeo, si va rimodellando con l'attribuzione a soggetti di natura privatistica, di struttura societaria, di compiti di gestione di servizi già direttamente curati da amministrazioni o enti pubblici subentrando nel patrimonio di questi.

Al di là di ogni osservazione inerente al caso in cui è intervenuta la richiamata pronunzia (deliberata in data anteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 490/1999, pur se depositata successivamente) ed alla mancanza in questa di approfondite argomentazioni motivazionali, merita attenzione la problematica implicata, che può riguardarsi sotto i due aspetti: della ricomprensione della società per azioni derivante da trasformazione di ente pubblico economico nell'ambito dei soggetti cui si riferisce l'art. 4 legge n. 1089/1939 ed ora l'art. 5, comma 1 del decreto legislativo n. 490/1999; ovvero, del perdurare dell'assoggettamento del bene di interesse artistico storico alle prescrizioni della legge speciale, per vincolo diretto *ex lege*, malgrado la trasformazione dell'ente pubblico in soggetto societario.

Nel vigore dell'art. 4 legge n. 1089/1939, il problema se alcuni tra i soggetti aventi la forma di società per azioni potessero o dovessero essere assimilati, per ragioni di ordine sostanziale, agli enti pubblici e/o agli enti o istituti legalmente riconosciuti di natura privata (fondazioni e associazioni), pacificamente ricompresi nell'ambito previsionale della norma, era stato affrontato dal Tar Lazio (sez. II sent. 327/1995) con riguardo a banca d'interesse nazionale (Banca Commerciale Italiana) ed era stato risolto in senso positivo, con considerazioni che prescindevano dalla partecipazione azionaria dello Stato ed erano essenzialmente riferite al regime di controllo ed ingerenza governativa operante per le banche d'interesse nazionale in modo non dissimile da quanto previsto per gli istituti di credito di diritto pubblico (sicuramente rientranti nella previsione del citato art. 4 della legge n. 1089/1939).

Diverso avviso aveva peraltro manifestato il Consiglio di Stato (sez. VI sent. VI 176/98) che, nel riformare la sentenza di prime cure, aveva in particolare precisato che:

l'individuazione dei soggetti contemplati dall'art. 4 legge n. 1089/1939 doveva essere fatta con criteri di interpretazione particolarmente rigorosi, per la considerazione, oltre che delle incisive limitazioni sul diritto di proprietà, dell'esposizione dei soggetti in questione ad una serie di sanzioni;

l'assenza di fini di lucro propria di alcune tipologie di persone giuridiche di natura privata non appariva elemento sufficiente a fondare per esse un regime di proprietà diverso da quello di tutti gli altri soggetti privati, al di là delle specifiche limitazioni all'acquisto di determinati beni patrimoniali poste dall'art. 17 C.C. (norma peraltro già abrogata dall'art. 13 legge n. 127/1997, poi riformulato con l'art. 1 legge n. 192/2000);

quel che appariva elemento unificante e qualificante la sussunzione dei soggetti di cui all'art. 12 C.C. sotto la disciplina vincolistica apprestata per gli enti pubblici era la circostanza della ripetizione della loro soggettività da un atto costitutivo dello Stato, che le differenzia dalle società per azioni le quali acquistano soggettività nell'ordinamento giuridico per effetto diretto del perfezionamento del, procedimento costitutivo, senza alcun intervento concessorio da parte del potere statale. Il nesso genetico tra Stato e centri di istituzionali di imputazione di rapporti giuridici quali le associazioni e le fondazioni renderebbe possibile considerare la proprietà in capo ad essi di beni di rilevanza culturale subordinata all'interesse prioritario statale, giustificando la sussistenza automatica del vincolo e la soggezione all'obbligo di collaborazione (in cui si sostanzia la fornitura degli elenchi descrittivi dei beni) con il potere da cui ripetono il loro essere persona.

Sul punto è da rilevare che l'art. 5, comma 1, del sopravvenuto D.Lgs. n. 490/1999, modificando la generica espressione dell'art. 4 legge n. 1089/39 («enti ed istituti legalmente riconosciuti») nell'attuale più specifica «enti pubblici e persone giuridiche private senza fini di lucro», sembrerebbe aver risolto in radice ogni questione inerente alla riconducibilità o meno delle società per azioni all'ambito soggettivo considerato, fondando in particolare il discrimine tra soggetti privati, al fine di tale riconducibilità, su di un elemento (il fine di lucro) preclusivo di un recupero in detto ambito dei soggetti societari che, invece, era stato svalutato dal Consiglio di Stato.

La prospettiva seguita dal D.Lgs. n. 490/1999 sembrerebbe, in particolare, togliere peso alle argomentazioni che, sempre al fine della riconducibilità nell'ambito soggettivo in questione, potrebbero trarre alimento dalla specifica genesi dei soggetti societari che qui interessano, derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici (a loro volta, in ipotesi, succeduti nei compiti e nei beni di strutture dell'apparato dell'amministrazione statale).

Né, in ragione di quella che appare essere una sostanziale continuità della disciplina, sarebbe prospettabile un problema di diritto intertemporale riguardo alle situazioni pregresse.

Sotto il diverso aspetto oggettivo, in difetto di specifiche previsioni nelle leggi che dispongono la trasformazione di enti in società per azioni e ritenuta (per le considerazioni che seguono) l'insufficienza di un'eventuale generica previsione di acquisizione da parte del nuovo soggetto societario dei beni già posseduti dall'ente trasformato nel precedente loro stato di fatto e di diritto (è comunque da notare che, nel caso dell'Ente Ferrovie dello Stato, trasformato in società per azioni con delibera del CIPE 12 agosto 1992, l'art. 15 della legge n. 210/1985 istitutiva dell'ente, nel disporre la successione

nei beni già di pertinenza dell'Azienda Autonoma Ferrovie dello Stato, ha precisato che di questi l'ente aveva la piena disponibilità secondo il regime civilistico della proprietà privata, con l'unica espressa salvezza dei «limiti su di essi gravanti per le esigenze della difesa nazionale»; cfr. SS.UU. n. 8014/92), il connesso passaggio dei beni posseduti al regime civilistico ordinario impone di considerare se, nel caso in cui prima della trasformazione in società per azioni i beni fossero stati ricompresi negli «elenchi descrittivi» previsti dall'art. 4 legge n. 1089/39 ed ora dall'art. 5 del D.Lgs., possa ritenersi perdurare l'assoggettamento del bene allo speciale regime di tutela riconnesso alla sua qualità, malgrado il mutamento della natura del soggetto titolare (fermo rimanendo che il precedente eventuale passaggio da un regime demaniale connesso alla titolarità di un'amministrazione statale ad un regime di proprietà privata dell'ente pubblico alla prima succeduto avrebbe comunque condotto all'obbligo della compilazione degli elenchi descrittivi).

È poi da considerare se e quale salvaguardia sia possibile adottare nel caso in cui i beni di interesse storico-artistico prima della trasformazione del soggetto proprietario non fossero stati inseriti negli elenchi anzidetti (circostanza non impeditiva dell'assoggettamento allo speciale regime di tutela, comunque sostenuto dalla particolare natura dell'ente titolare considerata nella normativa *de qua*, dato il valore meramente dichiarativo e non costitutivo di tali elenchi, di finalità meramente individuativa).

Orbene, avuto sempre specifico riguardo ai beni immobili di cui all'art. 1 legge 1089/39 — art. 2, comma 1 lettera *a*), D.Lgs. 490/1999, sembra ineludibile una risposta negativa ai prospettati quesiti.

Una volta venuto meno il dato di per sé rilevante dell'appartenenza del soggetto proprietario al novero di quelli contemplati nell'art. 4 legge n. 1089/39 — art. 5 D.Lgs. n. 490/1999, l'opponibilità a terzi delle prescrizioni limitative della legge speciale richiede la pubblicizzazione del vincolo mediante trascrizione nei registri immobiliari, come è per i beni di soggetti diversi da quelli anzidetti e per beni diversi, pur di valore culturale, degli stessi soggetti (quali quelli dell'art. 2 legge n. 1089/39 — art. 2, comma 1 lettera *b*, D.Lgs. n. 490/1999; cfr. Cassaz. n. 6496/90).

Ed invero, la titolarità del bene di interesse artistico storico da parte degli enti pubblici o assimilati:

da un lato, con riguardo, al titolare, esclude la necessità di uno specifico provvedimento amministrativo di vincolo in ragione della postulata posizione collaborativa dello stesso soggetto proprietario (ritenuto per definizione attento alle esigenze di tutela), che implica in linea di principio il normale rispetto del regime speciale del bene medesimo derivante direttamente dalla legge sul presupposto oggettivo del valore del bene, già recepito dalla comune estimazione o recepibile in base a dati di comune significazione (cfr. Cassaz. penale III sent. 5089 del 18 maggio 1982);

dall'altro, rappresenta per sé stessa circostanza idonea a rendere «visibile» a terzi il vincolo di legge in presenza dell'accennato carattere intrinseco del bene (dato, quest'ultimo, oggettivamente rilevabile, che vale a differen-

ziare la situazione in esame da quella concernente i beni, di medesima appartenenza, rientranti nella diversa categoria di cui all'art. 2 legge n. 1089/39 — art. 2, comma 1 lettera *b*, D.Lgs. n. 490/1999, per i quali sono necessarie notificazione e trascrizione di un provvedimento di vincolo).

In altri termini, l'interesse artistico-storico presentato dal bene, congiunto all'appartenenza di questo ad un soggetto che la legge considera «qualificato» alla sua conservazione, mette in grado chiunque di conoscere l'esistenza dei vincoli che la legge direttamente riconnette alla qualità specifica del bene medesimo.

Questo spiega perché, nel concorso dell'accennato duplice presupposto (interesse artistico-storico presentato dal bene in sé considerato e sua appartenenza a soggetto «qualificato»), il bene sia comunque soggetto al regime previsto dalla legge speciale, indipendentemente dall'essere stato o meno incluso negli elenchi descrittivi (art. 4, comma 3, legge n. 1089/39 — art. 5, comma 5, D.Lgs. n. 490/1999).

Ma, se il profilo soggettivo dell'appartenenza risulta essenziale per il rispetto e la conoscibilità del regime del bene al di là di qualsiasi formalizzazione amministrativa, appare evidente che la situazione debba apprezzarsi in modo diverso allorché il titolare del bene più non rientri nella categoria dei soggetti «qualificati» e cessi quindi il presupposto nel cui perdurare non era necessaria (non solo l'imposizione di un vincolo amministrativo ma neppure) una formale individuazione del bene assoggettato direttamente *ex lege* al regime di tutela culturale.

In siffatta evenienza sembra sussistere l'esigenza di una pubblicizzazione adeguata di un tale assoggettamento e, sia per le diverse modalità di amministrazione e gestione della società rispetto all'ente, sia per la necessità dei requisiti di trascrivibilità dell'atto nei registri immobiliari — informati al principio della pubblicità al nome —, è da dubitare che a tal fine possa risultare sufficiente la trascrizione nei registri immobiliari dell'elenco descrittivo, ove esistente e recante tutti gli elementi di sicura identificazione del bene, dovendosi piuttosto ritenere necessario un apposito provvedimento ex art. 6 D.Lgs. n. 490/1999 nei confronti del soggetto attuale proprietario, secondo quanto dispone, senza deroghe, l'art. 10, comma 2, dello stesso D.Lgs per i beni di proprietà privata.

A *fortiori*, nel caso in cui al momento della trasformazione dell'ente in società per azioni un determinato bene non risulti inserito negli elenchi descrittivi, sembra imprescindibile la necessità dell'adozione di un provvedimento ex art. 6 D.Lgs. n. 490/1999.

Conclusivamente, in relazione a quanto sin qui prospettato è da valutare l'opportunità di un intervento legislativo che, per assicurare una continuità nel regime di tutela nei casi di trasformazione di un ente pubblico economico in società privata con acquisizione da parte di questa del patrimonio del primo, disponga che: 1) per i beni di cui all'art. 4 della legge n. 1089/1999 e dell'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 490/1999, la trasformazione dell'ente pubblico economico proprietario in società per azioni abbia l'effetto di rendere automaticamente applicabili, in via cautelare, le disposizioni previste dalla sezione I del Capo II e dalle sezioni I e II del

Capo III del Titolo I del D.Lgs. n. 490/1999 (ovvero che, per i beni anzidetti, nel caso della trasformazione di cui sopra, restino comunque applicabili le disposizioni sopra precisate sino a ...); 2) gli indicati effetti cessino allo scadere di tre anni dalla data della trasformazione senza che sia stata notificata e trascritta la dichiarazione di cui all'art. 8 dello stesso D.Lgs. n. 490/1999; 3) le disposizioni sopra precisate si applichino anche alle trasformazioni già attuate dal 1990, con decorrenza in tal caso del termine di cui al punto 2) dall'entrata in vigore della norma in cui venga tradotto l'ipotizzato intervento legislativo».

PARERE DELL'11 NOVEMBRE 2000 N. 115247.

Rimborso — ex art. 18 D.L. n. 67/1997 — al dipendente statale delle spese da lui sostenute per difendersi in un procedimento penale aperto a suo carico in dipendenza di fatti connessi con l'espletamento del servizio: se possa spettare al dipendente nei confronti del quale l'A.G. abbia dichiarato non doversi procedere essendo, il reato contestato, estinto per prescrizione — Art. 158 c.p. e art. 18 decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito in legge 23 maggio 1997, n. 135. (Consultivo n. 4468/00, avv. Giannuzzi).

(omissis) «Il diritto al rimborso delle spese legali, ex art. 18 decreto-legge n. 67/1997, convertito in legge con modificazioni dalla legge n. 135/1997, è riconosciuto in favore dei dipendenti di amministrazioni statali imputati di fatti-reato connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali, nei cui confronti sia stata emessa una sentenza o un altro provvedimento che abbia escluso la loro responsabilità.

La sentenza con cui il giudice penale dichiara, ai sensi dell'art. 531 c.p.p., la prescrizione del reato, proprio perché contiene l'accertamento della sussistenza di una causa di estinzione del reato (tale essendo la natura della prescrizione, come risulta dalla collocazione sistematica degli articoli 157, 158, 159, 160 e 161 c.p., che concernono tale istituto, nel Capo I del Titolo VI, del Libro I del codice penale, intitolato all'estinzione del reato), non è un provvedimento esclusivo della responsabilità del prevenuto in relazione al fatto ascrittogli.

Ciò vale tanto più nel caso di specie in cui il Tribunale di Grosseto, come risulta espressamente dalla motivazione della sentenza (cfr. pagg. 3 e 4), ha ritenuto configurabile il reato di cui al capo *a)* della rubrica nei confronti degli impuntati F. e B., i quali sono stati assolti dalla relativa imputazione solo perché è intervenuto il decorso del termine prescrizionale del reato.

Dalle suesposte considerazioni consegue che il diritto al rimborso delle spese legali spetta al Dr. B. solo relativamente all'imputazione di cui al capo *b)* della rubrica in relazione alla quale lo stesso è stato assolto con formula piena.

(omissis)»

PARERE DELL'11 NOVEMBRE 2000, N. 115248.

Appalti di opere pubbliche: somme iscritte in riserva a titolo di risarcimento del danno: cumulo di interessi e rivalutazione monetaria sulle stesse: se spetti — ed eventualmente in quali limiti — all'appaltatore. (Consulativo n. 12975/00, avv. Linguiti).

«Il quesito che viene proposto riguarda il problema del cumulo degli interessi e della rivalutazione in caso di obbligazione risarcitoria insorta nell'ambito di rapporti contrattuali di appalto di opere pubbliche.

Codesta Amministrazione dopo aver richiamato il contenuto del parere reso dalla scrivente con nota 23 luglio 1997 n. 100152 (e condiviso dal Consiglio di Stato 2^a Sez. con parere 30 settembre 1998, n. 1143/1998), sottolinea le incertezze interpretative che «l'avvertenza» di cui al punto 4 del detto parere («che per gli interessi sulle somme via via rivalutate decorrono dal di della costituzione in mora») determina.

In particolare, partendo da tale «avvertenza», viene prospettato il dubbio che la messa in mora ai fini della decorrenza degli interessi sia necessaria solo per le somme via via rivalutate (non occorrendo messa in mora per ottenere gli interessi sulla somma non rivalutata) ovvero che essa sia necessaria anche per gli interessi sulla stessa somma iniziale non rivalutata.

Si richiede pure, una volta escluso che la messa in mora possa essere individuata nella apposizione di riserva, quali atti, oltre all'atto introduttivo di vertenza giudiziaria o arbitrale, possono rappresentare messa in mora.

Come è stato osservato nel citato parere l'inadempimento della obbligazione contrattuale, se impossibile la prestazione in forma specifica, mette capo ad una obbligazione risarcitoria sostitutiva che ha natura di debito di valore tutte le volte che la sua traduzione in valuta non sia originariamente fissata o realizzabile sulla base di criteri automatici precostituiti ma sia frutto invece di una operazione di liquidazione per equivalente in valuta del valore della obbligazione originaria rimasta inadempita.

Quando — come nel caso di sospensioni illegittime o anomalo andamento dei lavori di appalto imputabili alla committenza — la prestazione in forma specifica (tempestiva collaborazione idonea ad evitare la sospensione e l'anomalo andamento dei lavori) non sia possibile, la liquidazione per equivalente «deve comprendere sia l'equivalente del bene perduto (e quindi la rivalutazione monetaria dalla sua espressione monetaria al momento del fatto) sia l'equivalente del mancato godimento di quel bene o del suo controvalore monetario per tutto il tempo che intercorre tra il fatto e la liquidazione» (v. Cass. SS.UU. 17 febbraio 1995 n. 1712).

È evidente che, una volta divenuta necessaria la traduzione in valuta della obbligazione contrattuale originaria inadempita non più eseguibile in forma specifica sarà necessaria la traduzione in valuta anche dei benefici che sarebbero conseguiti dal tempestivo adempimento della obbligazione di base (quella originaria tradotta in valuta), sicché se la traduzione in valuta

della prima avviene in ritardo rispetto al momento della insorgenza dell'obbligazione risarcitoria sostitutiva, dovrà essere tradotto in valuta anche il danno derivato dal tempo intercorso tra insorgenza dell'obbligazione risarcitoria e sua liquidazione.

Al fine di risarcire tale secondo danno (lucro cessante) «la giurisprudenza ha adottato la categoria degli interessi compensativi (allargando la fattispecie regolata dall'art. 1499 c.c.) che prescindono dalla mora e dai presupposti di liquidità ed esigibilità di cui all'art. 1282 c.c.» (v. Cass. SS.UU. n. 1712/1995 *cit.*).

La liquidazione di tale danno con il ricorso agli interessi sulla somma liquidata come equivalente dall'obbligazione originaria (danno emergente) è — come la stessa sentenza ora citata suggerisce — soluzione equitativa e di comodo che ben potrebbe essere sostituita da altre. Deve infatti tenersi conto da un punto di vista giuridico che gli interessi nel caso in esame «costituiscono un criterio di commisurazione del danno da ritardato conseguimento di una somma di denaro, che all'epoca del fatto, era per definizione non rivalutata» e da un punto di vista di fatto e della circostanza che «il tempo tra la produzione del danno e la sua liquidazione può essere cospicuo e la rivalutazione ragguardevole» e della circostanza che il tasso degli interessi legali può essere — come è stato in Italia tra il 1990 ed il 1996 — elevato (10%).

Le considerazioni fin qui svolte consentono le seguenti affermazioni:

a) quand'anche potesse distinguersi tra obbligazioni risarcitorie di inadempimenti contrattuali ed obbligazioni risarcitorie di illeciti extracontrattuali ai fini del regime degli interessi, la natura e funzione dell'obbligazione (commisurata eventualmente ad interessi) volta a ristorare il danno derivante dalla mancata disponibilità di una somma di danaro non consentono di invocare l'applicazione della regola di cui all'art. 1224 c.c. che esige, ma solo per le obbligazioni pecuniarie (quale non è quello in esame), la messa in mora ai fini della decorrenza di veri e propri interessi quali non sono quelli di cui qui si discute giacché qui gli interessi rappresentano solo (ed eventualmente) uno dei possibili criteri di commisurazione del danno per il ritardato conseguimento di una somma di danaro (sostitutiva di un adempimento in forma specifica divenuto impossibile);

b) come la stessa sentenza n. 1712/1995 suggerisce tale forma di lucro cessante potrà essere commisurato agli interessi legali sulla somma liquidata per danno emergente, ma in tal caso non sin dall'inizio del prodursi del danno sulla somma valutata, sebbene su somma via via rivalutata ad evitare che il creditore possa lucrare un compenso per danni non ancora verificatisi (se la rivalutazione adegua via via il dovuto, il danno da ritardato conseguimento del dovuto dovrà commisurarsi a tale progressivo adeguamento);

c) come sempre la stessa sentenza n. 1712/1995 suggerisce, tale forma di lucro cessante potrà anche essere liquidato con modalità diverse dal calcolo degli interessi legali per tener conto della eventualmente ragguardevole incidenza della rivalutazione e/o dell'eventualmente alto tasso degli interessi legali, non escludendosi neppure che possa essere provato un danno diverso e maggiore;

d) ed è proprio in funzione di circostanze di fatto normalmente ricorrenti negli illeciti contrattuali verificatisi nello svolgimento di rapporti di appalto di opere pubbliche e gravemente incidenti sulle pubbliche risorse che è stata formulata «l'avvertenza» di cui al punto 4 del parere richiamato nel foglio in riscontro finalizzata a tentare di ridurre l'incidenza del lucro cessante, una volta scelta la loro commisurazione da parte del creditore agli interessi legali, modellando cioè alla tipologia del bene richiesto (interessi) la utilizzabilità di una disciplina dettata espressamente per diverso tipo di situazione (obbligazioni pecuniarie) e richiedendo quindi (ex art. 1224 c.c.), ai fini della decorrenza degli interessi, la messa in mora che a stretto rigore, per quanto sopra esposto nel punto a), non può invece esser richiesta nel caso in esame.

Conclusivamente, pertanto, si significa:

1) la liquidazione del danno da illecito contrattuale deve comprendere tanto il danno emergente quanto il lucro cessante;

2) la produzione del danno nel caso di sospensioni illegittime o anormale andamento dei lavori di appalto ha inizio con il verificarsi dell'evento dannoso, e si incrementa con il perdurare dell'evento dannoso;

3) conseguentemente la somma liquidata con riferimento al momento iniziale del prodursi del danno andrà rivalutata dall'inizio del prodursi del danno e per tutta la durata dell'evento dannoso fino alla liquidazione;

4) il mancato conseguimento della somma via via rivalutata è a sua volta produttivo di danno (lucro cessante) e tale danno potrà essere commisurato agli interessi legali su somma via via crescente in forza della rivalutazione senza bisogno di messa in mora ed a far tempo sempre dal tempo medio di produzione del danno;

5) in relazione a particolari circostanze, rappresentate dal rilevante tempo intercorso tra il prodursi del danno e la sua liquidazione e della conseguente ragguardevole incidenza della rivalutazione, detti interessi potranno essere riconosciuti in via equitativa ad un tasso medio rispetto a quello legale variato — come è noto — nel tempo ed ora pari al 2,5% o come il parere avvertiva — dalla messa in mora (individuandosi messa in mora in qualsiasi atto scritto — diverso dalla semplice riserva apposta in contabilità — nel quale si faccia richiesta di tutti i danni conseguiti dal comportamento non conforme alle obbligazioni contrattuali).

Alla luce di quanto sopra, mentre non può che esprimersi apprezzamento per le iniziative assunte da codesta Amministrazione volte a ridurre l'entità degli esborsi risarcitori, si sottolinea l'opportunità di evitare che irrigidimenti in ordine alla decorrenza degli interessi sostitutivi del lucro cessante o alla loro misura vanifichino la conclusione di transazioni che, per la determinazione rigorosa e conveniente per la P.A. dei parametri di individuazione dei danni, appaiono vantaggiose».

PARERE DEL 17 NOVEMBRE 2000 N. 117457.

Patrocinio delle Aziende Policlinici Universitari – Ricorso al TAR Catania – Artt. 2 d.lgs. 21 dicembre 1999, n. 517; art. 44 T.U. 30 ottobre 1933, n. 164, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502. (Consultivo n. 8071/00, avv. Fiumara).

«L'art. 2, comma 1 del d.lgs. 21 dicembre 1999, n. 517, sulla disciplina dei rapporti fra il Servizio Sanitario Nazionale e le Università, dispone che la collaborazione fra l'uno e le altre si realizza «attraverso aziende ospedaliero — universitarie, aventi autonoma personalità giuridica». Per un primo periodo transitorio, aggiunge il comma 2, le aziende saranno, in via sperimentale, di due tipologie (per poi divenire un unico modello aziendale): aziende «integrate con il S.S.N.» se costituite in seguito a trasformazione dei policlinici universitari, ovvero aziende integrate con l'Università se costituite mediante trasformazione dei presidi ospedalieri.

Per la prima tipologia il comma 8 del medesimo art. 2 precisa che le aziende sono costituite «con autonoma personalità giuridica» dall'Università e «operano secondo modalità organizzative e gestionali determinate dall'azienda in analogia alle disposizioni degli articoli 3, 3-bis, 3-ter e 4 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, il primo dei quali al comma 1-bis precisa che le aziende si costituiscono con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale. Non così, invece, avviene per la seconda tipologia, per la quale nel regime transitorio il comma 7 dell'art. 2, rinvia, per la costituzione, al procedimento previsto nell'art. 4 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, ma non anche a tutte le disposizioni di esso richiamate per la prima tipologia.

Di conseguenza, mentre nel regime transitorio nuove aziende «integrate con l'Università» nel senso suddetto continuano ad appartenere funzionalmente alla struttura universitaria, con ogni ovvia conseguenza sotto il profilo processuale e in particolare sotto quello del patrocinio, continuando a rimanere in giudizio le Università per le aziende «integrate con il S.S.N.» (cioè gli ex policlinici universitari) v'è una formale e sostanziale separazione dall'Università di cui strutturalmente prima facevano parte.

La normativa di base e transitoria contenuta nel d.lgs. n. 917/1999 e quella richiamata del d.lgs. n. 502/1992 non sono sufficientemente esplicative riguardo alla rappresentanza dei nuovi enti e alla prosecuzione dei rapporti pendenti. È però da ritenere che, costituite le nuove aziende dotate di autonoma personalità giuridica, (cioè quelle «integrate con il S.S.N.») esse, in mancanza di una espressa disposizione di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con d.P.C.M., non sono rappresentate e difese in giudizio dall'Avvocatura dello Stato (art. 44 testo unico n. 1611/1933).

Ed è altresì da ritenere che dal punto di vista sostanziale esse subentrano nei rapporti giuridici attivi e passivi relativi ai beni loro assegnati e alle attività di loro competenza (l'art. 8 del d.lgs. n. 517/1999 rimanda a protocolli d'intesa, e a decreti interministeriali la regolamentazione di alcuni rapporti e prevede un'automatica successione solo nei rapporti di

lavoro a tempo determinato, ma sembra logico ritenere che la successione sia di carattere più ampio e generale, potendo riguardare, magari, a seguito delle intese, anche tutti i rapporti correnti funzionalmente legati alla attività dell'azienda).

Quale che sia, comunque, l'ampiezza della successione, è da ritenere che essa, dal punto di vista processuale (che è l'oggetto della richiesta di parere) si inquadri più nella successione a titolo particolare che non in quella a titolo universale, permanendo in vita il soggetto originario (l'Università): cfr. analogicamente quanto già precisato con il Parere di quest'Avvocatura 20 aprile 2000, n. 44791 sulla posizione dell'E.T.I., trasmesso con comunicazione di servizio 14 giugno 2000, n. 65/2000.

Di conseguenza, mentre l'Avvocatura non può assumere la difesa delle nuove aziende (per ora quelle «integrate con il S.S.N»), per i processi pendenti per i quali si prospetta la successione dell'azienda nel rapporto controverso occorrerà far capo al disposto dell'art. 111 cod. proc. civ.: il processo prosegue fra le parti originarie, cioè fra l'Università, rappresentata dall'Avvocatura, e l'altra parte, salvo l'intervento in causa dell'azienda, cui l'Università vorrà comunicare la pendenza della lite (non appare per ora opportuna la chiamata in causa, in considerazione di qualche perplessità sulla successione nel rapporto), con eventuale estromissione dell'Università previo il consenso prescritto delle parti: in ogni caso la sentenza pronunciata spiega i suoi effetti anche contro l'azienda, che è legittimata ad autonoma impugnazione».

PARERE DEL 17 NOVEMBRE 2000, N. 117697.

Contenzioso relativo ai canoni richiesti dall'Amministrazione per gli attraversamenti aerei di terreni di proprietà dello Stato, con linee elettriche, senza infissione a terra di pali o altri manufatti di sostegno: direttive di massima – Decreto ministeriale 20 luglio 1990; decreto ministeriale 2 marzo 1999, n. 258; art. 121 e ss. R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775. (Consultivo n. 6563/00 e n. 11791/00, avv. Albenzio).

«La problematica evidenziata in oggetto, in merito alla quale è stato chiesto l'orientamento della scrivente Avvocatura generale, ruota intorno ai due decreti ministeriali 20 luglio 1990 e 2 marzo 1999, n. 258, entrambi emanati ai sensi del decreto legge 27 aprile 1990, n. 90 convertito nella legge 26 giugno 1990, n. 165, sulla cui validità e legittimità sono pendenti numerosi contenzioni presso varie Autorità Giurisdizionali, ordinaria, amministrativa e specializzata, in Roma e presso altre sedi.

È, pertanto, senz'altro opportuno attendere l'esito di quei giudizi prima di esprimere, se del caso, un parere in ordine al comportamento che l'Amministrazione dovrà tenere in seguito ai pronunciamenti giudiziari.

Tuttavia, anche al fine di uniformare le difese nei contenziosi in atto e di dare indicazioni all'Amministrazione per il periodo intermedio, si ritiene utile esprimere alcune valutazioni di massima nella materia.

Com'è noto, il primo decreto ministeriale è stato annullato dalla decisione del TSAP n. 35/1992, confermata dalla sentenza della Cassazione civile, SS.UU., n. 10124/1994, per ragioni di ordine esclusivamente formale,

vale a dire la mancata acquisizione del parere del Consiglio di Stato e la mancata comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri, adempimenti prescritti dall'art. 17, comma, della legge n. 400/1988; peraltro, la Cassazione, con sent. n. 9551/1997, ha riformato altra sentenza del TSAP simile alla citata n. 35/1992 per incompetenza (a favore del TRAP quanto alla questione della debenza delle somme) e per il decorso dei termini di impugnazione del decreto ministeriale n. 1990 dinanzi al TSAP.

Con il successivo decreto ministeriale n. 258/1998 l'Amministrazione finanziaria ha provveduto a sanare la situazione venutasi a verificare, riconfermando in toto le disposizioni del decreto annullato (salvo per ciò che concerne la rivalutazione dei canoni per ricerca di idrocarburi di cui all'art. 4, materia che tuttavia non interessa la questione in oggetto) ed aggiungendo l'art. 7 sulla rivalutazione dei canoni di cui è questione. E nuovo decreto conferma la decorrenza dell'aumento dei canoni e sovracanonici in esso previsti a far data dal 1° gennaio 1990 ed ottempera regolarmente agli adempimenti formali richiesti dalla legge.

La Soc. X S.p.A. contesta la debenza delle maggiorazioni previste dai due decreto ministeriale sulla base di un complesso di argomentazioni.

Con riguardo al decreto ministeriale 20 luglio 1990, la Soc. X sottolinea che esso non può spiegare alcuna efficacia in quanto annullato e che, in ogni caso, i canoni per gli attraversamenti aerei con linee elettriche senza infissione di pali esulano dall'ambito di applicazione del decreto, anche in considerazione del fatto che tali attraversamenti non darebbero luogo ad alcuna forma di utilizzazione dei beni del demanio o del patrimonio dello Stato.

La corretta ricostruzione della fattispecie in esame, da un lato, ed un'attenta lettura del decreto-legge n. 90 e dei decreti ministeriali emessi in attuazione di esso, dall'altro, mostrano come questa argomentazione della Società X priva di fondamento.

Il primo aspetto della questione che deve essere approfondito consiste nella qualificazione in termini di servitù, e segnatamente di servitù di elettrodotto, del passaggio di linee elettriche sui fondi e sui corsi d'acqua di proprietà privata o pubblica, pur senza l'infissione a terra di manufatti di sostegno.

Com'è noto, la servitù è definita come un «peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro appartenente a diverso proprietario» e, pertanto, le due condizioni comunemente individuate affinché si possa parlare di servitù consistono nella utilità e nel rapporto tra fondi contigui. Ora, nel caso in esame, è indubbio che il proprietario del bene al di sopra del quale vengono fatti passare gli elettrodotti — ancorché non siano infissi a terra pali o mensole — subisca una limitazione nell'esercizio del suo diritto, talché il godimento da parte sua non può dirsi in pieno; in particolare, questa conclusione discende dal noto principio romanistico secondo cui la proprietà si estende in linea verticale anche al sottosuolo e nello spazio sovrastante, teoricamente all'infinito (*usque ad sidera et ad inferos*).

L'art. 121 R.D. n. 1775/33 fornisce un supporto testuale a quanto appena osservato, laddove precisa, comma 1, lettera a), che la servitù consiste, fra l'altro, nel «far passare conduttori elettrici»; in forza di tale disposi-

zione, per i «semplici attraversamenti aerei con elettrodotti — senza infissione di pali o di mensole e senza posa di cavi — ... di beni di demanio pubblico» sono stati fissati specifici canoni dalla normativa sopravvenuta (art. 4, comma 2, legge n. 1501/1961, richiamata dall'art. 14, comma 1, d.l. n. 546/1981, conv. in legge n. 692/1981).

Lo stesso art. 121 del Testo unico — laddove precisa i diversi contenuti possibili della servitù di elettrodotto — viene interpretato in dottrina (cfr. PATERNÒ, voce *Elettrodo (servitù di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XII) nel senso che le diverse facoltà contemplate come spettanti al titolare non necessariamente ricorrono in ogni singola fattispecie, dovendo invece il contenuto effettivo di ciascuna servitù essere desunto dal titolo costitutivo. Il titolare della servitù può esercitare, in altre, parole, solo quei poteri che sono connessi al tipo di servitù che in effetti è stata creata e non gli altri che, sebbene previsti in via astratta dall'art. 121, non sono riconducibili alla servitù in concreto costituita. Pertanto, la definizione contenuta nell'art. 121, secondo cui «la servitù di elettrodotto conferisce all'utente la facoltà di collocare ed usare condutture sotterranee od appoggi per conduttori aerei e far passare conduttori elettrici su terreni privati e su vie e piazze pubbliche, ed impiantare ivi le cabine di trasformazione o di manovra necessarie all'esercizio delle condutture», deve essere interpretata nel senso che il passaggio dell'elettrodotto su fondi di proprietà pubblica o privata costituisce servitù di elettrodotto anche se ciò non comporta l'infissione di pali o di mensole.

Per quanto riguarda l'altra caratteristica fondamentale della servitù, vale a dire l'esistenza di due fondi vicini, vero è che l'individuazione del fondo dominante è nel caso di specie non immediata ma occorre considerare che si è in presenza di un tipo particolare di servitù che la legge ha tipizzato, in particolare negli artt. 121 e ss. del testo unico n. 1775 del 1993. Il problema della individuazione del fondo dominante nella servitù di elettrodotto, comunque, è stato risolto in dottrina e giurisprudenza considerando tale — in alcuni casi — la centrale di produzione dell'energia elettrica e — in altri casi — lo stesso elettrodotto.

Deve peraltro essere precisato che la Società X non contesta, com'è evidente, la astratta configurabilità di una servitù avente ad oggetto il passaggio di conduttori elettrici su fondi privati o pubblici, ma sostiene che nella fattispecie in esame non ricorrerebbe tale ipotesi in quanto non vi sarebbe alcuna reale utilizzazione del bene a causa dell'assenza di pali o sostegni.

In realtà, su questo punto la Corte di Cassazione ha chiarito con la sentenza n. 1191 del 9 marzo 1978 che «poiché un fondo possa ritenersi assoggettato a servitù di elettrodotto è necessario che esso sia attraversato, in corrispondenza della colonna d'aria sovrastante, da condutture elettriche che si proiettino verticalmente su di esso»; e, con la sentenza n. 4892 del 23 aprile 1992 che «Il carattere amovibile della servitù di elettrodo... non incide sull'obbligo di liquidare il relativo indennizzo sulla base dell'effettivo valore del fondo asservito...». Tali principi valgono naturalmente anche per i beni demaniali e di conseguenza al proprietario del fondo servente va corrisposta

un'indennità che nel caso di specie è sostituita dal pagamento di un canone annuo secondo il disposto dell'art. 125 del già citato testo unico n. 1775 del 1993 (sempre fatto salvo l'ulteriore indennizzo per l'eventuale deprezzamento del fondo, se effettivamente ricorrente, anche in considerazione dell'altezza della linea elettrica rispetto al suolo: Trib. Napoli 29 marzo 1980, in *Rass. Giur. Enel*, 1981, 501).

Se già la ricostruzione della fattispecie in esame e la sua collocazione nel sistema delle servitù regolate dagli art. 121 e segg. Testo Unico sembrano condurre a ritenerle comprese nella disciplina del decreto ministeriale del 1990, e di conseguenza anche del successivo decreto ministeriale n. 258 del 1998, il cui art. 7 deve considerarsi avente solo funzione interpretativa-chiarificativa e non innovativa, ulteriore conferma di tale posizione ricava dall'esegesi del decreto-legge n. 90/1990 (che prevede in termini generali gli aumenti dei canoni e demanda alla decretazione ministeriale la normativa di dettaglio) e dei due provvedimenti in esame.

Il principale argomento a favore della tesi che qui si sostiene può essere tratto dall'interpretazione dell'art. 12, comma 5, del decreto-legge n. 90/1990. Infatti tale norma, da un lato, prevede in termini generali che «Con decreto del Ministero delle Finanze, di concerto con il Ministero del Tesoro, ..., sono stabiliti i criteri per la rideterminazione, a decorrere dall'anno 1990, dei canoni, proventi, diritti erariali ed indennizzi comunque dovuti per l'utilizzazione dei beni immobili del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato» e, d'altro lato, esclude espressamente dall'aumento specifici canoni, vale a dire:

canoni dovuti per le concessioni delle grandi derivazioni ad uso idroelettrico, di attingimento di acque pubbliche per uso potabile o di irrigazione agricola;

canoni per immobili concessi o locati ad uso alloggio e determinati sulla base della legge 27 luglio 1978, n. 392, o dell'art. 16 del decreto-legge 2 ottobre 1981, n. 546.

Pertanto, appare difficile sostenere che i canoni dovuti per il passaggio di elettrodotti senza infissione di pali non siano ricompresi negli aumenti disposti con i decreti ministeriali in esame. Tanto più che l'art. 12 ha espressamente escluso i canoni dovuti ai sensi dell'art. 16 del decreto-legge n. 546/81 — cioè i canoni per concessioni demaniali non disciplinati da apposite disposizioni legislative, compresi quelli dovuti a titolo ricognitorio — nulla dicendo con riguardo al precedente art. 14 dello stesso decreto-legge n. 546/1981 che contempla, per l'appunto, al primo comma, gli attraversamenti aerei con elettrodotti senza pali.

I due decreti ministeriali, dal canto loro, contengono una serie di norme che fissano la misura degli aumenti con riguardo a specifici tipi di canoni e, poi, una norma di chiusura (art. 6 in entrambi i decreti) che riguarda «tutti i canoni annui, proventi, diritti erariali comunque dovuti per l'utilizzazione di beni del patrimonio disponibile, indisponibile e del demanio pubblico dello Stato» con l'esclusione dei canoni contemplati dalle disposizioni precedenti, oltre che di quelli già esclusi dall'art. 12, comma 5, del decreto-legge n. 90/1990.

Né trova alcun fondamento nella lettera della legge e dei due decreti la tesi secondo cui i decreti ministeriali in questione si riferirebbero solo ai canoni stabiliti in misura non fissa restando esclusi quindi quelli relativi agli elettrodotti stabiliti in misura fissa dalla legge.

Anche a seguito dell'emanazione del decreto ministeriale n. 258, la Soc. X insiste nel ritenere non dovute le maggiorazioni in oggetto, in particolare ribadendo le argomentazioni testé considerate e contestando inoltre la legittimità stessa di tale decreto, che la Società ha provveduto ad impugnare dinanzi alle competenti Autorità Giudiziarie.

Le argomentazioni addotte a sostegno di tale posizione sono state contestate negli atti defensionali depositati dall'Avvocatura dello Stato, sulla base delle seguenti considerazioni.

La Soc. sottolinea innanzitutto che il provvedimento è stato emanato ben oltre il termine previsto dalla legge n. 165/1990. Non si tratta di un argomento decisivo se si considera, da un lato, che il termine di 70 giorni dall'emanazione del decreto-legge n. 90/1990 è stato rispettato per l'emanazione del decreto originario ma non poteva esserlo per il decreto n. 258, posto che l'annullamento del primo è intervenuto dopo quattro anni e, d'altro lato, che i termini fissati dalla legge per l'adozione di regolamenti non sono considerati perentori. Sotto quest'ultimo profilo, si veda il parere del Consiglio di Stato, sez. consult. att. norm., 4 luglio 1997, n. 71/1997, nella quale i giudici hanno sottolineato, in primo luogo, che «la potestà regolamentare è immanente nelle attribuzioni del Governo» e, inoltre, che, «se il legislatore ha ritenuto demandare alla normazione secondaria il completamento della disciplina, non è concepibile che la disciplina resti lacunosa e la legge di fatto inapplicabile».

Sempre con riguardo al decreto n. 258 la Soc. sostiene, sotto un altro profilo, che l'illegittimità del provvedimento discenderebbe dalla impossibilità di reiterare un atto amministrativo annullato da una sentenza definitiva (nella specie la sentenza della Cassazione n. 10124/1994). In merito a questo rilievo, si osserva che, se la dottrina e la giurisprudenza escludono l'ammissibilità di un provvedimento di convalida in seguito all'avvenuto annullamento del provvedimento viziato, e in ogni caso la c.d. sanatoria è generalmente esclusa per i pareri, non si può d'altra parte trascurare che il decreto del 1990 è stato annullato per ragioni meramente formali che non toccano le ragioni sostanziali poste alla base della contestata maggiorazione la quale, è espressamente prevista dalla legge n. 165/1990, anche con indicazione della data di decorrenza degli aumenti (anno 1990), così che non si può neppure sostenere che il decreto ministeriale n. 258/1998 non avrebbe potuto disporre aumenti retroattivi.

Inoltre, l'innammissibilità di un provvedimento di convalida o sanatoria di un atto già annullato non esclude, com'è evidente, che questo possa essere rinnovato; la stessa Società ricorrente ammette, del resto, che i due decreti non hanno un contenuto perfettamente equivalente, il che porterebbe ad escludere la natura di mera convalida o sanatoria del decreto n. 258, nonostante l'esplicita qualificazione in tal senso contenuta nel preambolo.

Nell'allegare, per le Avvocature distrettuali, copia di alcuni atti defensionali reperiti presso la scrivente, si fa riserva di comunicare l'esito dei contenziosi in atto, raccomandando all'Amministrazione di rinnovare periodicamente le richieste di pagamento dei canoni aggiornati secondo i criteri del decreto ministeriale n. 258/1998 così da interrompere il decorso dei termini prescrizionali».

PARERE DEL 30 NOVEMBRE 2000 N. 122417.

Rapporto tra foro erariale e foro inderogabile per le locazioni – Artt. 25 e 661 c.p.c.; art. 7 T.U. 30 ottobre 1933 n. 1611. (Consultivo 9303/00, avv. Cosentino).

«Con riferimento alla questione sottoposta, e cioè quella se il foro erariale ex art. 25 c.p.c. (e correlate disposizioni del testo unico n. 1611/1933) prevalga o meno sul foro «inderogabile» fissato dall'art. 661 c.p.c. per le licenze e gli sfratti in materia locatizia, questa Avvocatura Generale osserva quanto segue.

1. Il profilo della inderogabilità (da intendersi come impossibilità di deroga pattizia al Foro stabilito per legge) appare irrilevante, o comunque non idoneo, al fine di risolvere la questione della prevalenza, in quanto esso è comune ad entrambe le fattispecie legali (nell'art. 661 c.p.c. per espressa formulazione; nell'art. 25 c.p.c. per pacifica interpretazione dottrinale e giurisprudenziale).

2. Piuttosto parrebbero alla Scrivente utilizzabili, a favore della tesi di prevalenza del Foro erariale, il criterio ermeneutico di specialità e quello dell'argomento *a contrario*.

A) Quanto al primo criterio si può ben ritenere sostenibile la natura speciale (o, volendo, anche ultraspeciale) della competenza del Foro erariale rispetto a tutte le altre competenze territoriali previste dal codice di rito vigente (ancorché a loro volta speciali, com'è per l'art. 661 c.p.c.). Si tratta peraltro, è da avvertire, di un criterio di non assoluta incontrovertibilità, anche se è sulla sua base che, nell'ordinamento previgente all'introduzione del Giudice unico di primo grado, trovava probabilmente spiegazione il fenomeno della c.d. *vis attractiva* del foro erariale in grado di appello dal Pretore al Tribunale (art. 7, ult. co., R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611). Si rammenta poi che, sempre con riferimento all'ordinamento previgente, la giurisprudenza si era già espressa nel senso della prevalenza del Foro erariale, sia pur giustificata con l'argomento della sua natura inderogabile, proprio in tema di convalida di sfratto, ai fini della individuazione del Tribunale competente (per valore) a decidere il merito dell'opposizione alla convalida (cfr. Cass. Sez. 1 25 maggio 1995 n. 5732; cfr. anche, in precedenza nello stesso senso, Cass. Sez. 1., 5 marzo 1988 n. 2309).

B) Quanto all'argomento *a contrario*, esso trova fondamento in ciò, che, per quanto attiene alle controversie di lavoro, il legislatore ha espressamente escluso la competenza del foro erariale anche quando in essa sia parte un'Amm.ne dello Stato (art. 40 D.lgs. n. 80/1998, che ha integrato l'art. 413 c.p.c., così come già modificato dall'art. 82 D.lgs. n. 51/1998). Da ciò la possibilità di sostenere, per *a contrario* (*ubi voluti dixit*) la vigenza della regola

del Foro erariale (quando sia parte un'Amministrazione dello Stato) in tutti gli altri casi. Si tratta anche qui di argomento non incontrovertibile; ed è, per di più, da notare che la deroga *de qua*, proprio per la sua esclusività apparentemente irrazionale, è stata sospettata di illegittimità costituzionale e quindi già rimessa al giudizio della Corte Cost.le (cfr. ord. 16 marzo 2000 del Tribunale di Chieti, in *Gazzetta Ufficiale* 27 settembre 2000, n. 40 S.S. R.O. n. 534), seppur soltanto con riferimento alla difforme disciplina delle controversie previdenziali di cui all'art. 442 c.p.c.

3. Ciò premesso, ad avviso della Scrivente, la tesi della prevalenza del Foro erariale nelle controversie di cui all'art. 661 c.p.c. non potrà non essere sostenuta, quanto meno sino a che non intervenga un chiarimento in sede legislativa (si ha notizia che è in corso di approvazione una modifica dell'art. 7 del R.D. n. 1611/1933) o non si formi un indirizzo giurisprudenziale contrario; e ciò anche perché è la tesi più favorevole all'interesse pubblico che è a fondamento della regola del Foro erariale (come più volte riconosciuto dalla giurisprudenza). Stante tuttavia i margini di opinabilità sopra evidenziati e la pendenza dei giudizi di legittimità costituzionale il cui esito potrebbe influenzare la soluzione della questione in esame, si raccomanda ponderazione nell'uso della relativa eccezione di incompetenza (da sollevarsi comunque, *in limine litis*, cioè nella comparsa di risposta, a pena di decadenza, secondo quanto ora prevede il nuovo testo dell'art. 38, co. 2, c.p.c.)».

PARERE DEL 9 DICEMBRE 2000 N. 125321.

Giurisdizione delle commissioni tributarie sui ricorsi contro il ruolo emesso per la riscossione di tributi per i quali la cognizione delle controversie è riservata al G.O. in riferimento al momento della presentazione dei ricorsi – Art. 11, co. 5, d.l. 13 maggio 1991, n. 151, convertito con legge 12 luglio 1991, n. 202. (Consultivo n. 9979/1995, avv. Mandò).

«1. — Come puntualmente ricorda codesta Direzione nella nota a richiamo, le Sezioni unite (sentenze n. 714 del 1999 e 121 del 2000) hanno ritenuto, sulla base del dettato testuale dell'art. 11 co. 5 del decreto legge 13 maggio 1991 n. 151 convertito con legge n. 202 del 1991 in relazione al disposto dell'art. 67 del d.P.R. n. 43 del 1988, che il ricorso contro il ruolo nonché i relativi avvisi di mora fosse devoluto alla giurisdizione delle commissioni tributarie anche per i tributi, quali quelli doganali, per i quali la cognizione delle controversie avverso gli atti di accertamento o di rettifica è riservata al G.O.: di tal modo — e nell'assunto che il legislatore avrebbe, nella sua discrezionalità, inteso «uniformare in fase di riscossione e dopo la formazione del ruolo, i possibili rimedi giurisdizionali», — è stata respinta la contraria tesi che si era sostenuta nell'interesse di codesta Amministrazione e di cui alle circolari ricordate nella nota cui si risponde.

Non resta che prendere atto dell'indirizzo interpretativo accolto dalle S.U. — pur se non tutte le perplessità, collegate all'affermato diverso regime processuale dei ricorsi avverso gli atti di accertamento o di rettifica (riservati all'A.G.O.) e dei ricorsi contro il ruolo e gli avvisi di mora (devoluti al G.T.)

possono in astratto ritenersi dissolte — ed adeguarsi allo stesso, anche nella considerazione che oramai l'art. 11, co. 5 del decreto legge n. 151/1991 *cit.* è stato definitivamente abrogato dall'art. 37 del D.lgs. n. 46 del 1999, in vigore dal 1 luglio 1999 e che attualmente la giurisdizione in materia è da ritenersi quella del giudice ordinario.

2. — Per il periodo anteriore al 1° luglio 1999 va, da un lato, tenuto presente il principio affermato dalle S.U. secondo cui anche la giurisdizione delle commissioni tributarie deve essere individuata, in applicazione dell'art. 5 c.p.c., con riguardo al momento in cui la domanda giudiziale è stata proposta; e, d'altro lato, va considerata la evoluzione normativa che ha interessato la disposizione di cui al predetto co. 5 dell'art. 11, in primo tempo abrogato (con effetto dal 1° aprile 1996 data di insediamento delle nuove commissioni) dall'art. 71, co. 1 del D.lvo n. 546 del 1992 e poi “rimesso in vigore” dall'art. 12 del decreto legge n. 437 del 1996 convertito dalla legge 24 ottobre 1996 n. 556 (la quale, nell'introdurre la lettera *h*) nel predetto art. 12 ha soppresso nel citato art. 71 il riferimento all'art. 11, co. 5, del decreto legge n. 151 del 1991).

In relazione a tale quadro — sentito il Comitato consultivo, che si è espresso in conformità — sembra da concludere che, con riguardo ai ricorsi contro il ruolo (ed i relativi avvisi di mora) in tema di diritti doganali proposti nel periodo dal 1° aprile 1996 al 25 ottobre 1996 (e cioè per il periodo nel quale il co. 5 dell'art. 11 in esame era rimasto abrogato), vada ritenuta la giurisdizione dell'A.G.O., sicché gli Uffici potranno continuare ad eccepire il correlativo difetto di giurisdizione delle commissioni tributarie adite dalla parte contribuente (mentre avanti all'A.G.O. non verrà coerentemente contestata dall'Avvocatura la giurisdizione dello stesso G.O.). All'incontro, per i medesimi ricorsi proposti nel periodo dalla data di entrata in vigore del decreto legge n. 151/1991 convertito con la legge n. 202 del 1991 al 31 marzo 1996 nonché dal 26 ottobre 1996 (giorno successivo alla entrata in vigore delle modificazioni introdotte dalla citata legge di conversione n. 556 del 1996) al 30 giugno 1999 avanti le Commissioni tributarie, appare opportuno che gli uffici desistano dalla eccezione di difetto di giurisdizione delle stesse, in adesione al sopraricordato indirizzo delle S.U.: mentre per le controversie introdotte negli stessi periodi avanti l'A.G.O. darà da coltivare l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito, astenendosi coerentemente dall'impugnare le sentenze che dichiarino tale difetto di giurisdizione, «a favore» delle commissioni tributarie.»

PARERE DEL 19 GENNAIO 2001 N. 5313.

Problemi applicativi della legge n. 205/2000 al giudizio pensionistico dinanzi alla Corte dei Conti: a) rappresentanza e difesa delle amministrazioni dello Stato; b) regime di impugnazione delle ordinanze cautelari – Art. 420 c.p.c.; art. 5 legge 21 luglio 2000, n. 205; art. 6 legge 14 gennaio 1994, n. 19; artt. 21 e 28 legge 6 dicembre 1971, n. 1034. (Consultivo n. 12909/00, avv. Criscuoli).

«Con la nota che si riscontra codesto Ministero, all'atto dell'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000, n. 205, ha posto alcuni quesiti in relazione al disposto dell'art. 5, comma 2 della legge che, in materia di giudizi pensionistici dinanzi alla Corte dei Conti, prevede l'applicabilità di alcune norme del rito civile del lavoro.

Un primo quesito involge la rappresentanza delle Amministrazioni dello Stato in quel tipo di giudizio in relazione all'applicazione dell'art. 420 c.p.c.; codesto Ministero, ricordato che la controparte privata deve essere assistita da un difensore in base alla vigente normativa e che ciò si verifica anche nella fase di interrogatorio libero delle parti previsto dall'art. 420 *cit.*, ritenuto che allo stato il giudizio pensionistico dinanzi alla Corte dei Conti sia totalmente assimilato a quello che si svolge dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale, ipotizza che dalla modifica legislativa derivi la necessità di un patrocinio dell'Amministrazione assunto dalla scrivente al fine di garantire pari opportunità processuali e l'opportunità di modificare in tal senso la circolare n. 5/1994 a suo tempo diramata in materia dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Il quesito, poi, ricordando i limiti posti dall'indisponibilità dei diritti previdenziali, si estende all'esame del comportamento processuale da tenere dinanzi al giudicante in sede di tentativo di conciliazione.

Al riguardo, questa Avvocatura esprime l'avviso che la novella legislativa in esame non abbia introdotto modificazioni del rito pensionistico tali da rendere inapplicabile la disposizione recata dall'art. 6 della legge n. 19/194 che prevede che nei giudizi in materia pensionistica le Amministrazioni dello Stato possano costituirsi validamente dinanzi al giudice delle pensioni senza patrocinio dell'Avvocatura dello Stato e per mezzo un proprio dirigente o funzionario appositamente delegato. Giova in proposito ricordare che l'art. 420 c.p.c., oggi applicabile anche dinanzi alla Corte dei Conti, prevede l'effettuazione da parte del giudice di un interrogatorio libero di entrambe le parti finalizzato al tentativo di meglio puntualizzare ed eventualmente conciliarne le posizioni in vista della composizione della lite e disciplina le modalità e gli effetti del tentativo di conciliazione. Orbene, poiché nell'interrogatorio libero delle parti non vi sono momenti di disposizione del diritto (come peraltro si verifica nel diverso istituto processuale che è l'interrogatorio formale), non si vede come l'introduzione del tentativo di conciliazione e del previo interrogatorio, che è istituito già da anni collaudato nel rito del lavoro, possa fungere da elemento perturbatore dell'impianto processuale delineato con la circolare n. 5/1994; sarà, infatti, sufficiente che le parti siano presenti e rispondano alle domande del giudicante al quale, sulla base delle risposte ricevute e delle rispettive posizioni illustrate dalle parti, compete ogni valutazione in ordine alla sussistenza di uno spazio utilizzabile ai fini della conciliazione. Resta comunque fermo che il rappresentante dell'Amministrazione in quella sede non potrà disporre del diritto dell'Amministrazione rappresentata, se non nei limiti indicati dalla legge, sicché non potrà indursi a rinunce e transazioni con la controparte al mero fine di chiudere la lite. Ciò non tanto in considerazione dell'art. 2113 c.c. (richiamato da codesto Ministero), da ritenersi applicabile alla posizione del pensionato e che espressamente prevede alcuni casi di inapplicabilità, quanto in virtù della generale indisponibilità dei diritti della pubblica amministrazione in materia pensionistica (vedasi, al riguardo: Corte dei Conti, sez. centr. ap. 27 giugno 1996, n. 12).

In tale contesto non sembra che in via generale si renda necessario un patrocinio tecnico, ma soltanto una buona conoscenza della materia in trat-

tazione e della relativa legislazione, conoscenze che certamente non difettano ad un dirigente o funzionario dell'Amministrazione interessata, sicché non è ipotizzabile il verificarsi di quella disparità di opportunità processuali ventilata nella nota che si riscontra nel caso in cui l'Amministrazione non sia rappresentata dall'Avvocatura dello Stato in sede di tentativo di conciliazione e di interrogatorio libero delle parti a norma dell'art. 420 c.p.c.. Certamente, laddove particolari condizioni e situazioni di fatto imponessero valutazioni di particolare complessità giuridica ovvero la presenza di un patrocinio tecnico, resta fermo quanto già previsto dalla circolare ministeriale dianzi richiamata per un'evenienza del genere; l'Amministrazione interessata informerà tempestivamente l'Avvocatura dello Stato territorialmente competente che darà tutti i suggerimenti da caso ovvero deciderà di assumere in proprio la conduzione processuale della causa. Peraltro, tale possibilità era stata oggetto di esplicita previsione nella citata circolare ministeriale che, in definitiva, ad avviso della scrivente non merita di essere modificata.

Un secondo quesito attiene alla eventuale possibilità di impugnare le ordinanze con cui la Corte dei Conti, in accoglimento delle istanze cautelari presentate, abbia disposto la sospensiva del provvedimento impugnato. Al riguardo codesta Amministrazione ricorda che nell'assenza di esplicita normativa al riguardo non ha ritenuto di dover proporre appello avverso le ordinanze pronunciate in primo grado dal giudice delle pensioni; il problema sembrerebbe porsi nella vigenza della novella del luglio 2000, laddove il comma 1 dell'art. 5 fa esplicito riferimento alla fase cautelare del processo che si svolge dinanzi alla Corte dei Conti e lascia presumere la possibilità di applicare per analogia l'art. 21 della legge n. 1034/1971, anch'esso modificato dalla medesima legge n. 205 e, in caso positivo, sempre in via analogica, modalità e termini dell'impugnazione indicati nell'art. 28 della legge n. 1034/1971 come modificato dall'art. 3, comma 2 della legge n. 205/2000.

Al riguardo si osserva che, sino all'entrata in vigore della novella del 2000, l'appello al Consiglio di Stato delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo di primo grado, pur correntemente utilizzato dagli operatori del diritto e origine di importanti pronunce giurisdizionali, era istituito non previsto esplicitamente dalla legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali; esso piuttosto era il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale che, sulla base soprattutto dei principi generali dell'ordinamento, l'aveva ritenuto ammissibile. Sulle medesime basi ed in via di interpretazione analogica, la scrivente in più di un'occasione ha ritenuto che le medesime argomentazioni che secondo il giudice amministrativo giustificavano l'appello cautelare si rendessero mutuabili nel processo dinanzi al giudice delle pensioni ed ha impugnato diverse ordinanze cautelari con atti di appello sui quali le sezioni centrali della Corte dei conti hanno regolarmente e pacificamente pronunciato, mai ponendosi il problema dell'ammissibilità dell'appello medesimo (vedasi Corte Conti, Sez. Riunite, 24 marzo 1998, n. 8).

Orbene, oggi che l'appello avverso l'ordinanza cautelare ha trovato una sua codificazione ed un'esplicita regolamentazione dei termini e delle modalità di proposizione e che, elemento questo non trascurabile sotto il profilo interpretativo, la fase cautelare dinanzi alla Corte dei Conti ha trovato esplicita previsione nel contesto della medesima fonte legislativa, sembra alla scri-

vente, che a maggior ragione la normativa sulla fase cautelare del processo amministrativo possa trovare applicazione in via di analogia nel processo dinanzi alla Corte dei Conti che, si ribadisce, ha sempre fatto mostra di condividere tale interpretazione analogica della normativa e dell'elaborazione giurisprudenziale in tema d'impugnativa cautelare in punto di applicabilità nei giudizi aventi ad oggetto le materie di propria competenza».

PARERE DEL 19 GENNAIO 2001 N. 5315.

Definibilità ai sensi dell'art. 2-quinquies d.l. n. 564/1974 delle liti fiscali originate da atto di accertamento notificato successivamente al 31 dicembre 1994 ma basato su p.v.c. notificato al contribuente anteriormente a tale data – Art. 2-quinquies d.l. 30 settembre 1994 n. 564, convertito in legge 30 novembre 1994 n. 656. (Consultivo n. 2605/00, avv. Criscuoli).

«Nella imminenza della scadenza del termine per proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza in oggetto, si riscontra la nota della Direzione Regionale suindicata. Al riguardo si rappresenta che allo stato il Ministero delle Finanze non ha risposto al quesito sottopostogli dalla scrivente (nota del 7 marzo 2000, n. 25415, costà inviata p.c.) a seguito della segnalazione pervenuta dalla Direzione regionale in indirizzo circa il rilevante numero di ricorsi pendenti che involgono la medesima questione. Tuttavia, pare alla scrivente doversi assumere le definitive determinazioni quanto meno con riferimento alla causa in esame che è stata occasione della richiesta di parere.

Orbene, codesta Direzione Regionale ha segnalato che, nei due gradi di giudizio sin qui svoltisi, il competente Ufficio I.V.A. ha manifestato il proprio avviso contrario alla definizione della lite ai sensi dell'art. 2-quinquies del decreto legge n. 564/1994, convertito in legge n. 656/1994 sotto due diversi profili: da un lato perché l'atto impositivo è stato notificato dopo il 31 dicembre 1994, dall'altro perché deve ritenersi che la precedente notificazione del processo verbale di constatazione redatto dall'Ufficio Distrettuale delle Imposte Dirette ai fini delle imposte sul reddito, ancorché contenesse i medesimi rilievi, avesse valore esclusivamente per queste imposte.

In sostanza l'Ufficio sostiene che le liti che la legge indica come quelle che possono insorgere per atti notificati entro il 31 dicembre 1994 (ivi compresi i processi verbali di constatazione per i quali non sia stato notificato l'atto d'imposizione) siano le liti che potrebbero direttamente derivare dal processo verbale di constatazione e non anche le altre che promanano per via indiretta dai verbali redatti da un nucleo di verifica competente per diverso tipo di imposte; queste ultime troverebbero la loro origine immediata in un nuovo processo verbale redatto dall'ufficio competente nella materia in questione e formalmente autonomo dal primo, comunque contenente rilievi identici a quelli già formulati nel primo processo verbale e, dunque, già noti al contribuente.

Allo stato non può che confermarsi il punto di vista sinteticamente espresso dalla scrivente nella nota inviata dal Ministero.

È avviso della scrivente che la tesi sostenuta in giudizio dall'Ufficio, fondata su argomentazioni e valutazioni di natura eccessivamente formalistica,

non possa essere condivisa non trovando eccessivo sostegno nella disposizione agevolativa contenuta nell'art. 2-*quinquies* del decreto legge n. 564/1994, convertito in legge n. 656/1994, ed anzi finendo col perdere di vista la *ratio* ispiratrice che nell'occasione ha mosso il legislatore.

La norma testé richiamata, la cui rubrica recita genericamente «*chiusura delle liti fiscali pendenti*» nel disegnare il proprio ambito applicativo, assimila alle liti pendenti dinanzi agli organi della giustizia tributaria, quelle che potenzialmente potrebbero insorgere a seguito della notificazione entro il 31 dicembre 1994 di atti tra i quali sono esplicitamente previsti i processi verbali di constatazione cui non abbia ancora fatto seguito la notificazione dell'atto impositivo.

Come è agevole osservare, la lite fiscale pendente, ai fini di ammettere la possibilità di una sua chiusura ai sensi della normativa in esame, è anche quella che, seppure non ancora insorta concretamente per la mancanza di un atto impositivo, da impugnare, potrebbe comunque insorgere in seguito alla notificazione dell'atto di cui, alla data del 31 dicembre 1994, sia già nota al contribuente la sussistenza dei presupposti. Un solo limite, dunque, ha inteso porre il legislatore alla definibilità delle liti fiscali pendenti così individuate: quello temporale con riferimento alla conoscenza di entrambe le parti dei motivi che potrebbero dare origine alla situazione controversa.

Tale essendo il contesto normativo in cui si inquadra la fattispecie in esame (e quelle analoghe in ordine alle quali si è chiesto se sia opportuno insistere), non pare alla scrivente che la tesi restrittiva sostenuta dagli uffici possa fondatamente trovare ingresso. Al di là dell'argomento meramente formale, per cui la notificazione del p.v.c. ai fini dell'I.V.A., con contestuale avviso di rettifica, comunque contenente identici rilievi rispetto ad analogo p.v.c. in precedenza notificato ai fini delle imposte sul reddito, è avvenuta dopo la data indicata dalla legge come limite di applicabilità della stessa, sta di fatto che il secondo p.v.c., ancorché formalmente autonomo perché redatto da un diverso ufficio periferico della medesima Amministrazione, si è limitato — per esplicita ammissione di codesta Direzione Regionale — a riproporre i rilievi già contenuti nel primo p.v.c. notificato, come si è visto, anteriormente alla scadenza fissata dalla legge. Ne consegue che il contestuale avviso di rettifica emesso ai fini dell'IVA, in realtà, ha trovato la sua origine nei rilievi contenuti nel p.v.c. già noto al contribuente sin da data anteriore al 31 dicembre 1994, sicché la lite che è scaturita in seguito all'impugnazione del medesimo avviso di rettifica ben può farsi rientrare, sotto il profilo temporale, tra quelle definibili a norma dell'art. 2-*quinquies* citato.

Peraltro, essendosi ammesso che, una volta che aveva ricevuto la comunicazione dei rilievi sollevati in sede di verifica fiscale, ancorché gli stessi fossero emersi da un controllo finalizzato all'accertamento dell'imponibile ai fini delle imposte sul reddito, l'Ufficio I.V.A. non avrebbe potuto astenersi dal procedere alla rettifica della dichiarazione del contribuente ai diversi fini del-

l'imposta sul valore aggiunto, deve concludersi che, anche sotto diverso profilo, la disposizione di legge in rassegna non contiene alcun elemento che possa indurre l'interprete ad escludere la concreta fattispecie in esame dal suo ambito applicativo.

Invero, proprio dall'affermazione dell'ufficio I.V.A., che ha inteso recuperare a tassazione i maggiori ricavi accertati in sede di verifica effettuata dall'Ufficio delle imposte dirette ed indicati nel relativo p.v.c., consegue che anche la lite in materia di I.V.A., già alla data della notificazione del primo processo verbale, si trovava allo stato potenziale preso in considerazione dal legislatore e rientrava tra quelle definibili in base all'art. 2-*quinqüies*, nulla rilevando, ai fini che interessano, che in un secondo momento (successivo alla scadenza di legge) sia intervenuta la notificazione di un secondo p.v.c. non contenente elementi e rilievi nuovi e riproponente pedissequamente i rilievi già contenuti in quello precedentemente notificato al contribuente e, dunque, a lui già noti.

Per i motivi indicati la Scrivente si asterrà dal proporre ricorso per cassazione».

PARERE DEL 24 GENNAIO 2001 N. 7395.

Ammissibilità ad una gara per l'aggiudicazione di pubblica fornitura di una medesima impresa sia singolarmente, sia come componente di un raggruppamento temporaneo di imprese – Art. 13, co. 4, legge 11 febbraio 1994 n. 109. (Consultivo n. 14335/00, avv. Cosentino).

«In tema di partecipazione alle gare per l'appalto di *forniture* non si rinviene, né a livello di normativa comunitaria, né a livello di normativa nazionale, una disposizione espressa di divieto della simultanea partecipazione di una impresa alla stessa procedura di gara sia a livello individuale sia quale componente di una associazione temporanea di imprese o di un consorzio.

Tale divieto invece è espresso nella disposizione relativa agli appalti di *lavori pubblici* contenuta nell'art. 13, 4° comma, 1° periodo della legge-quadro 11 febbraio 1994 n. 109, che testualmente recita: «è fatto divieto ai concorrenti di partecipare alle gare in più di un'associazione temporanea o consorzio di cui all'art. 10, 1 comma, lettera *d*) ed *e*) ovvero partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in associazione o consorzio».

Ciò premesso, quand'anche non si voglia riconoscere alla norma espressa, ora riferita, la valenza di principio generale valido anche al di fuori della materia dei lavori pubblici ed applicabile come tale in tutte le procedure di gara pubbliche (per forniture, servizi e quant'altro), il divieto di simultanea partecipazione alla gara deve comunque ritenersi vigente anche oltre la materia predetta (lavori pubblici). Ciò per la fondamentale ragione che tale impossibilità inerisce alla natura stessa dell'associazione temporanea di imprese (e di quei consorzi a questa equiparati), istituito, com'è noto, fondato su un rapporto di mandato con rappresentanza che uno o più imprese danno ad altra impresa mandataria, per cui la simultanea possibilità di partecipa-

zione equivarrebbe ad ammettere la possibilità di una duplice presenza ad uno stesso soggetto alla stessa gara, e cioè sia in proprio che per (ovvero quale) mandatario con procura: con più che evidente violazione del principio della *par condicio*.

Si aggiunga a ciò anche la considerazione che il divieto di cui trattasi (così come altri analoghi: *cf.* ad esempio il comma 5 dello stesso art. 13 legge-quadro) ha come scopo quello di garantire la correttezza e la trasparenza delle gare pubbliche, nell'interesse principale della stessa P.A.

Perciò si ritiene che la partecipazione di una stessa impresa in proprio e come componente (anche se solo in veste di mandante) di una ATI alla medesima gara non possa essere ammessa e vada sanzionata con la esclusione di entrambi i concorrenti (impresa singola e ATI).

Peraltro, non risultando una espressa disposizione di legge relativa alla gara di appalto per forniture e servizi, ragioni di prudente cautela suggeriscono di inserire, nei bandi relativi a tali appalti, una disposizione dello stesso tenore di quella di cui al citato art. 13, comma 4, legge citata».

PARERE DEL 5 FEBBRAIO 2001 N. 14720.

Rappresentanza e difesa in giudizio delle istituzioni scolastiche autonome da parte dell'Avvocatura dello Stato – T.U. 30 ottobre 1933, n. 1611; art. 21 legge 15 marzo 1997, n. 59. (Consultivo n. 16507/00, avv. Zerman).

«Come è noto, a seguito della nuova organizzazione scolastica, alle scuole è stata riconosciuta la personalità giuridica e la autonomia didattica, organizzativa e di ricerca, ai sensi dell'art. 21 legge n. 59/1997 e normativa di attuazione.

Già in passato, a proposito di altre amministrazioni poi soggettivizzate si era posto il problema se tali organizzazioni autonome potessero essere fornite di personalità giuridica senza che venisse meno il loro inserimento nell'apparato organizzativo dello Stato e conseguentemente la regola del patrocinio della Avvocatura Generale dello Stato, ai sensi dell'art. 1 R.D. n. 1611/1933.

Al riguardo era stato ritenuto dalla Suprema Corte conciliabile la personalità giuridica di alcune organizzazioni con la veste di organi dello Stato, «poiché, se di regola l'organo, essendo il normale mezzo di imputazione ad una persona giuridica della sua azione, non ha a sua volta personalità giuridica ... nel nostro ordinamento è accolto il principio che taluni organi (e, a maggior ragione, talune organizzazioni, anche non legate da rapporto organico con lo Stato) possano ricevere la personalità giuridica per effetto di norme eccezionali, in virtù delle quali l'organo-persona giuridica si istituisce sempre e solo quando ricorrano particolari ragioni, di solito di carattere patrimoniale, cioè per dare all'organo maggiore libertà negoziale, con la possibilità di percepire proventi diretti in corrispettivo delle prestazioni erogate.

La peculiarità di tali soggetti è che essi, da un lato si inseriscono in un quadro di rapporti interorganici e sono soggetti, a seconda dei casi, a poteri gerarchici o di direttiva ed a controlli generali o speciali; dall'altro hanno rapporti patrimoniali, propria contabilità, propria organizzazione, e spesso proprio personale e propri beni» (Cass. 1984 n. 5544).

Di conseguenza è stato ritenuto obbligatorio il patrocinio dell'A.I.M.A., ai sensi dell'art. 1 R.D. 1611 *cit.*, in quanto amministrazione dello Stato (Cass. 5544/1984 *cit.*). Egualmente è stato deciso per altri organi soggettivizzati, quali il Fondo di previdenza del personale delle dogane (Cass.1983 n. 2993); la C.P.D.E.L. (Trib. Catania 8 marzo 1979), la Cassa per il Mezzogiorno e l'Agenzia per la promozione dello sviluppo nel mezzogiorno (Trib. Catania 30 aprile 1991).

Nell'ambito scolastico, a proposito degli Istituti già dotati di personalità giuridica, era stato deciso che: «Gli istituti tecnici statali, anche se dotati di autonomia amministrativa, *sono pur sempre enti strumentali dello Stato, la cui rappresentanza in giudizio, ai sensi dell'art. 1 testo unico 30 ottobre 1933 n. 1611*, spetta all'Avvocatura dello Stato automaticamente senza bisogno di specifiche investiture» (Tar Lombardia, Brescia, 2 novembre 1982 n. 390).

Come, infatti, specificato dalla Suprema Corte (Cass. 10982/1996), la personalità giuridica è rilevante nei confronti dei terzi, finalizzata all'imputazione alla Scuola delle attività negoziali e della responsabilità civile, e quindi ad una maggiore agilità di operazioni. Ma nei confronti dello Stato, l'Istituto dotato di personalità giuridica permane nella sua qualità di organo, sia pure con l'autonomia riconosciuta (*cf.* anche Cass., sez. III, n. 2605/1997).

Questa Avvocatura ritiene — allo stato — che gli istituti scolastici dotati di personalità giuridica siano da considerarsi del tutto compenetrati nella organizzazione dello Stato, in ragione dei seguenti elementi:

1. – inserimento del dirigente scolastico e del personale della scuola nel personale statale (*cf.* D.Lgs. 29/1993 e successive modifiche);
2. – responsabilità, sia disciplinare che per risultati, del dirigente scolastico, nei confronti della Amministrazione statale;
3. – reclutamento del personale della scuola su base territoriale e comune, al di fuori delle singole scuole, non potendo le stesse provvedere a procedure di reclutamento (a tempo indeterminato), materia esplicitamente sottratta alla gestione delle scuole (v. art. 15 d.P.R. 275/1999);
4. – limitata autonomia finanziaria, non potendo le scuole imporre tasse scolastiche per il corrispettivo servizio, se non per peculiari e specifiche attività;
5. – potere di vigilanza e controllo rimasto in capo alle strutture del Ministero, sia in relazione alla responsabilità disciplinare dei Capi di Istituto, che alla possibilità di scioglimento degli organi collegiali «in caso di persistenti e gravi irregolarità o di mancato funzionamento», ai sensi dell'art. 28, comma 7 testo unico n. 297/1994, non abrogato dall'art. 17 d.P.R. n. 275/1999.

La autonomia riconosciuta ha riguardo alla impostazione organizzativa e didattica della scuola; la personalità giuridica fa diventare la scuola centro di imputazione di rapporti nei confronti dei terzi, che riguardino sia attività negoziali sia fatti illeciti, rimanendo — nei rapporti interni — l'Istituto scolastico, organo dello Stato (in tal senso esplicitamente Cass. 10982/1996, *cit.*).

Da quanto sopra esposto deriva, quindi, che le Scuole sono ammesse al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 1 R.D. n. 1611/1933, nonché la impossibilità di un contrasto giudiziale con lo Stato.

A tale soluzione, che peraltro è data per pacifica nei primi orientamenti giurisprudenziali (arg. *ex Tar Lazio III*, n. 8708/00 e C.d.S. VI, n. 5835/00) conformeranno la propria condotta anche tutte le Avvocature Distrettuali.

Sembra opportuno che il Ministero in indirizzo comunichi alle istituzioni scolastiche il proprio conforme orientamento sull'argomento».

PARERE DEL 5 MARZO 2001 N. 30628.

Violazioni valutarie – Successioni di leggi – Applicazione dell'art. 23-bis del d.P.R. n. 148/1988 – Fattispecie di violazioni di leggi penali successivamente depenalizzate – Differenze rispetto alle fattispecie divenute lecite – Legge 7 novembre 2000, n. 326. (Contenzioso n. 15847/1999, avv. F. Arena).

«La legge 7 novembre 2000 n. 326 recante «Modifiche al testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 31 marzo 1988 n. 148, in materia di sanzioni valutarie» introduce il principio di legalità, nell'accezione di cui all'art. 2 del codice penale, anche nel settore delle violazioni valutarie.

In particolare, la legge in commento ha abrogato il comma secondo dell'art. 23 del d.P.R. n. 148/1988 (il cui tenore letterale, «le sanzioni amministrative si applicano ai fatti commessi quando le norme valutarie violate erano in vigore, anche se le norme medesime sono state successivamente modificate in senso più favorevole all'autore della violazione», aveva costituito argomento per ritenere inapplicabile il regime penalistico dell'*abolitio criminis* alle sanzioni amministrative in materia valutaria) e soprattutto ha inserito l'art. 23-bis, in forza del quale «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione (primo comma). Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative per un fatto che, secondo la legge posteriore non costituisce violazione punibile, salvo che la sanzione sia già stata irrogata con provvedimento definitivo. In tale caso il debito si estingue, ma non è ammessa la ripetizione di quanto pagato (secondo comma).» Segue poi un terzo comma che sancisce l'applicabilità della legge posteriore più favorevole al reo.

La volontà del legislatore di estendere anche al settore in parola il principio di legalità, con tutta l'ampiezza con il quale è previsto nel diritto penale — terminando così un percorso iniziato con la legge n. 689/1981 e proseguito con il D.Lgs. n. 472/1997, in materia di sanzioni per violazioni tributarie —

appare chiara anche alla luce della lettura dei lavori preparatori, che richiamano espressamente anche l'orientamento della Corte di Cassazione in forza del quale, la via della applicazione analogica dei criteri di cui all'art. 3 D.Lgs n. 472/1997 agli illeciti valutari è stata giudicata non percorribile.

Tuttavia, l'applicazione della legge *de qua* necessita di talune brevi indicazioni.

Il primo comma del nuovo art. 23-*bis*, a parere della Scrivente, va interpretato anche alla luce dell'art. 40 della legge n. 689/1981 in forza del quale le disposizioni della legge generale di depenalizzazione «si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate».

Ritenendo applicabile anche alla nuova normativa il principio di cui alla disposizione testè citata (la cui valenza generale è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte, in occasione di pronunce rese in fattispecie depenalizzate da leggi diverse dalla n. 689/1981, (*cf.* in proposito Cass. n. 92 del 9 gennaio 1996), ne deriva che fattispecie sottoposte, al momento della realizzazione, a sanzione penale, successivamente depenalizzate non diventano, in applicazione del primo comma dell'art. 23-*bis* legge n. 326/00, non sanzionabili: in altri termini, l'espesso assoggettamento a sanzione penale della condotta posta in essere deve ritenersi sufficiente al fine di applicare la sanzione amministrativa, in quanto la *ratio* della disposizione di cui al primo comma citato non è quella di far andar esente da sanzione comportamenti che, al momento della loro commissione erano addirittura sottoposti al più grave regime della sanzione penale, bensì quella di non punire comportamenti leciti al momento della loro realizzazione.

Nel senso suesposto, si ripete, orienta la possibilità di applicazione analogica dell'art. 40 legge n. 689/1981 *cit.*

Il tenore del secondo comma dell'art. 23-*bis*, poi, induce la Scrivente a suggerire a codesta Amministrazione di astenersi dall'irrogare sanzioni tutte le volte che l'illiceità di una determinata fattispecie, in materia di violazioni valutarie, sia venuta meno in seguito ad un mutamento normativo.

Andrà peraltro verificato in concreto se la fattispecie prima sottoposta a sanzione sia divenuta lecita *tout court* — se si sia cioè verificata una *abolitio criminis* — ovvero se la stessa risulti essere sottoposta ad un regime sanzionatorio diverso, nel qual caso occorrerà — in applicazione del terzo comma dell'art. 23-*bis* — provvedere ad irrogare la sanzione eventualmente più favorevole prevista dalla nuova disciplina.

Inoltre, anche nell'ipotesi di provvedimenti divenuti definitivi, si avverte l'esigenza che codesta Amministrazione non ponga gli stessi in esecuzione (sempre ove si tratti di fattispecie successivamente divenute lecite), atteso che l'ultimo inciso del comma secondo dell'art. 23-*bis* prima citato sancisce l'estinzione *ex lege* di detti debiti (al riguardo si precisa, così rispondendo al

quesito di cui alla nota 2 febbraio 2001, prot. 232220 di codesta Amministrazione, che la dizione di «debito residuo» contenuto nella legge va intesa nel senso di somme ancora non versate sulla base di provvedimenti divenuti definitivi). In forza della medesima disposizione, peraltro, non dovranno essere accolte eventuali istanze di ripetizione di somme già corrisposte in virtù di provvedimenti divenuti definitivi.

Si precisa al riguardo che per provvedimento definitivo deve intendersi un provvedimento che non sia stato oggetto di impugnazione, ovvero avverso il quale sia stata proposta opposizione rigettata con sentenza passata in giudicato. Tale interpretazione discende dalla già rilevata evidente intenzione del legislatore di assimilare il regime delle sanzioni per violazioni in materia valutaria ai principi scolpiti nell'art. 2 del codice penale secondo cui, nell'ipotesi di *abolitio criminis*, ove vi sia stata condanna per un fatto che la legge posteriore non prevede più come reato «*ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali*» (secondo comma art. 2 c.p.).

La rilevata assimilazione della nuova disciplina con il regime penalistico consente di rispondere al quesito posto da codesta Amministrazione con la nota sopra richiamata, in merito alle determinazioni da assumere nei confronti di crediti le cui riscossioni non sono state portate a compimento prima dell'entrata in vigore della nuova normativa: ad avviso della Scrivente gli unici crediti che potranno ritenersi definitivamente acquisiti al patrimonio dell'Amministrazione sono quelli già esatti al momento dell'entrata in vigore della legge in commento sulla base di provvedimenti divenuti definitivi.

Quanto infine alle liti pendenti, la Scrivente suggerisce di procedere alla revoca dei provvedimenti sanzionatori relativi a fattispecie divenute lecite — da valutare alla stregua dei criteri suindicati — motivando la stessa con l'intervento della nuova disciplina.

Una volta disposta la revoca, si vorrà tempestivamente informare l'Avvocatura dello Stato competente, inoltrando copia conforme del provvedimento adottato, al fine di consentire la richiesta di cessazione della materia del contendere con compensazione delle spese di lite.

Peraltro, occorrerà, al contrario, resistere in giudizio, ove l'opposizione al provvedimento di irrogazione della sanzione sia stata presentata fuori termine: in tal caso, infatti, secondo quanto più sopra già indicato, deve ritenersi che il provvedimento sia divenuto definitivo e, dunque, non può trovare applicazione il primo inciso del secondo comma dell'art. 23-bis. È appena il caso di rilevare, da ultimo, che l'opportunità di resistere in giudizio in siffatte ipotesi è subordinata al versamento da parte del trasgressore dell'importo della sanzione o di parte di essa: in tal caso, infatti, lo stesso non avrebbe diritto a ripetere quanto già versato; al contrario, ove nulla fosse stato corrisposto, non sussisterebbe alcun interesse a coltivare l'eccezione in rito, atteso che, come sopra visto, nell'ipotesi di provvedimento definitivo, è prevista l'estinzione del debito».

PARERE DEL 7 MARZO 2001 N. 31976.

Potere di rinuncia e transazione da parte del Comitato Agevolazioni istituito presso il Ministro del Commercio con l'Estero — Art. 25 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 143; art. 13 testo unico approvato con R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611; art. 17, co. 25 e 26, legge 15 maggio 1997 n. 127. (Consultivo n. 17856/1999, avv. Criscuoli).

«Con la nota a riscontro codesto Ministero, ricordati alcuni precedenti pareri resi dalla scrivente in materia di poteri di rinuncia e transazione del soppresso Comitato istituito presso il MINCOMES *ex lege* n. 394/1981; richiamati altresì il parere del Ministero del Tesoro, Dir. Gen. del Tesoro reso con nota del 7 febbraio 1997, n. 170129 e quello del Consiglio Stato ivi citato in ordine al Comitato istituito presso il Mediocredito Centrale S.p.a. dalla convenzione stipulata tra il Ministero e la detta banca giusta le previsioni di cui all'art 3 della legge n. 489/1993; considerato che a norma dell'art. 25 del d.lgs. n. 143/1998 è stato disposto che a decorrere dall'1° gennaio 1999 la gestione dei due Fondi e degli interventi ivi indicati fosse trasferita alla S. S.p.a., e che a tal fine fossero stipulate apposite convenzioni tra il Ministero del Commercio con l'Estero e la società medesima; considerato altresì che tra i due enti è stata stipulata la convenzione del 16 ottobre 1998 che all'art. 22 stabilisce che l'amministrazione dei diversi fondi istituiti per l'attuazione dei detti interventi è affidata ad un Comitato istituito presso la stessa S., di cui è espressamente indicata la composizione (comma 1), e che il Comitato medesimo, denominato Comitato Agevolazioni, tra le proprie competenze annovera quella di deliberare «in ordine alle revoche, alle rinunzie, alle transazioni relative alle operazioni medesime, nonché all'avvio di azioni giudiziarie» (comma 3, lettera *b*); rilevato che al momento il Comitato Agevolazioni ha all'esame alcune proposte transattive di considerevole valore economico; riferisce in merito ad una richiesta di parere del ridetto Comitato rivolta a codesto Ministero in ordine alla propria facoltà di decidere in merito a rinunce e transazioni ed in particolare se le proprie deliberazioni in materia siano soggette alle medesime procedure previste dalla legislazione vigente per gli organi delle amministrazioni dello Stato (in definitiva, vista la sopravvenienza dell'art. 17, commi 25 e 26 della legge n. 127/1997, se debba acquisirsi al riguardo il preventivo parere dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 13 del t.u. approvato con R.D. n. 1611/1933 e succ. mod.) e chiede di conoscere l'avviso di questa Avvocatura in merito al quesito.

Al riguardo si osserva quanto segue.

Alla S.p.a. S., com'è noto, è stata attribuita, ai sensi dell'art. 25, comma 1 del d.lgs. n. 143/1998, la gestione degli interventi di sostegno finanziario all'internazionalizzazione del sistema produttivo; a norma del successivo comma 3, la S. S.p.a. è succeduta «nei diritti, nelle attribuzioni e nelle situazioni giuridiche dei quali» era titolare il M. C. S.p.a. in forza di leggi, di provvedimenti amministrativi e di contratti relativi alla gestione degli interventi di sostegno finanziario (fra di essi sono espressamente previsti al comma 1, gli interventi disciplinati del d.l. n. 251/1981, convertito in legge n. 394/1981).

La medesima norma (comma 2) ha previsto che per la gestione degli interventi la S.p.a. S. stipula apposite convenzioni con il Ministero del Commercio con l'estero.

Il successivo comma 4 prevede il trasferimento dei fondi e delle disponibilità finanziarie previsti dalle leggi di cui al comma 1 (quindi, anche la legge n. 394/1981) alla S. S.p.a. entro la data dell'1° gennaio 1999.

La convenzione stipulata il 16 ottobre 1998, all'art. 2., prevede l'istituzione di un apposito Comitato presso la S. S.p.a. cui è affidata l'amministrazione dei fondi in questione trasferiti alla società medesima; in particolare, il comma 3, lettera b) dello stesso art. 2 indica esplicitamente tra le competenze del Comitato quella di deliberare in ordine «alle revoche, alle rinunzie, alle transazioni relative alle operazioni medesime, nonché all'avvio di azioni giudiziarie».

Da tale quadro d'assieme emerge che, rispetto alla previgente normativa, non molto è cambiato se si eccettuano l'intervenuta soppressione del Comitato di cui al d.l. n. 251/1981, convertito in legge n. 394/1981 (art. 25, comma 7 del d.lgs. n. 143/1998) e l'introduzione dell'obbligo di stipulare una convenzione che disciplini i rapporti tra il Ministero del Commercio con l'Estero e la S.p.a. S.

Orbene, seppure può affermarsi che nel delineato contesto giuridico tanto l'amministrazione del fondo rotativo che la gestione operativa degli interventi è stata attribuita ad un soggetto di natura non pubblica (S.p.a.), nell'ambito del quale è stato appositamente istituito un Comitato e che l'instaurazione dei rapporti giuridici con i diversi fruitori dei benefici economici derivanti dagli interventi rientri nella competenza della medesima società, la quale agisce nella qualità di soggetto di diritto privato, deve anche osservarsi che, rispetto al previgente ordinamento, nulla è mutato in ordine alla natura eminentemente pubblica del fondo rotativo istituito con il d.l. n. 251 citato per gli interventi di sostegno finanziario all'esportazione italiana. Non a caso la convenzione relativa alla gestione del fondo di cui alla legge n. 295/1973 prevede che i componenti del Comitato, a cominciare da quello che riveste funzioni di Presidente, siano funzionari dello Stato con qualifica dirigenziale; non a caso la convenzione prevede che il Comitato sia tenuto all'osservanza della legge n. 241/1990 ed agisca «*nell'ambito delle modalità e dei criteri di concessione e di restituzione fissati con decreto del Ministro del Commercio con l'Estero di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica ai sensi dell'art. 22, comma 6 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 143*».

Questi profili, ad avviso della scrivente, appaiono sufficienti per ravvisare che tutt'oggi permanga l'obbligo di acquisire il parere dell'Avvocatura dello Stato in ordine alla legittimità (ed alla sussistenza dei relativi presupposti) di una rinuncia al recupero di un credito ovvero della stipula di una transazione che per propria natura comporta necessariamente la coesistenza dell'*aliquid datum* e dell'*aliquid retentum*.

Invero, il fatto che il Comitato per le Agevolazioni cui la Convenzione stipulata da codesto Ministero ha demandato il compito di amministrare il

fondo rotativo (art. 2, comma 1), sia stato istituito convenzionalmente nell'ambito della S.p.a. S., sulle ceneri di quello preesistente e soppresso con provvedimento legislativo, non pare costituire elemento sufficiente per escludere (e non toglie) che transazioni o rinunce aventi ad oggetto denaro appartenente alla mano pubblica seguano l'*iter* procedimentale che la legge prevede per le transazioni e rinunce delle pubbliche amministrazioni. Del resto, non può farsi a meno di prendere atto di una realtà indiscutibile e prevalente nei giorni nostri: nel più recente panorama normativo e giurisprudenziale la dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato assume contorni sempre più sfumati e va stemperandosi anche in considerazione dell'indirizzo derivante dalla normazione comunitaria che prevede un impiego sempre crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico. Dette società per azioni, che sorgono dalla trasformazione degli enti pubblici, infatti, conservano connotazioni proprie della loro origine pubblicistica in necessaria correlazione con la partecipazione al capitale (esclusiva o di maggioranza) da parte dello Stato (si pensi ad es., all'assunzione delle vesti di concessionaria necessaria di tutte le attività in precedenza riservate o attribuite all'ente trasformato, di cui erano la finalità stessa, o al mantenimento delle attribuzioni e competenze già spettanti all'ente pubblico).

Deve in proposito ricordarsi che proprio sulla base di consimili argomentazioni la Corte Costituzionale ha a suo tempo dichiarato che «*spetta alla Corte dei conti esercitare nei confronti delle società per azioni costituite a seguito della trasformazione dell'I.R.I., dell'E.N.I., dell'I.N.A. e dell'E.N.E.L. disposta dall'art. 15 del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1992, n. 359, il potere di controllo di cui all'art. 12 della legge 21 marzo 1958, n. 259, controllo da esercitare, nelle forme e nei limiti in precedenza applicati, fino a quando permanga una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di tali società*» (Corte Cost. n. 466/1993).

Sulla base delle svolte considerazioni, ancorché siano da tenere presenti le fondamentali differenze esistenti (e sopra evidenziate) tra il Comitato istituito presso il MINCOMES *ex lege* n. 394/1981 è l'attuale Comitato per le Agevolazioni ed ancorché nella fattispecie in esame non sia individuabile alcun organo pubblico che sia interessato alla gestione del fondo rotativo in questione e dei relativi rapporti giuridici, non può escludersi che sussista in capo al comitato Agevolazioni o in capo alla S. S.p.a. l'obbligo di acquisire il parere dell'Avvocatura dello Stato in merito alla legittimità di rinunce o transazioni deliberate dal Comitato medesimo.

In definitiva, vanno confermate, ancora oggi, le conclusioni assunte nel precedente parere reso con consultazione del 14 febbraio 1996, n. 16531, sicché al quesito proposto dal Comitato Agevolazioni della S. S.p.a. e girato alla scrivente da codesto Ministero, deve darsi risposta positiva: ad avviso di questa Avvocatura il Comitato, nel deliberare in ordine a rinunce o transazioni, è soggetto alle procedure previste per gli organi delle amministrazioni dello Stato».

PARERE DEL 15 MARZO 2001 N. 34936.

Legittimità del licenziamento senza preavviso nei confronti di un dipendente che abbia presentato nel corso del procedimento disciplinare le proprie dimissioni, con la precisazione di non osservare i termini di preavviso – C.C.N.L. Comparto ministeri, articoli 24, 25, 28-ter; art. 124 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3. (Consultivo n. 19419/2000, avv. Varrone).

«Con la nota che si riscontra codesto Dicastero ha chiesto di conoscere l'avviso di questo G. U. in ordine alla possibilità di adottare il provvedimento disciplinare del licenziamento senza preavviso nei confronti del dipendente D.C., nei cui confronti è stato instaurato relativo procedimento per l'accertata realizzazione da parte dello stesso di fatti rientranti nella previsione di cui all'art. 25, punto 5, lettera *c*) del C.C.N.L. (riguardante la commissione in genere di atti e fatti dolosi, non ricompresi nella lettera *a*), anche nei confronti di terzi, di gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro), pur avendo quest'ultimo presentato in pendenza del predetto procedimento disciplinare le proprie dimissioni a decorrere dal 1° dicembre u.s. con l'ulteriore precisazione di non voler osservare i termini di preavviso di cui all'art. 28-ter del contratto collettivo integrativo.

Ed, invero, pur prevedendo espressamente il comma quarto dell'art. 124 del testo unico n. 3/1957 che l'accettazione (delle dimissioni) può essere rifiutata o ritardata per motivi di servizio, previo parere del Consiglio di amministrazione, o quando sia in corso procedimento disciplinare a carico dell'impiegato, codesto Ministero dubita che la norma possa trovare applicazione al caso di specie in considerazione del fatto che il rapporto di lavoro con il predetto dipendente è regolamentato dal C.C.N.L. comparto Ministeri stipulato in attuazione dell'art. 51 del D.Lgs. n. 29/1993.

Per tal motivo si domanda se in caso di ritenuta inapplicabilità della predetta norma alla medesima conclusione possa pervenirsi alla luce della disciplina regolante gli istituti del procedimento disciplinare e delle dimissioni (articoli 24, 25, 28-ter del C.C.N.L.).

In caso affermativo se gli effetti del provvedimento disciplinare dovrebbero decorrere dal 28 novembre 2000, data in cui il dipendente era stato convocato per essere sentito in ordine ai fatti e non si è presentato così come previsto dall'art. 24, punto 3 del C.C.N.L. ovvero dal 1° dicembre 2000 data coincidente con quella delle sue dimissioni dal servizio.

Come risulta evidente da quanto sopra esposto la risoluzione delle questioni sottoposto da codesto Ministero all'esame di questo L.U. dipende in primo luogo dalla possibilità di ritenere tuttora applicabile al caso di specie il citato art. 124 testo unico n. 3/1957. Codesta P.A. nella nota che si riscontra dubita di ciò in considerazione del fatto che la norma in questione è stata disapplicata dal C.C.N.L.

Effettivamente con provvedimento della P.C.M. 29 agosto 1997 è stato approvato accordo integrativo al C.C.N.L. il cui art. 8, in attuazione dell'art. 72 del D.Lgs. n. 29/1993, fra l'altro prevede che con riferimento al precedente art. 6 (riguardante l'estinzione del rapporto di lavoro regolata dagli

art. 28-ter, 28-quater, 28-quinques del C.C.N.L. da tale norma introdotti) è inapplicabile l'art. 124 del d.P.R. n. 3/1957. Ebbene tale specifica previsione, ad avviso della Scrivente, rende senza dubbio inoperante nel caso di specie il predetto art. 124 sicché non può ritenersi che in pendenza del procedimento disciplinare codesta P.A. abbia la mera facoltà di accettare le dimissioni rassegnate dal D.C. È appena il caso di sottolineare che anche in mancanza di espressa previsione pattizia si sarebbe dovuti pervenire alla medesima conclusione in virtù di quanto previsto dal già citato art. 72 del D.Lgs. n. 29/1993, comma primo, ultima parte, che ha fissato quale termine ultimo di operatività delle disposizioni non abrogate regolanti i rapporti di pubblico impiego destinati ad essere integralmente assoggettati alle regole del diritto comune quello della «sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, del secondo contratto collettivo previsto dal decreto». Ciò che nel caso di specie è accaduto con la sottoscrizione dell'accordo approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 16 febbraio 1999.

Peraltro come chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 8/1997 non è precluso alla P.A. di esperire o portare a termine il procedimento disciplinare nei confronti di un dipendente cessato dal servizio nelle ipotesi in cui sussista un interesse giuridicamente qualificato dell'impiegato o della stessa Amministrazione, a una valutazione sotto il profilo disciplinare del comportamento tenuto in servizio dal dipendente (si pensi ad esempio al caso del dipendente cautelatamente sospeso dal servizio, poi dimesso e collocato in quiescenza, nei cui confronti la P.A. ha tutto l'interesse ad attivare e/o concludere il procedimento disciplinare allo scopo di valutare una possibile reintegrazione patrimoniale per il periodo di sospensione cautelare).

Interesse che tuttavia non è dato scorgere nel caso di specie, sicché la vicenda in ordine alla quale si è chiesto di conoscere l'avviso di questo c.v. deve essere esaminata alla luce delle previsioni del C.C.N.L. regolante il rapporto di lavoro intercorso fra le parti.

In particolare il punto 2 della norma prevede che «l'Amministrazione, fatta eccezione per il rimprovero verbale, non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del dipendente, se non previa contestazione scritta dell'addebito, da effettuare tempestivamente e, comunque, non oltre venti giorni da quando l'ufficio istruttore secondo l'ordinamento dell'amministrazione è venuto a conoscenza del fatto (e senza aver sentito il dipendente a sua difesa con l'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui egli aderisce o conferisce mandato).

Il successivo punto 3 nel regolare la fase successiva dispone che «la convocazione scritta per la difesa non può avvenire prima che siano trascorsi cinque giorni lavorativi dalla contestazione del fatto che vi ha dato causa. Trascorsi inutilmente quindici giorni dalla convocazione per la difesa del dipendente la sanzione viene applicata nei successivi quindici giorni».

Particolare rilievo nel caso di specie assume la disposizione contrattuale cui si è da ultimo fatto cenno la quale con chiarezza sanziona le fasi del pro-

cedimento disciplinare in modo tale che il provvedimento sanzionatorio non può essere adottato se non trascorsi quindici giorni dalla convocazione senza che il dipendente abbia svolto alcuna attività defensionale. Ed, invero, l'obbligo imposto alla P.A. di attendere comunque quindici giorni dalla convocazione prima di comminare la sanzione disciplinare consente di rispondere al quesito posto da codesto Ministero prescindendo dall'esame di alcune delicate questioni di principio connesse alla peculiarità della fattispecie (non va dimenticato che il dipendente assente per malattia sia al momento della contestazione degli addebiti che al momento in cui gli fu comunicata la convocazione ha disertato quest'ultima facendo pervenire lo stesso giorno in cui essa era prevista, ma ben più tardi dell'ora fissata, una richiesta di rinvio per motivi di salute. Il che crea un forte contrasto fra due distinti interessi meritevoli di considerazione e tutela: l'interesse del lavoratore a potersi difendere in modo completo ed efficace e l'interesse del datore di lavoro a concludere con la massima celerità il procedimento disciplinare tenendo conto dei termini assai ristretti entro i quali le norme contrattuali gli impongono di provvedere) e alla imperfetta formulazione della norma contrattuale (gravi dubbi infatti sorgono, con riferimento alla individuazione del momento da cui deve farsi decorrere il licenziamento disciplinare che potrebbe essere quello in cui si chiude il procedimento ovvero quello in cui è concretamente adottato il provvedimento sanzionatorio).

Orbene la necessità imposta dalla previsione di cui al citato art. 25, punto 2, di attendere ulteriori quindici giorni entro i quali comunque il D.C. poteva svolgere le proprie difese, e l'impossibilità di ipotizzare, anche in un caso come quello considerato (in cui il dipendente ha implicitamente manifestato la volontà di non difendersi non rispondendo alla convocazione con rinvio facendo pervenire giustificazioni scritte, non nominando un proprio procuratore o un rappresentante sindacale, rassegnando le dimissioni fin dal 22 novembre 2000 e rinunciando il successivo 30 novembre a rispettare i termini di preavviso), la volontà del lavoratore di non avvalersi di detto termine in considerazione del fatto che i diritti di quest'ultimo, e in particolare il diritto alla difesa, sono sostanzialmente indisponibili implicano al di là di ogni ragionevole dubbio che alla data 28 novembre 2000, prevista per la convocazione, così come alla data del successivo 1° dicembre 2000 di decorrenza delle dimissioni presentate dal D.C. il procedimento disciplinare era ancora pendente.

In presenza di siffatta situazione, non essendovi norma contrattuale di tenore analogo a quella del ricordato art. 124 del testo unico n. 3/1957, che consentiva alla P.A. di ritardare o rifiutare le dimissioni rassegnate dal dipendente sottoposto a procedimento disciplinare, e che il D.C. ha inteso rassegnare le proprie dimissioni dal 1° dicembre 2000 senza osservare il termine di preavviso di cui al secondo comma dell'art. 28-ter del C.C.N.L., lo stesso andrà considerato a tutti gli effetti cessato dal servizio a decorrere dalla suddetta data e, a norma del comma quarto capoverso codesta Amministrazione «ha diritto di trattenere su quanto eventualmente dovuto al medesimo un importo corrispondente alla retribuzione per il periodo di preavviso da questi non dato».

PARERE DEL 15 MARZO 2001, N. 35230.

Natura giuridica degli accordi tra scuole per la costituzione di reti scolastiche. Differenze rispetto alla partecipazione a consorzi pubblici o privati (art. 7 d.P.R. n. 275/1999) – Art. 7 del d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275; art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241; art. 25 della legge 8 giugno 1990, n. 142. (Consultivo n. 18464/00, avv. Zerman).

«L'art. 7 del d.P.R. n. 275/1999, prevede tre modalità di collaborazione tra Scuole ed altri enti pubblici o privati:

- a) gli accordi in rete tra Scuole;
- b) le convenzioni con enti pubblici o privati;
- c) la istituzione o l'adesione a consorzi pubblici o privati.

L'accordo in rete può avere ad oggetto attività, didattiche, di ricerca, sperimentazione e sviluppo, formazione e aggiornamento.

Ma può anche concernere attività amministrative delle Scuole o addirittura la contabilità «ferma restando la autonomia dei singoli bilanci». Può riguardare anche l'acquisto di beni o servizi, l'organizzazione e altre attività coerenti con il raggiungimento delle finalità istituzionali.

La competenza per l'approvazione dell'accordo spetta al Consiglio di Istituto o di circolo e — per le finalità didattiche — al collegio dei docenti delle singole scuole interessate.

Sotto il profilo organizzativo, l'accordo individua l'organo responsabile della gestione delle risorse e del raggiungimento delle finalità del progetto, la sua durata, le sue competenze e i suoi poteri, nonché le risorse professionali e finanziarie messe a disposizione dalla rete delle singole istituzioni.

L'accordo è depositato presso la segreteria delle Scuole, ove gli interessati possono prenderne visione ed estrarne copia.

Gli accordi in rete sono aperti a tutte le istituzioni scolastiche che intendano parteciparvi e prevedono iniziative per favorire la partecipazione alla rete delle istituzioni scolastiche che presentino situazioni di necessità.

Quando sono istituite reti di scuole, gli organici funzionali di istituto possono essere definiti in modo da consentire l'affidamento a personale dotato di specifiche esperienze e competenze di compiti organizzativi e di raccordo interistituzionale.

Dal regime sopra esposto emerge il carattere associativo della «rete di scuole»: dalla previsione di un fondo comune a quella di un organo responsabile della gestione delle risorse.

Occorre a tal punto chiedersi quale sia la natura giuridica delle «reti tra scuole», al fine di applicare la disciplina relativa, per quanto non regolato dalla norma.

Al riguardo — considerata la natura pubblica delle scuole facenti parte della rete — sembra che gli stessi siano riconducibili alla lata previsione dell'art. 15 legge 241/1990 (28)

In base a tale normativa, «le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'art. 11, commi 2, 3 e 5».

I commi richiamati dall'art. 11 della legge n. 241/1990 (norma che disciplina gli accordi sostitutivi di provvedimenti), prevedono la applicazione ai medesimi dei «principi del codice civile in materia di obbligazione e contratti in quanto compatibili» (comma 2); inoltre «gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi» (comma 3), e infine: «le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo».

Per quanto concerne la disciplina relativa alla rete tra scuole, si ritiene quindi applicabile — in virtù dell'espresso richiamo dell'art. 15 L. 241/1990 — la disciplina codicistica, per le parti non regolate dall'art. 7 del d.P.R. n. 275/1999.

Sebbene il comma 2 art. 11 richiamato faccia espresso riferimento alle obbligazioni e contratti (e non quindi al libro primo, che disciplina le persone fisiche e giuridiche), è pur vero che le associazioni vengono costituite con contratto (contratti di comunione di scopo, categoria diversa da quella dei contratti di scambio).

Pertanto, in virtù del suesposto richiamo, anche la disciplina relativa alle associazioni pare applicabile alle reti di scuole, nella parti non regolate dalla normativa es. per quanto concerne il diritto di recesso delle singole scuole alla rete, o in relazione alla responsabilità patrimoniale per le obbligazioni assunte dalla rete di scuole.

E ciò perché, come detto, la struttura delineata per le reti di scuole ha carattere associativo in quanto diretto a creare un vincolo tra le scuole, per la gestione comune di interessi delle medesime.

Può sorgere, però, il dubbio circa la disciplina da applicare, se quella relativa alle associazioni riconosciute o non riconosciute come persone giuridiche.

(28) Secondo la Corte dei Conti, sez. controllo enti, 6/11/1998 n. 119: «Gli accordi di programma previsti dal decreto legge 31 gennaio 1995 n. 26 convertito dalla legge 29 marzo 1995, n. 95, da stipularsi tra Ministero dell'Università ed atenei e altri soggetti pubblici e privati nell'ambito degli strumenti di programmazione del sistema universitario, rientrano nell'ampio genere degli accordi organizzativi di cui all'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e ad essi va attribuita natura negoziale; pertanto è legittima l'apposizione a tali accordi di condizioni sospensive».

In dottrina, v. UGO DI BENEDETTO: «L'attività amministrativa concordata» in *Manuale di diritto amministrativo*, Maggioli 1999, 473. GALLI: «Le convenzioni organizzative», in «Corso di diritto amministrativo» Cedam, 1996, 485 e seg.

Sembra doversi optare per la seconda ipotesi.

La struttura associativa delle reti di scuole, non determina la nascita di una nuova persona giuridica, pubblica o privata, e ciò per un duplice ordine di ragioni.

Innanzitutto la personalità giuridica pubblica è sempre conferita con legge, sì da ipotizzarsi unioni di enti pubblici senza personalità giuridica.

Inoltre, la configurazione di una nuova persona giuridica sembra in contrasto con la *ratio* della normativa di riforma, diretta a rendere sempre più indipendenti (se pure permettendo forme di collaborazione) le scuole, evitando di creare strutture che si sostituiscano alle stesse.

Relativamente semplice sembra la differenza di struttura tra le reti di scuole e le convenzioni con università enti pubblici e privati, prevista dall'art. 7, comma 8 («le scuole, sia singolarmente che collegate in rete possono stipulare convenzioni con università statali o private, ovvero con istituzioni, enti, associazioni o agenzie operanti sul territorio che intendano dare il loro apporto alla realizzazione di specifici obiettivi») e 9 («anche al di fuori dell'ipotesi prevista dal comma 1, le istituzioni scolastiche possono promuovere e partecipare ad accordi e convenzioni per il coordinamento di attività di comune interesse che coinvolgono, su progetti determinati, più scuole, enti, associazioni del volontariato e del privato sociale»).

I predetti accordi, infatti, sono stipulati anche con soggetti diversi dalle scuole e diretti a soddisfare specifiche necessità.

Più complessa sembra, invece, la distinzione tra le reti di scuole e i consorzi, che le istituzioni scolastiche possono costituire o a cui possono aderire («le istituzioni scolastiche possono costituire o aderire a consorzi pubblici e privati per assolvere compiti istituzionali coerenti col Piano dell'offerta formativa di cui all'art. 3 e per l'acquisizione di servizi e beni che facilitino lo svolgimento dei compiti di carattere formativo»).

Come è noto il consorzio costituisce una entità giuridica assai variegata e presente sia nel diritto privato che in quello amministrativo.

Secondo la disciplina civilistica (art. 2662 cc. e segg.) con il contratto di consorzio più imprenditori costituiscono una organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese.

La causa del contratto di consorzio non è limitata solamente alla disciplina della concorrenza tra imprenditori, ma ha un ambito più vasto, grazie al quale il contratto si rivela concepito quale strumento di collaborazione generale tra imprese diverse, volto a realizzare le più razionali ed opportune sinergie (Cass. 3163/1985).

La normativa privatistica distingue i consorzi con attività interna, da quelli con attività esterna (art. 2612: v. in particolare art. 2613 sulla rappresentanza in giudizio e 2615 responsabilità verso i terzi); i consorzi volontari da quelli obbligatori (art. 2616 seg.).

Elemento essenziale del contratto di consorzio è la qualità di imprenditore rivestita dai contraenti.

Tale qualità differenzia i consorzi dalle semplici associazioni, essendo riconducibile anche il medesimo ai contratti di carattere associativo.

Da tempo regolata con legge è anche la costituzione di consorzi tra enti pubblici (consorzi amministrativi).

È caratteristica comune a tutti i consorzi di essere organizzazioni permanenti per la realizzazione e la gestione di opere o servizi di interesse comune ai vari consociati, senza che delle opere e dei servizi diventi titolare il consorzio.

Già il testo unico della legge comunale e provinciale del 1934 (r.d. n. 383/1934), prevedeva la costituzione di consorzi pubblici tra enti locali, ai quali la legge espressamente conferiva il carattere di enti pubblici (29), il cui carattere economico o no, dipendeva dal criterio imprenditoriale o meno con cui veniva gestito il servizio.

Successivamente, la legge n. 142/1990 (ordinamento delle autonomie locali), all'art. 25, regola la costituzione di consorzi tra enti locali «per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio di funzioni» *«secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'art. 23 in quanto compatibili»*.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale, «nonostante il rinvio alla disciplina delle aziende speciali, contenuto nell'art. 25 della legge n. 142/1990, la natura giuridica e l'ambito materiale di attività dei consorzi facoltativi tra enti locali non coincide con quello delle aziende. Oltre ai consorzi istituiti per la gestione di servizi di rilevanza economico-imprenditoriale, possono esistere consorzi destinati allo svolgimento di servizi sociali e di funzioni, mentre i primi si configurano — al pari delle aziende speciali — quali enti pubblici economici, i secondi hanno natura istituzionale»

In definitiva, per i consorzi pubblici la giurisprudenza non distingue quelli con attività interna od esterna, ma quelli aventi carattere imprenditoriale o no, con le conseguenti implicazioni in ordine alla giurisdizione e alla disciplina del personale.

Occorre quindi chiedersi, a fronte di un accordo di collaborazione tra scuole, se lo stesso sia riconducibile alla figura della rete tra scuole — disciplinata dall'art. 7 — commi 2 e 6 — del d.P.R. n. 275/1999, o ad un consorzio previsto dal comma 10 dello stesso articolo.

In realtà la risposta non è semplice, e sarà probabilmente oggetto di analisi giurisprudenziale.

Sembra, al riguardo, potersi ritenere che la collaborazione tra scuole e altri soggetti rivesta la natura di consorzio quando *la gestione sia connotata da autonomia rispetto alle singole scuole* (30) (31).

(29) v. in tal senso: Cass. Sez. Un., sent. n. 4347 del 1981; Sez. Un., sent. 4272 del 1986.

(30) v. Tar Lombardia, 1905/1997.

(31) Sembra non potersi escludere la natura economico-imprenditoriale di alcuni consorzi creati o a cui aderiscono le scuole (v. art. 20 bozza regolamento di contabilità che prevede la gestione delle aziende agrarie e aziende speciali da parte delle scuole secondo criteri di economicità; v. inoltre l'art. 28 decreto interministeriale 28 maggio 1975: istruzioni amministrativo contabili per le scuole). Senza che ciò significhi, però, che la Scuola assuma la qualifica di imprenditore.

Si ritiene infine che tale gestione debba essere finalizzata ad una specifica attività, non potendo le scuole delegare competenze di carattere generale — ad esse spettanti per legge, ad un organismo distinto dalle medesime (32).

Pertanto, laddove l'accordo, sebbene denominato «consorzio», sia costituito da una pluralità di scuole (e solo tra esse), per finalità di carattere generale e senza la creazione di una autonoma organizzazione, ci si troverà di fronte ad una rete di scuole, e cioè ad una struttura di carattere associativo di cui fanno parte le singole istituzioni scolastiche.

Premesso quanto sopra e passando all'esame concreto della convenzione qui inviata, ritiene questo G.U., che l'accordo in questione, sebbene denominato «consorzio», in realtà abbia natura associativa ove non si sia contestualmente creata (come sembra), una autonoma entità organizzativa (quindi anche con bilancio proprio).

Sembra, nel caso di specie, che l'accordo sia in tutto riconducibile ad una rete di natura associativa, diretta all'elaborazione di progetti formativi comuni tra le scuole.

Sorge invece perplessità circa il fine costituito dalla generica promozione del «processo di realizzazione dell'autonomia organizzativa e didattica» atteso che tale scopo pare eccessivamente generico e non delegabile dalle singole scuole, nonché in contrasto con lo spirito della riforma di potenziare la concorrenzialità tra Scuole.

Sul punto si prega l'Ufficio di Gabinetto di esprimere eventuali osservazioni.

Eguale non giuridicamente corretto sembra l'affidamento alla «rete» della rappresentanza «sindacale», atteso che anche tale materia è attribuita alle singole scuole (che saranno sede di contrattazione collettiva), e quindi non delegabile alla «rete» (considerato anche che l'accordo in rete non può avere effetti nei confronti delle parti sociali — le OO.SS. — rimaste estranee all'accordo).

Il finanziamento della rete potrà effettuarsi secondo le voci di contabilità in cui rientrano i singoli progetti posti in essere dalla rete (anche su tale punto, potrà meglio esprimersi il Ministero in indirizzo), nonché dei fondi per l'autonomia assegnati alle singole Scuole.

Inoltre, i predetti consorzi possono essere costituiti per «l'acquisizione di servizi e beni che facilitino lo svolgimento di attività formative» e quindi con rilevanza economica, sebbene senza scopo di lucro: v. al riguardo sent. Cass. Sez. Un. 24/1999, secondo cui un consorzio tra Comuni per l'acquisto di materiale scolastico a migliori prezzi «palesa una indubbia valenza pubblicistica in quanto preordinata al perseguimento degli interessi dei consorziati, escludendo ogni scopo di lucro degli interessi dei consorziati».

(32) L'argomento non è di facile approccio e sarà oggetto di valutazioni dottrinali e giurisprudenziali. V. comunque l'art. 8 D.Lgs. n. 616/1977, che esclude che le regioni, nel costituire consorzi per la gestione di servizi possano costituire «consorzi generali», vale a dire con una estesa pluralità di competenze. Secondo Sandulli, «in tal modo la legislazione mostra di voler resistere a una certa tendenza politica a concentrare in sede unitaria la cura dei diversi interessi locali, ultracomunali». «La devoluzione delle potestà regionali ai consorzi così costituiti suscita problemi costituzionali, non essendo contemplata dalla Costituzione», *op. cit.*, 495-496.

Per quanto riguarda altri profili, non si hanno ulteriori osservazioni al riguardo».

PARERE DEL 22 MARZO 2001 N. 38467.

Procedimento penale promosso nei confronti di dipendente statale in conseguenza di fatti connessi al servizio espletato e definito con declaratoria di prescrizione del reato: se — ed eventualmente a quali condizioni — spetti al suddetto dipendente il rimborso delle spese legali sostenute per difendersi nel procedimento di cui sopra — Art. 18 legge 23 maggio 1997 n. 135; artt. 345 e 425 c.p.p. (Consultivo n. 9134/00, avv. Cimino).

«Si riscontra la nota in epigrafe per rappresentare che, pur apparendo congrui gli importi relativi alle spese legali riportati nelle fatture e nel prospetto di parcella, non si ravvisa, nella fattispecie, l'applicabilità dell'art. 18 legge n. 135/1997.

Il dettato normativo infatti, consente il rimborso delle spese legali sostenute per la difesa nei giudizi per responsabilità civile, penale od amministrativa in conseguenza di fatti od atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali, solo qualora gli stessi si concludano *con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità*, facendo, evidentemente, riferimento a decisioni che, valutando nel merito la controversia, accertino la legittimità dell'operato dei dipendenti.

Invero risponde alla «ratio» del legislatore che la P.A. debba accollarsi le spese legali sostenute dai dipendenti in quanto apparirebbe iniquo far gravare sugli stessi i costi di una difesa per un giudizio in cui, *verificata la correttezza del loro operato nell'esercizio delle proprie funzioni*, la sentenza riaffermi, indirettamente, la legalità dell'azione amministrativa.

Orbene tale natura non può essere riconosciuta alla sentenza di cui si è allegato il dispositivo atteso che, essendo dipeso, il proscioglimento per non luogo a procedere, dalla mancanza di querela, il carattere di condizione di procedibilità della stessa — e tale è espressamente dichiarata nel titolo III del libro V del c.p.p. (confermativa della medesima dizione utilizzata dall'art. 17 vecchio testo) — determina la natura, per così dire, meramente «processuale» della decisione, essendo stato precluso al giudicante, per difetto del presupposto per l'esercizio dell'azione penale, la verifica della fondatezza o meno del reato contestato.».

PARERE DEL 7 MAGGIO 2001 N. 54325.

Responsabilità amministrativa dei funzionari per mancata riscossione di diritti indebitamente percepiti entro il termine di prescrizione: se il fatto dannoso — ai fini della decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di responsabilità — sia da ricollegarsi alla data di scadenza del termine triennale di prescrizione del diritto di riscossione — Distinzione tra diritti spettanti all'Amministrazione italiana e risorse proprie della Comunità Europea — Art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 in tema di ripetizione di diritti doganali. (Consultivo n. 20015/00, avv. De Bellis).

«Con la nota in riferimento codesta Amministrazione ha chiesto il parere della Scrivente in ordine alle conseguenze che potrebbero derivare

sotto il profilo della responsabilità amministrativa nei casi in cui alcuni Uffici doganali incaricati della riscossione di diritti indebitamente percepiti (a seguito di accertate irregolarità), abbiano lasciato inutilmente decorrere il termine triennale di decadenza di cui all'art. 221 del Reg. (CE) n. 2913/1992, con la conseguente impossibilità di procedere al recupero.

In particolare si chiede di sapere se il «*fatto dannoso*» possa ritenersi avverato alla data di scadenza del suddetto termine triennale e se, di conseguenza, dalla stessa data decorra il termine quinquennale di prescrizione dell'azione di responsabilità previsto dall'art. 1, comma 2 della legge n. 20/1994.

A parere della Scrivente occorre distinguere l'ipotesi in cui il credito caduto in prescrizione sia costituito da diritti o tributi spettanti all'Amministrazione italiana, dal caso in cui si tratti di risorse proprie della Comunità europea.

Nel primo caso si configura un «*danno diretto*» con la conseguenza che il «*fatto dannoso*» si realizza nel momento dell'intervenuta prescrizione del credito non riscosso; dalla stessa data inizierà pertanto a decorrere il termine (quinquennale) di prescrizione dell'azione di responsabilità amministrativa nei confronti dei soggetti responsabili.

Nel secondo caso si è invece in presenza di un «*danno indiretto*» nel senso che è causato ad un altro soggetto (la C.E.) che potrà in un secondo momento pretenderne il rimborso.

In tale ipotesi la giurisprudenza prevalente della Corte dei conti (analogamente a quanto precisato dal Procuratore generale presso la Corte dei conti nella nota in indirizzo e coordinamento 28 febbraio 1998 prot. I.C./16), è nel senso di ritenere che in caso di danno indiretto, la prescrizione decorre «*dal momento del passaggio in giudicato della pronuncia di condanna al risarcimento dell'Amministrazione nei confronti del terzo danneggiato*» (Corte dei Conti, Sezioni Riunite, 29 gennaio 1997 n. 12), ovvero «*solo dal momento in cui, per sentenza di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno causato dal dipendente al terzo o per atto di transazione, l'evento immediatamente «dannoso» per il terzo lo diventa anche per l'Amministrazione*» (Corte dei conti Reg. Toscana, 15 giugno 1994 n. 37; Reg. Lazio 16 novembre 1994 n. 12; Reg. Sicilia 30 agosto 1999 n. 195; Reg. Calabria 16 giugno 1998 n. 9).

In talune pronunce è stato precisato che «*l'evento dannoso*» può individuarsi nell'atto (sentenza di condanna o transazione) che determina «*in modo definitivo*» il credito erariale, essendo irrilevante il successivo pagamento (Corte dei conti Reg. Toscana, 16 luglio 1999 n. 805) o ancora più genericamente «*l'obbligazione assunta si sia perfezionata*» e «*l'Amministrazione l'abbia ritenuta esistente e non ragionevolmente contestabile*» (Corte dei Conti, Sez. III Pens. Civ. 29 marzo 1999, n. 57/A; nel senso però che il termine decorra dalla data del pagamento: Corte dei Conti, Sez. App. II 30 aprile 1998, n. 129).

Solo in una isolata decisione si sostiene che «*Ai sensi dell'art. 1, comma secondo, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, modificata dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, che ha innovato in tema di danno e di decorrenza del relativo diritto al risarcimento, è venuta a cadere la distinzione tra danno diretto e indi-*

retto, venendo ad essere fissato il termine iniziale della decorrenza prescrizione-ale «in ogni caso» al momento della verifica del fatto dannoso, cioè dell'attività, connessa allo svolgimento degli obblighi di servizio, dalla quale si è originato il danno, e non più al momento in cui il danno si è evidenziato» (Corte dei conti Reg. Lazio, 18 febbraio 1997, n. 11).

Applicando i suddetti principi alla seconda ipotesi sopra evidenziata, si dovrebbe quindi ritenere che il «fatto dannoso» non si è compiutamente realizzato fino a che la Commissione CE non addebiti allo Stato italiano la somma non riscossa per prescrizione.

Cautelativamente può ritenersi che il termine prescrizione decorra dal momento in cui in qualsiasi modo la Commissione dovesse manifestare l'intenzione di addebitare la somma non riscossa allo Stato italiano (anche se, come rilevato, la prevalente giurisprudenza è nel senso di individuare tale termine nella data dell'effettivo esborso della somma o quantomeno in una sua quantificazione in un titolo).

Considerato comunque che le valutazioni suddette sono di stretta competenza della Procura presso la Corte dei conti, valuterà codesta Amministrazione se anticipare il momento di una eventuale denuncia alla data in cui è intervenuta la prescrizione del credito da riscuotere, effettuando una segnalazione al suddetto organo (come peraltro previsto a pagina 6 della citata nota di indirizzo del P.G.)».

PARERE DEL 15 MAGGIO 2001 N. 57844.

Restituzione di diritti di confine versati per l'importazione di semilavorati impiegati per la costruzione di navi mercantili esportate verso Paesi terzi: a) se l'espressione «materie prime» debba essere interpretata in senso restrittivo ovvero possa estendersi anche ai semilavorati; b) rilevanza, ai fini della restituzione, della annotazione nei registri «materie prime» – d.P.R. 15 luglio 1954; d.P.R. 24 gennaio 1968; legge 5 luglio 1964, n. 639. (Consultivo n. 19169/00, avv. Braguglia).

«1. — Dalla nota alla quale si risponde risulta che la F.-C.N.I. S.p.a. — ha chiesto la restituzione prevista dal d.P.R. 15 luglio 1954 in relazione all'esportazione, verso paesi terzi, di navi mercantili, costruite non soltanto con l'utilizzo di ferro, ghisa ed acciaio, ma anche di altri materiali. La restituzione è stata richiesta con riferimento all'avvenuta importazione di semilavorati, che sono stati utilizzati per la costruzione delle navi mercantili successivamente esportate.

In ordine a tale richiesta, richiamata la consultazione resa dalla Scrivente con nota 12 giugno 1990, n. 45850 — CS 5813/1985 — a proposito di analoga istanza proposta dalla P.T.I. S.p.a., codesta Agenzia rileva:

a) non essere dubbio che la normativa applicabile sia quella contenuta nel decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1954;

b) che la lettera dell'art. 1 del d.P.R. citato riguarda la «... restituzione del dazio e degli altri diritti di confine pagati sulle materie prime impiegate nella loro fabbricazione...», mentre per la costruzione delle navi mercantili poi esportate la F. S.p.a. ha importato ed impiegato semilavorati;

c) che, per tale ragione, le importazioni dei semilavorati non sono state annotate nell'apposito registro, istituito nel 1990 «al fine di individuare e comprovare le materie prime importate ed incorporate nel prodotto finito...»;

d) che tale mancata annotazione impedisce di controllare la corrispondenza tra «materia prima» importata e prodotto finito esportato, controllo necessario data la natura di «*drawback*» attribuita alla restituzione prevista dal citato d.P.R. 15 luglio 1954.

Ciò precisato, codesta Agenzia rileva ancora che oggi, a seguito delle mutate tecniche costruttive, non si potrebbe escludere un'interpretazione meno restrittiva dell'espressione «materie prime» dovendosi tuttavia continuare a tener conto dell'elemento «*drawback*», anche in considerazione di possibili elementi di contrasto con la normativa comunitaria.

2. — In ordine all'esposta problematica quest'Avvocatura generale osserva quanto segue.

3. — Si condivide anzitutto il punto di vista di codesta Agenzia in ordine all'applicabilità, nel caso, del d.P.R. 15 luglio 1954 (*Gazzetta Ufficiale* n. 190 del 20 agosto 1954). Ed invero, come si ebbe a rilevare nella citata consultazione del 12 giugno 1990, la restituzione in questione è stata soppressa dall'art. 4 del d.P.R. 24 gennaio 1968 (*Gazzetta Ufficiale* n. 137 del 31 maggio 1968) soltanto per quei prodotti, contemplati dal d.P.R. 15 luglio 1954 «...che fruiscono di analoga restituzione ai sensi della legge 5 luglio 1964, n. 639».

Orbene, i prodotti per i quali la F. S.p.a. ha chiesto la restituzione («Navi mercantili a propulsione meccanica, a chiglia metallica»: n. 18 della tabella allegata al d.P.R. 15 luglio 1954), pur essendo costruiti prevalentemente in ferro, ghisa ed acciaio, cioè con materiali con i quali sono costruiti i prodotti oggetto della restituzione prevista dalla legge 5 luglio 1964, n. 639, non sono elencati nella tabella annessa alla legge stessa; quindi non fruiscono della restituzione di cui all'art. 1 della legge medesima. La suddetta tabella prevede invero: «Navi non nominate né comprese altrove: per la Marina militare»; non già le navi mercantili di che trattasi, comprese invece nella tabella allegata al d.P.R. 15 luglio 1954.

Sicché, per completare il pensiero espresso nella più volte citata consultazione del 12 giugno 1990, non possono fruire della restituzione ex d.P.R. 15 luglio 1954, i prodotti ammessi alla restituzione ex lege n. 639/1964 (la legge 8 novembre 1973, n. 773 ed il d.P.R. 7 settembre 1977, n. 788, non rilevano al riguardo), in quanto elencati nella tabella allegata alla legge stessa, anche se fabbricati prevalentemente in ferro, ghisa ed acciaio.

4. — Nella consultazione del 12 giugno 1990 la Scrivente, interpretando l'art. 1 del d.P.R. 15 luglio 1954, ha ritenuto che «il presupposto della restituzione risiede nel fatto che per la fabbricazione dei prodotti ammessi alla restituzione stessa siano state impiegate materie prime importate, sulle quali siano stati pagati dazio od altri diritti di confine».

Tale presupposto va qui confermato, dovendosi soltanto indagare (indagine non occorrente nella fattispecie oggetto della precedente consultazione) se l'espressione «materie prime» vada necessariamente assunta in senso letterale restrittivo, ovvero se essa possa essere interpretata in modo (non analogico, ma) estensivo, sì da comprendervi i semilavorati importati.

Malgrado i dubbi derivanti dall'assenza di precedenti, la Scrivente propende per l'affermativa.

A prescindere dagli argomenti della F. S.p.a., riferiti alle mutate tecniche costruttive delle navi, va in primo luogo osservato che l'interpretazione estensiva è diretta a ricercare un significato che, pur essendo già compreso nella norma, da essa non appare «*prima facie*». Ciò significa che, nel caso, pur dovendosi applicare con rigore la norma (in ossequio anche ad esigenze di compatibilità comunitaria), la sua interpretazione estensiva non appare vietata.

In secondo luogo va rilevato che, se è vero che il semilavorato rappresenta un momento successivo rispetto alla materia prima, è pur vero che esso abbisogna di ulteriore lavorazione per pervenire al prodotto finito. Sicché, sotto tale profilo, può ritenersi che in questo ulteriore e necessario processo di lavorazione, il semilavorato costituisca esso stesso materia prima.

Per tali ragioni, sembra dunque che la nozione «materie prime» di cui alla norma all'esame comprenda anche i semilavorati e che, di conseguenza, se questi sono stati importati da paesi terzi, se su di essi sono stati pagati dazi od altri diritti di confine e se, infine, i semilavorati sono stati impiegati nella costruzione delle navi mercantili successivamente esportate in paesi terzi, spetta la restituzione nella misura prevista nella tabella allegata al d.P.R. 15 luglio 1954, salva l'ipotesi contemplata nell'art. 4 dello stesso d.P.R.

5. — All'esposta conclusione non sembra essere di ostacolo la circostanza che i dazi od altri diritti di confine pagati all'importazione dei semilavorati potrebbero comprendere anche valori non strettamente attinenti alle «materie prime».

Tale circostanza appare invero non rilevante, posto che, a norma dell'art. 6 del d.P.R. 15 luglio 1954, l'aliquota (nel caso, l'1%) dei diritti da restituire è rapportata al prezzo di fattura rilasciata all'acquirente estero. Si tratta, cioè, di un'aliquota forfettaria, che non snatura l'istituto del «*draw-back*», come dalla Scrivente già osservato nella precedente consultazione del 1990 (punto 2).

6. — Una volta che la F. S.p.a. abbia provato:

a) l'importazione da paesi terzi di semilavorati sui quali ha pagato dazi od altri diritti di confine;

b) che i semilavorati importati sono stati impiegati nella costruzione di navi mercantili, con le caratteristiche descritte nella tabella (n. 18) allegata al d.P.R. 15 luglio 1954;

c) che tali navi mercantili sono state esportate in paesi terzi, non appare essere d'ostacolo all'accoglimento delle istanze di restituzione il fatto che le importazioni dei semilavorati non siano state annotate negli appositi registri «materie prime» istituiti nel 1990.

Da un lato, infatti, l'annotazione in tali registri rappresenta uno strumento di controllo in vista dell'eventuale futura restituzione; non già una condizione di legge, la cui mancata osservanza impedisca il diritto alla restituzione stessa.

Da altro lato, la mancata annotazione è nel caso giustificabile tenuto conto della problematica concernente l'interpretazione della nozione «materie prime».

È chiaro, tuttavia, che alla mancata annotazione nei registri la società istante dovrà supplire fornendo la prova delle circostanze sopra (all'inizio del punto 6) indicate e di quant'altro ritenuto necessario da parte di codesta Agenzia.

Non si può invero accedere ad una sorta di «presunzione di importazione» (cfr. consultazione 12 giugno 1990, pag. 4), né rileva che l'aliquota di restituzione sia stabilita in modo forfettario.

Questa modalità, se esclude che l'ammontare della restituzione sia limitato all'ammontare dei dazi od altri diritti di confine pagati all'importazione, non esclude, invero ed in base al preciso disposto dell'art. 1 d.P.R. 15 luglio 1954, che all'importazione delle materie prime — semilavorati debbano essere stati pagati dazi od altri diritti di confine e che di tali pagamenti chi chiede la restituzione debba fornire la prova».

PARERE DEL 21 MAGGIO 2001 N. 60347.

Procedimento imposizione servitù per impianti di telecomunicazioni ed opere accessorie: a) se nel silenzio dell'art. 234 del d.P.R. n. 16156/1973 sia da considerarsi omissa il subprocedimento di cui all'art. 30 legge n. 2359/1865; b) modalità di versamento dell'indennità di esproprio; c) conseguenza dell'occupazione del fondo per la realizzazione delle opere senza emanazione del provvedimento di asservimento — R.D. 19 luglio 1941, n. 1198; d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156; legge 12 marzo 1968, n. 325; legge 25 giugno 1865, n. 2359. (Consultivo n. 15931/00, avv. Cosentino).

«Con nota del 13 settembre 1999 prot. n. 588/1999/LL.PP. codesta Prefettura ha richiesto parere in merito alle procedure di asservimento coattivo per impianti di telecomunicazioni — procedure disciplinate dagli artt. 233 ss. del decreto Presidente della Repubblica 29 marzo 1973, n. 156 — attraverso l'articolazione di cinque quesiti. Questi ultimi individuano due diverse e distinte ipotesi di procedure ablatorie: i quesiti di cui ai numeri 1, 2, 3 concernono l'ipotesi, per così dire, fisiologica di emanazione del decreto definitivo di asservimento, di competenza del Prefetto, e vertono in particolare sulle modalità di pagamento o deposito dell'indennità, ai sensi dell'art. 234 d.P.R. n. 156/1973, i quesiti di cui ai numeri 4 e 5 riguardano, per contro, l'ipotesi «patologica», in cui vi sia stata occupazione del fondo con realizzazione delle opere, mancando tuttavia l'emanazione del provvedimento finale di asservimento.

1. — Con il quesito n. 1 si chiede se la disposizione di cui all'art. 234, comma III, d.P.R. n. 156/1973 — in forza della quale «il Prefetto emana il decreto di imposizione di servitù (...) dopo essersi accertato del pagamento

o del deposito delle indennità» stabilite dal Provveditorato alle Opere Pubbliche — sia da intendersi come norma speciale rispetto alla disciplina dettata dagli artt. 24 ss. della legge 25 giugno 1865, n. 2359, c.d. legge generale in materia espropriativa: nello specifico, si chiede se, relativamente alle procedure di asservimento mediante atto della P.A. per opere di telecomunicazioni, possa ritenersi, nel silenzio dell'art. 234, omesso il subprocedimento di cui all'art. 30 legge n. 2359/1865, come novellato dalla legge 20 marzo 1968, n. 391, subprocedimento che si colloca in una fase antecedente al versamento della indennità da parte dell'ente espropriante o asservente, svolgutesi dinanzi al Giudice e finalizzato all'ordine di pagamento o deposito della indennità stessa.

Sul punto giova ricordare che la materia delle servitù coattive per impianti di telecomunicazioni è contenuta negli artt. 233 e 234 del citato d.P.R. — immediatamente successivi alle norme sull'esproprio (art. 231) e sulle limitazioni legali (art. 232) — che dettano una normativa scarna ed essenziale rispetto a quella dettagliatamente prevista dalla legge n. 2359/1865 e successive modifiche, la quale risulta applicabile, se non derogata da norme settoriali o speciali, a tutte le «espropriazioni dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili per l'esecuzione di opere di pubblica utilità» (art. 1 legge citata).

Ad avviso della Scrivente, in favore della specialità delle norme in parola può argomentarsi, già ad un primo avvicinamento, dalla formulazione dell'art. 233 decreto del Presidente della Repubblica n. 156/1973 che, diversamente da quanto disposto per gli espropri dell'art. 231, comma IV, stesso d.P.R., non contiene alcun rinvio di tenore generale alla procedura e alle relative fasi subprocedimentali delineate dalla legge n. 2359/1865. Al riguardo, la giurisprudenza, in relazione a fattispecie fra loro differenziate, ha avuto modo di qualificare gli artt. 233 e 234 del d.P.R. citato come norme speciali idonee sia a regolare compiutamente il procedimento per la imposizione delle suddette servitù sia ad assicurare celerità e snellezza procedurale (così, Tar Lombardia-Milano 5 aprile 1984, n. 415; Tar Campania-Napoli 23 novembre 1998, n. 3526; Cassazione 6 marzo 1998, n. 2505). Se infatti l'art. 234 da un lato prevede soltanto la pronuncia del decreto di asservimento subordinatamente al versamento della indennità, senza nulla disporre circa la fase di competenza del giudice e senza rinviare alla legge generale, l'art. 233 dall'altro si limita a richiamare l'art. 46 legge n. 2359/1865, il quale ultimo prescrive che è dovuta una indennità ai proprietari dei fondi gravati di servitù costituita mediante provvedimento amministrativo. Invero, non sembra alla Scrivente che tale riferimento possa operare come integrale rinvio al subprocedimento in materia di indennità di cui alla legge generale ed in particolare alla norma ex art. 30 legge citata, in forza della quale il pagamento o deposito è preceduto dall'ordine di competenza del giudice. Come rilevato da una recente pronuncia giurisprudenziale (cfr. in motivazione Tar Campania-Napoli 23 novembre 1998 n. 3526) l'espresso rinvio all'art. 46 deve intendersi, in sintonia con il disposto dell'art. 42 Cost., solo come affermazione del principio della debenza della indennità, principio che peraltro, alla stregua della formulazione letterale dell'ultimo comma dello stesso art. 46,

in tanto trova applicazione rispetto alle servitù regolate da leggi speciali in quanto sia in esse richiamato. La Scrivente ritiene quindi di concordare con quanto prospettato da codesta Prefettura relativamente al carattere di *lex specialis* per l'art. 234, comma III, d.P.R. n. 156/1973, in guisa che nel silenzio ivi contenuto non trovi applicazione la disciplina generale, secondo il principio di tassatività (*ubi lex tacuit, noluit*). Il profilo delle modalità di pagamento o deposito della indennità trova una regolamentazione semplificata rispetto alla legge generale, potendosi saltare la fase giudiziale: tale conclusione sulla estraneità della normativa di settore rispetto alla legge generale risulta confermata dalla simmetrica deroga sul diverso profilo della competenza per la determinazione della indennità che lo stesso art. 234 assegna al Provveditorato alle opere pubbliche, e anteriormente al Genio Civile, non facendosi luogo alla perizia giudiziale prevista dagli artt. 32 ss. legge n. 2359/1865 per l'ipotesi di indennità offerta ma non accettata dall'espropriando.

2. — I quesiti di cui ai numeri 2 e 3 possono essere congiuntamente trattati.

Essi pongono all'attenzione della Scrivente quanto espresso dal Consiglio di Stato — Commissione speciale con il parere n. 1782/1970, in tema di modalità di versamento della indennità di esproprio, pur se al di fuori della materia concernente gli impianti di telefonia. Le opinioni ivi espresse possono giovare ai fini della soluzione dei quesiti sottoposti.

In primo luogo, quanto sopra sostenuto sul problema dei rapporti fra l'art. 30 legge n. 2359/1865 e l'art. 234 d.P.R. n. 156/1973, riguardante il procedimento di imposizione di servitù di appoggio per impianti di telecomunicazioni, può trovare sostegno nelle considerazioni ed argomentazioni di cui al citato parere, secondo cui le previsioni della legge n. 2359/1865, come modificate dalla legge n. 391/1968, si applicano a quelle forme particolari di espropriazione che siano «regolate, per la fase attinente al pagamento o al deposito dell'indennità, mediante il richiamo alle norme generali sul trasferimento coattivo dei beni per causa di pubblica utilità»: tale affermazione può *a contrario* leggersi nel senso che rispetto alle procedure ablatorie previste in apposite norme, le quali manchino di tale rinvio relativamente alle modalità di pagamento o deposito della indennità, non si faccia luogo alla applicazione o alla integrazione della disciplina generale nella normativa di settore.

In secondo luogo, quand'anche non si ritenga di poter concludere per la specialità della norma ex art. 234 e conseguentemente per la omissione dell'ordine giudiziale di pagamento o deposito della indennità, sembra parimenti sostenibile, sulla scorta del medesimo parere formulato dal Consiglio di Stato, che l'ente asservente possa comunque chiedere la pronuncia del decreto definitivo di asservimento, una volta provveduto al versamento della indennità direttamente all'espropriando ovvero mediante deposito presso la Cassa depositi e prestiti, in assenza della pronuncia dell'ordine da parte del giudice. Nel menzionato parere n. 1782/1970, con riferimento a fattispecie in cui trova applicazione l'intera procedura di esproprio prevista dalla legge generale, si precisa tuttavia che, soprattutto a fronte di esigenze di celerità,

l'espropriante possa sotto la propria responsabilità procedere al pagamento o deposito della indennità senza attendere l'espletamento della fase giudiziale. Ciò in quanto, come rilevato dal Consiglio di Stato nel suddetto parere e come ricordato nell'ambito del quesito n. 3 da codesta Prefettura, «ai fini della legittimità dell'atto conclusivo della procedura acquistano rilevanza il deposito o il pagamento dell'indennità e non l'ordine emesso a carico dell'espropriante in vista della esecuzione di tali incombenzi». Risulta da tale affermazione che in vista della imposizione di servitù, mediante provvedimento amministrativo, rileva in ogni caso come pregnante non il subprocedimento di competenza del giudice, bensì la prova dell'avvenuto pagamento o deposito della indennità.

3. — I quesiti 4 e 5, enunciati in apertura, possono essere congiuntamente svolti.

In relazione ad entrambi può preliminarmente osservarsi che l'interesse della P.A., alla individuazione di una procedura di sanatoria per le ipotesi «patologiche» di asservimento coattivo deriva dalla circostanza che, con riguardo ai diritti reali limitati, non è configurabile l'istituto di creazione giurisprudenziale della accessione invertita o occupazione acquisitiva, secondo cui la realizzazione di un'opera pubblica su un fondo illegittimamente occupato — la quale importi la radicale ed irreversibile trasformazione del fondo medesimo — se da un lato cagiona un illecito aquiliano dall'altro produce contestualmente sia l'estinzione del diritto di proprietà del privato sia l'acquisizione a titolo originario del diritto di proprietà in capo all'ente costruttore, divenendo irrilevante e del tutto inefficace un eventuale successivo decreto di esproprio. In materia di servitù, infatti, la giurisprudenza ha escluso che l'apprensione in via di fatto di un suolo privato sul quale sia intervenuta la costruzione dell'opera, essendo tuttavia mancata *ab origine* la autorizzazione ovvero essendo mancato il provvedimento ablatorio definitivo successivamente al decreto di occupazione di urgenza, determini l'acquisto del diritto di servitù in capo alla P.A. o all'ente asservente, in ragione del difetto dei necessari presupposti dell'accessione invertita (radicale trasformazione del fondo con incorporazione del bene, nell'opera e confliggenza di due diritti di proprietà): dall'asservimento *sine titulo* deriva soltanto un illecito di carattere permanente che legittima il proprietario del fondo all'azione risarcitoria ex art. 2043 cod. civ. (cfr., Cass. SS.UU. 6 novembre 1989, n. 4619; Cass. 20 febbraio 1991, n. 1811; Cass. 23 marzo 1992, n. 3573; Cass. 25 marzo 1998, n. 3158). Con specifico riferimento agli asservimenti operati in via di fatto a seguito della installazione degli impianti telefonici in assenza di un provvedimento ablatorio, la giurisprudenza ha riconosciuto la risarcibilità anche in forma specifica, ossia mediante rimozione delle opere, della lesione del diritto soggettivo del privato (Cass. 26 luglio 1994, n. 6962).

Tenuto conto di tali preliminari considerazioni, la Scrivente è chiamata ad esprimere il proprio avviso sulle modalità e sugli atti da porre in essere al fine di produrre la cessazione dell'illecito e di sanare la carenza di un valido titolo ablatorio per l'asservimento del fondo — sul quale già siano stati realizzati gli impianti di telecomunicazioni — nella specifica ipotesi in cui siano inutilmente decorsi i termini per l'adozione del decreto definitivo

di imposizione della servitù. Su tale punto codesta Prefettura nel quesito di cui al n. 5 ha ricordato un precedente parere espresso dalla scrivente (parere n. 7189195 CS in data 22 marzo 1996). Ivi, con riguardo ad un caso analogo, relativo alla imposizione di servitù per posa in opera di metanodotti, si era sostenuta la possibilità di sanatoria della situazione di asservimento di mero fatto del fondo conseguente alla mancata adozione del provvedimento finale entro i termini contenuti nel decreto autorizzativo della occupazione di urgenza: si era ritenuto in particolare di poter riconoscere la legittimità di una procedura ablatoria che fosse stata avviata previa rinnovazione dei termini per il completamento di essa, rinnovazione da effettuarsi nel primo atto dell'*iter* procedimentale medesimo.

Peraltro su tali questioni, la Scrivente non può ora non prendere atto dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che esclude la sanabilità, mediante integrazione postuma, nel caso di omessa indicazione dei termini per la realizzazione dei lavori e degli espropri nel corpo del primo atto del procedimento avente ex lege valore di dichiarazione di pubblica utilità ovvero, ove intervenga, nel decreto di occupazione di urgenza, ipotesi assimilabile a quella di specie caratterizzata invece dalla sopravvenuta scadenza dei termini per ritualmente indicati (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 26 agosto 1991, n. 6; Consiglio di Stato, sez. IV, 27 novembre 1997, n. 1326; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 1998, n. 1360; Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 luglio 2000 n. 4158. In particolare in questa recente pronuncia il C.d.S. ha approfondito il ricordato orientamento sino ad affermare che:

1) nella prassi operativa si avverte l'esistenza di un nesso di strumentalità fra procedimento di occupazione di urgenza e procedimento di esproprio, costituendo il primo un vero e proprio subprocedimento del secondo, così che quest'ultimo non concreta un *iter* diverso ed autonomo;

2) laddove l'amministrazione abbia tenuto un comportamento ablatorio di fatto, senza uniformarsi al procedimento previsto per legge, tale comportamento non può ricevere *ex post* il carattere della legalità, mediante l'adozione di un atto che contenga i termini di inizio e completamente dei lavori e della procedura di esproprio, ciò che peraltro, urterebbe con i principi espressi dalla adunanza plenaria con la decisione n. 6 del 26 agosto 1991;

3) non deve attribuirsi rilevanza alla considerazione che, non potendo operare nel caso di specie l'istituto della accessione invertita, l'amministrazione non perderebbe il potere ablatorio e potrebbe legittimamente porre in essere una procedura con efficacia sanante, al fine di evitare la demolizione dell'opera pubblica già costruita: il potere ablatorio «è strumentale ad un'opera da realizzare, non ad un'opera già realizzata, e tanto indipendentemente dall'operatività, o meno dell'accessione invertita»;

4) ove manchi un valido titolo ablatorio, la realizzazione in via di fatto dell'opera integra un fatto illecito permanente imputabile all'Amministrazione.

Tenuto conto di tale indirizzo giurisprudenziale, ritiene dunque la Scrivente non più consigliabile l'*iter* finalizzato ad una postuma costituzione della servitù mediante provvedimento amministrativo; e addirittura non

opportuno che le Autorità esproprianti (e cioè la Prefettura) si attivino in tal senso. Sarà infatti, in tali casi, interesse e cura dell'Ente asservente, esposto ad una situazione di permanente responsabilità nei confronti del privato, addivenire alla formazione del titolo legittimante il diritto di servitù mediante lo strumento negoziale del contratto, ad efficacia reale, di costituzione della servitù medesima ovvero, nei casi previsti dalla legge, rivolgendosi all'Autorità giudiziaria civile per la imposizione mediante sentenza della servitù coattiva *ex art. 1032 cod. civ.*».

PARERE DEL 5 GIUGNO 2001 N. 66082.

Se l'amministrazione tenuta a versare direttamente al coniuge separato del proprio dipendente l'assegno di mantenimento, nel caso di sospensione dal servizio di quest'ultimo, sia obbligata a corrispondere per intero — oltre all'assegno di mantenimento al coniuge — anche l'assegno alimentare al dipendente — Art. 8 legge 1° dicembre 1970, n. 898, modificato dall'art. 12 legge 6 marzo 1987, n. 74; art. 1 d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180. (Consultivo n. 14403/00, avv. Tortora).

«Con riferimento al quesito proposto si ritiene innanzitutto necessario premettere che il provvedimento di distrazione di una quota degli assegni spettanti al dipendente a favore del coniuge separato o divorziato ha una struttura ed una funzione analoghe a quella della cessione del credito (cfr. Cass. Sez. 1, 11 aprile 1978 n. 1690). Tale cessione può, aver origine da un provvedimento giudiziale, come accade in materia di separazione personale dei coniugi o come accadeva per effetto dell'originaria stesura dell'art. 8 legge 1° dicembre 1970 n. 898, oppure può discendere direttamente dalla legge, come prevede l'attuale versione del predetto art. 8, come modificata dall'art. 12 della legge 6 marzo 1987 n. 74, il quale consente al coniuge al quale spetta la corresponsione periodica dell'assegno divorziale di «notificare il provvedimento in cui è stabilita la misura dell'assegno ai terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme di denaro al coniuge obbligato, con l'invito a versargli direttamente le somme dovute, dandone comunicazione al coniuge inadempiente».

Ora, nel caso di cessione giudiziale occorre tener conto dell'individuazione dell'oggetto della cessione operata dal Giudice, atteso che un obbligo di versamento diretto può configurarsi solo nell'ipotesi in cui persista un'obbligazione dell'Amministrazione per il titolo individuato dal Giudice. Così, nell'ipotesi in cui il Giudice abbia ordinato all'Amministrazione di versare direttamente al coniuge cui spetta la corresponsione periodica un determinato importo dovuto al coniuge obbligato *a titolo di retribuzione* o una certa quota della retribuzione, qualora il coniuge obbligato perda il diritto alla retribuzione (come accade, appunto, nel caso della sospensione cautelare dal servizio di un pubblico dipendente) l'Amministrazione non dovrà più versare alcunché all'altro coniuge, essendo venuta meno la propria obbligazione per quel titolo (cfr. art. 1409 c.c.).

Nell'ipotesi, invece, di cessione legale e nei casi in cui il Giudice abbia indicato l'obbligazione del terzo in modo generico («tutte le somme a qual-

siasi titolo dovute» o analoghe espressioni) è da ritenersi che l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere al versamento diretto dell'assegno di mantenimento persista anche nell'ipotesi di sospensione cautelare dal servizio del coniuge proprio dipendente. Tuttavia in tale ipotesi occorrerà tener conto del disposto del sesto comma dell'art. 8 della legge 1° dicembre 1970 n. 898 (introdotto dall'art. 12 della legge 6 marzo 1987 n. 74), il quale prevede che lo Stato e gli altri Enti di cui all'art. 1 del d.P.R. 5 gennaio 1950 n. 180 non possano versare al coniuge cui spetta la corresponsione periodica oltre la metà delle somme dovute al coniuge obbligato, comprensive anche degli assegni e degli emolumenti accessori: qualora, dunque, il coniuge obbligato sia stato sospeso cautelatamente dal servizio, l'Amministrazione non potrà comunque corrispondere al coniuge cui spetta la corresponsione periodica oltre la metà dell'importo dell'assegno alimentare che viene versato al proprio dipendente sospeso.

Si sottolinea che, trattandosi sostanzialmente di una cessione del credito, l'importo da versare al coniuge cui spetta la corresponsione dovrà essere sottratto dalle somme dovute al dipendente a titolo di assegno alimentare.

In tutti i casi in cui, per effetto di quanto sopra stabilito, l'Amministrazione debba sospendere l'erogazione dell'assegno di mantenimento o modificarne l'importo, si ritiene opportuno che si provveda ad informare tempestivamente entrambi i coniugi di tale circostanza, affinché possano, se lo ritengono opportuno, richiedere al Giudice provvedimenti di revisione della misura dell'assegno o altre misure ritenute necessarie a tutelare i propri interessi».

PARERE DEL 5 GIUGNO 2001 N. 66398.

Diritto di accesso, diritto alla riservatezza e tutela del segreto industriale: se sia assentibile la richiesta di accesso all'offerta di R.T.I. presentata in gara esplorativa da parte di impresa concorrente – Legge 7 agosto 1990, n. 241. (Consultivo n. 6036/01, avv. Caramazza).

«Con la nota che si riscontra codesto Ministero chiede se il diritto di accesso agli atti della gara di un concorrente rimasto soccombente nella gara stessa prevalga o meno sul diritto alla riservatezza della ditta vincitrice (con particolare riguardo ai dati personali delle persone fisiche dello *staff* operativo ed al *know-how* dell'impresa).

Deve anzitutto rilevarsi che, nella specie, l'accedente sembrerebbe aver motivato il proprio interesse all'accesso con riferimento alla mera partecipazione al procedimento *ex art.* 10 legge n. 241/1990, il che sembrerebbe rendere il relativo diritto recessivo rispetto alla riservatezza (Cons. Stato, A.P., 9 febbraio 1997 n. 5).

Non può escludersi tuttavia che l'ambigua formula usata sottenda, quanto meno in prospettiva, una eventualità di tutela giudiziaria dei pro-

pri interessi, nel qual caso il diritto di accesso, nella forma attenuata del diritto di visione, dovrebbe far premio sulla tutela della riservatezza ex art. 24, II comma, lettera *d*) legge n. 241/1990, non trattandosi, nella specie, a quanto è dato comprendere, di dati sensibili (cfr. Cons. Stato, VI, 26 febbraio 1999 n. 59).

Sembrerebbe inoltre da approfondire il punto dell'accessibilità dei dati relativi al *know-how* dell'impresa, alcuni dei quali potrebbero risultare coperti non tanto dall'ostacolo superabile della riservatezza quanto da quello non superabile del segreto (ad esempio il segreto industriale).

In via di correttezza ed allo stato dei fatti sembra potersi suggerire la soluzione pratica di consentire l'accesso mediante visione nei soli limiti assentiti dalla ditta vincitrice, opportunamente interpellata in via preventiva.

Ove il relativo diniego dovesse essere totale l'accesso potrà essere rifiutato con la opposizione del limite della riservatezza non superato dalla allegazione di una necessità di cura e difesa dei propri interessi da parte dell'accedente»

PARERE DELL'8 GIUGNO 2001 N. 67783.

Ammissibilità di autorizzazione ex art. 7 legge n. 1497/1939 per interventi realizzati abusivamente in area vincolata e per i quali sia stata avanzata istanza di sanatoria alla luce dei più recenti orientamenti del Consiglio di Stato – Art. 151 del testo unico d.lgs. 29 ottobre 1999 n. 490 – Art. 13 della legge 28 febbraio 1985 n. 47. (Contenzioso n. 40156/00, avv. Scaramucci).

«Con le note a riferimento codesta amministrazione ha posto il seguente quesito: se l'amministrazione preposta alla tutela di bene «ambientale» (nell'accezione datane dall'art. 138 del testo unico menzionato in oggetto) possa emettere, nel caso l'alterazione dello stato dei luoghi sia già abusivamente avvenuta, provvedimento positivo di autorizzazione ex art. 151 del predetto testo unico. Il quesito è posto con specifico riferimento al caso in cui il responsabile dell'abuso abbia chiesto ed ottenuto (o sia nelle condizioni di ottenere) concessione o autorizzazione edilizia in sanatoria ai sensi delle disposizioni «a regime» (cioè non per condono edilizio) contenute nell'art. 13 della legge 28 febbraio 1985 n. 47; e però esso (quesito) ha portata più ampia.

Giova premettere che detto art. 13 consente il rilascio di concessione o autorizzazione edilizia soltanto quanto «l'opera eseguita... è conforme agli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati e non in contrasto (per misura di salvaguardia) con quelli adottati ...»; non ne è dunque consentito il rilascio in assenza (anche per annullamento) di strumenti urbanistici o in difformità da essi. Poiché l'art. 7 della legge urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150 dispone che ciascun P.R.G. deve indicare anche (e prioritariamente) «i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale, paesistico» — disposizione questa sostanzialmente confermata o recepita dalle leggi regionali in materia urbanistica — dovrebbe in concreto essere non realizzabile il caso di opera eseguita in conformità agli strumenti urbanistici approvati (o anche solo adottati) e, al tempo stesso, in area sottoposta a vincolo comportante inedificabilità assoluta.

Come noto, discostandosi da orientamento in precedenza emerso in sede consultiva (II Sezione), e confermando pronunce del T.A.R. Lazio, il Consiglio di Stato (VI Sezione) ha in numerose decisioni rese nel corso del 2000 ed anche recentemente (dec. n. 913 del 2001) affermato che l'abusiva esecuzione di opera (e in genere l'abusiva alterazione dello stato dei luoghi) di per sé non impedisce all'amministrazione preposta alla tutela del bene ambientale di emettere provvedimento di autorizzazione, ancorché «postuma» dell'opera (o alterazione) eseguita nella sua interezza ovvero soltanto per parte di essa.

La VI Sezione è pervenuta a tale affermazione dapprima passando attraverso una interpretazione dell'art. 15 della legge 29 giugno 1939 n. 1497 (trasfuso nell'art. 164 del citato testo unico), ove è previsto che l'amministrazione possa, in esito a suo apprezzamento tecnico discrezionale, sanzionare l'illecito paesistico con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria, alternativa alla rimessione in pristino; poiché la irrogazione della sola sanzione amministrativa pecuniaria comporta non-demolizione, contrasterebbe con il criterio di «economia dei mezzi giuridici» esigere una rimessione in pristino finalizzata unicamente al rientro nella legalità ambientale da conseguirsi poi mediante rituale richiesta di autorizzazione *ex* art. 151 del testo unico citato. La VI Sezione ha in decisioni successive affinato le sue argomentazioni, e puntualizzato condizioni e limiti di una risposta positiva a richiesta «postuma» di autorizzazione ambientale.

È stato così affermato:

a) che la valutazione circa l'assentibilità o meno della alterazione dello stato dei luoghi «*non muta* in relazione al fatto che l'opera sia stata realizzata o meno»; in altre parole, detta valutazione *deve* essere effettuata *come* se l'alterazione dello stato dei luoghi non fosse già avvenuta e cioè considerando soltanto l'anteriore stato dei luoghi;

b) che «costituisce onere dell'interessato, in tale evenienza, dimostrare l'assenza di impatto negativo attraverso la produzione della documentazione relativa alla condizione dei luoghi anteatta e, per l'effetto, consentire la disamina comparativa tra lo stato antecedente e quello posteriore all'edificazione; il giudizio *dovrà essere conseguentemente negativo*, con correlativa possibilità di demolire le opere, laddove detto raffronto non si riveli possibile, stante il mancato assolvimento del descritto onere da parte del privato, così come nel caso in cui la realizzazione dell'opera abbia cancellato il bene sottoposto a tutela;

c) che l'autorizzazione postuma «non costituisce un equipollente perfetto dell'autorizzazione preventiva, in quanto, pur precludendo la possibilità di pervenire alla demolizione dell'edificio, essa lascia intatto in testa alla competente amministrazione il potere-dovere di infliggere la sanzione pecuniaria di cui all'art. 15 della legge n. 1497 del 1939, fermi gli ulteriori eventuali profili di responsabilità delineati dall'ordinamento».

Reputa questa Avvocatura generale che l'orientamento ormai ripetutamente espresso dalla VI Sezione *possa essere accettato* anche perché improba-

bile appare un nuovo mutamento della giurisprudenza amministrativa. Del resto, l'orientamento giurisprudenziale riferito può trovare fondamento, prima e più che nell'art. 164 del testo unico (come tra breve si dirà), in considerazioni di teoria generale delle autorizzazioni amministrative.

L'esito positivo di un procedimento amministrativo di autorizzazione (*alias*, il rilascio della richiesta autorizzazione) rimuove un limite posto dalla legge all'altrimenti libero esplicarsi di una attività privata. È appena il caso di rammentare che moltissime attività sono sottoposte a regime autorizzatorio (ad esempio, la somministrazione di bevande alcoliche, la guida di autoveicoli, l'esercizio di una vasta gamma di attività commerciali). Il comportamento di fatto del privato il quale abusivamente svolge senza autorizzazione attività per le quali avrebbe dovuto ottenere autorizzazione in linea di principio — cioè in assenza di norma specifica che diversamente disponga — non è sanzionato anche con l'interdizione dal richiedere per il futuro l'autorizzazione, *non fa venir meno la potestà amministrativa di autorizzare* e non impedire il normale esercizio di detta potestà. Peraltro, l'autorizzazione è in linea di principio rilasciata «*ex nunc*», ossia con effetto dalla data del relativo provvedimento, e non «*ex tunc*», cioè dalla anteriore data di inizio dell'anzidetto abusivo comportamento; quindi inesatta è la locuzione gergale autorizzazione in sanatoria. Il comportamento posto in essere dal responsabile dell'abuso prima della autorizzazione *rimane illecito e sanzionabile* (quando previsto, anche penalmente); la sopravvenuta autorizzazione rileva soltanto se e per quanto essa in concreto contraddica il tipo di sanzione prevista (ad esempio, la rimessione in pristino mediante demolizione) e quindi ne impedisca la irrogazione.

Per contro, poco soddisfacente (e forse anche erroneo) appare il basare l'interpretazione soltanto o prevalentemente sull'art. 164 del testo unico: la lettera della norma non consente di ravvisare un inespresso limite alla scelta tecnico-discrezionale tra le due sanzioni alternative, nel senso che la rimessione in pristino possa essere disposta solo in caso di non compatibilità dell'opera (o alterazione) con i valori ambientali tutelati dal vincolo, e solo nel caso opposto sia irrogabile la sanzione amministrativa pecuniaria. Del resto, quest'ultima sanzione rimane in pratica l'unica irrogabile allorché l'opera (o l'alterazione) abbia prodotto l'irreversibile distruzione del bene ambientale.

Questa Avvocatura generale condivide con codesta amministrazione le preoccupazioni per atteggiamenti eventualmente poco rigorosi delle amministrazioni locali o regionali preposte alla tutela di beni ambientali; anche se, a livello di atti amministrativi formali, *nessuna compressione* deriva al potere statale di annullamento dalla circostanza di fatto dell'essere l'autorizzazione stata rilasciata dopo l'alterazione dello stato dei luoghi.

Per prevenire o quanto meno ridurre gli ipotizzati pericoli di una lettura non rigorosa del riferito orientamento giurisprudenziale appare opportuno rivolgere alle Regioni suggerimenti ed indirizzi, affinché esse e/o gli enti locali si attengano scrupolosamente alle indicazioni sopra riportate sub *a)*, *b)* e *c)*. In particolare è bene sia ribadito che l'abusivo «fatto compiuto» non soltanto *non deve* in alcun modo influenzare l'apprezzamento tecnico-

discrezionale da esprimersi sulla base dello stato dei luoghi quale era prima della abusiva alterazione in risposta alla richiesta «postuma» di autorizzazione, ma impone una ancor più accurata ed esauriente motivazione dei provvedimenti positivi di autorizzazione; e, ad integrazione della indicazione sub *a*), gioverebbe aggiungere che neppure la «sanabilità» dell'abuso agli effetti urbanistici (*ex art. 13 cit.*) può in alcun modo influenzare l'anzidetto apprezzamento. Inoltre, ad integrazione della indicazione sub *b*), è bene sia suggerito di subordinare l'avvio e/o l'espletamento della istruttoria sulla richiesta «postuma» di autorizzazione alla esibizione, a cura del richiedente, di una adeguata documentazione circa lo stato dei luoghi anteriore all'esecuzione dell'opera (o dell'alterazione).

Parrebbe utile altresì rammentare che la potestà statale di annullamento può essere esercitata, oltre che sul «se» autorizzazione sia nella vicenda concreta rilasciabile, anche sul «quantum» dell'irrogata alternativa sanzione amministrativa pecuniaria. L'art. 164 del testo unico pone parametri la cui inosservanza costituisce vizio di legittimità; per di più, una indebita minimizzazione del «danno arrecato» può risultare strumentale ad omessa irrogazione della rimessione in pristino.

All'irrogazione della sanzione pecuniaria non osta il rilascio (ripetesi, con effetti «*ex nunc*») della autorizzazione. In proposito, il Consiglio di Stato ha giustamente affermato quanto segue: «circostanza che l'amministrazione, esercitando un potere nella sostanza conferito dallo stesso art. 15 (ora art. 164 del testo unico), abbia verificato la compatibilità ambientale in via postuma, se, da un lato, esclude la compromissione sostanziale dell'integrità paesaggistica, dall'altro, non cancella la violazione dell'obbligo, discendente dall'art. 7 (ora art. 151 del testo unico), di conseguire in via preventiva il titolo di assenso necessario per la realizzazione dell'intervento modificativo dell'assetto territoriale».

La sanzione pecuniaria di cui all'art. 164 del testo unico, per importo da questo non più denominato «indennità», quando autorizzazione postuma è rilasciata e quindi quando l'opera (o l'alterazione) eseguita è valutata compatibile con le esigenze di tutela è irrogata per punire l'abuso anteriormente commesso, abuso che la sopravvenuta autorizzazione non elimina (solo impedisce di sanzionare con la rimessione in pristino). Inesattamente, qualche decisione giurisdizionale parla di «illecito formale»; in realtà l'illecito non pare possa così definirsi neppure quando «*ex post*» non è ravvisato danno ambientale.

Quanto sin qui scritto non esaurisce la risposta al quesito posto. Si è dianzi accennato ad autorizzazione per parte soltanto — strutturalmente separabile — del manufatto edificato; in tal caso, per la parte residua dovrà perseguirsi la rimessione in pristino ad opera e, qualora non si abbia ottemperanza, a spese del responsabile dell'abuso.

Più complesso il caso, probabilmente frequente, di opere la cui compatibilità con i valori ambientali è pregiudicata soltanto da non essenziali connotati morfologici, o particolari costruttivi, od altre similari ragioni, rispetto alle quali la rimessione in pristino potrebbe essere reputata sanzione eccessiva. La Scrivente sarebbe orientata a ritenere che, in tal caso, l'amministra-

zione preposta alla tutela dei beni ambientali possa legittimamente subordinare la efficacia o addirittura il rilascio dell'autorizzazione all'ottemperanza a puntuali «prescrizioni» indicate da detta amministrazione; anche qualora tali «prescrizioni» manchino potrebbe aversi l'intervento di annullamento *ex art. 151, comma 4, del testo unico citato* s'intende solo per non-legittimità, dell'organo statale competente.

Palese la delicatezza di quest'ultimo argomento: a differenza di quanto accade allorché l'autorizzazione è chiesta prima dell'inizio dei lavori, nel caso ora considerato l'ottemperanza alle «prescrizioni» comporta costi aggiuntivi eventualmente cospicui. Si fa comunque riserva di tornare sul punto in occasione di vicende concrete».

PARERE DEL 5 LUGLIO 2001 N. 76843.

Parere in materia di rimborso di spese legali in favore dei dipendenti dell'Ente Nazionale delle strade (confronto con la normativa del C.C.N.L.; conflitto d'interessi; livello delle tariffe; applicazione della normativa ai giudizi dinanzi alla Corte dei Conti. (Consultivo n. 17621/00, avv. Greco).

«Con la nota che si riscontra codesto Ente ha rappresentato alla Scrivente l'insorgenza di alcuni problemi operativi ed interpretativi che scaturiscono dall'applicazione delle norme che prevedono il beneficio del rimborso delle spese legali a favore dei dipendenti coinvolti in procedimenti giurisdizionali.

Più in particolare viene evidenziato che al personale si applicava la previsione di cui all'art. 20 del d.P.R. n. 335/1990, cioè fino all'entrata in vigore del nuovo contratto collettivo; che l'Ente era soggetto al patrocinio *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato, e che pertanto — in linea altresì con quanto espresso dalla Scrivente nella nota n. 65757, dell'11 giugno 1994 — bisognava ricondurre la possibilità del rimborso alla procedura prevista nella norma sopra citata.

A questo proposito è stato sottolineato che la procedura prevista non sempre è stata seguita dai dipendenti e che sono insorte controversie al riguardo. Infatti qualcuno avrebbe del tutto omissso ogni preventiva comunicazione dell'insorgenza del procedimento presentando direttamente, una volta intervenuta l'assoluzione, la richiesta di rimborso. In alcuni casi tale omissione sarebbe dovuta all'impossibilità di seguire la procedura prevista data la ristrettezza dei tempi che il singolo procedimento imponeva.

Analogamente è stato chiesto ogni utile chiarimento per quanto riguarda poi il caso in cui il paventato conflitto di interessi valutato *ex ante* — anche sulla base di una prognosi effettuata sulla scarsezza degli elementi disponibili — che aveva portato alla negazione dell'assunzione degli oneri di difesa, non sia seguito da una sentenza di condanna.

In quest'ultima fattispecie ulteriori dubbi vengono espressi per le decisioni (dichiarazione di prescrizione, sentenze di c.d. patteggiamento, ecc.) non equiparabili all'assoluzione. A questo proposito con successiva nota del 23 marzo 2001, sono stati rappresentati ulteriori profili di possibili contrasti interpretativi dati dalla previsione delle nuove norme pattizie.

Codesto ente ha posto poi in rilievo che, salvo contrario avviso, sarebbe orientato a liquidare — nei casi in cui ricorrono i presupposti — una somma totale calcolata seguendo le tariffe minime vigenti, e se tale criterio (cfr. nota citata del 23 marzo 2001, n. 769) sia altresì applicabile ai giudizi per i quali il patrocinio era stato concesso durante la vigenza del decreto del Presidente della Repubblica n. 335/1990, prima dell'entrata in vigore del nuovo CCNL.

Analoghi problemi sono stati in merito alla nuova normativa contrattuale *medio tempore* intervenuta.

A questo specifico proposito nel richiamarsi il contenuto dell'art. 52 del CCNL viene chiesto se lo stesso possa ritenersi applicabile anche nel giudizio avanti la Corte dei Conti, e se il rimborso possa essere esteso anche alle consulenze tecniche di parte.

In relazione a quanto prospettato da codesto Ente questa Avvocatura osserva quanto segue.

Per quel che concerne le spese di giudizio avanti alla Corte dei Conti si evidenzia che la materia è stata innovata dall'entrata in vigore dell'art. 3, della legge n. 639/1996, secondo cui: «in caso di definitivo proscioglimento ai sensi di quanto previsto dal comma 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato dal comma 1 del presente articolo, le spese legali sostenute dai soggetti sottoposti al giudizio della Corte dei Conti sono rimborsate dall'Amministrazione di appartenenza».

La norma in questione, così come specificato dalla medesima Corte dei Conti (cfr. SS.RR. 28 aprile 1997, n. 42/A), non ha valenza retroattiva e trova applicazione soltanto a partire dai giudizi che hanno inizio dopo la sua entrata in vigore.

Ancora, secondo quanto posto in rilievo dalla Scrivente nella nota n. 83479 del 13 luglio 1998, a cui per brevità si rinvia, l'ipotesi beneficiante non trova applicazione nelle ipotesi in cui il dipendente nella fase dell'invito a dedurre, non seguito da citazione, si sia fatto assistere da un legale di propria fiducia.

Riguardo poi alla possibilità di riconoscere il beneficio del rimborso nelle ipotesi in cui non sia stata rispettata la procedura di cui all'art. 20 del d.P.R. n. 335/1990, si osserva, fermo restando quanto rilevato nel parere espresso dal Comitato Consultivo di questa Avvocatura — nota n. 65757, dell'11 giugno 1994 — che possono sussistere ipotesi in cui il dipendente è nella materiale impossibilità di seguire la prescritta procedura in presenza di termini estremamente brevi. Si pensi, solo per fare un esempio, a tutta l'attività difensiva con carattere di urgenza che può prospettarsi nelle ipotesi degli accertamenti tecnici non ripetibili degli atti di perquisizione e sequestro — combinato disposto degli artt. 360, 364, 365 C.P.P. ovvero per quel che riguarda i giudizi di responsabilità civile alle ipotesi di cui al libro IV — procedimenti speciali — del vigente codice di procedura civile, in particolare capo I procedimento di ingiunzione; capo III procedimenti cautelari.

In sostanza codesto Ente dovrà valutare caso per caso, secondo gli atti e la fattispecie concreta, se sussistevano ipotesi particolari che impedivano al dipendente di rispettare il procedimento previsto dalla normativa beneficiante.

A questo proposito, seppure il Consiglio di Stato più di una volta in pronunciamenti espressi in sede consultiva (cfr. C.d.S., sez. III, 13 febbraio 1996 n. 69/96; C.d.S., Comm. Speciale Pubblico Impiego, 6 maggio 1996, n. 4/1996; C.d.S., sez. III, 28 luglio 1998, n. 903/1998), ha affermato l'esistenza di un principio generale di rimborsabilità delle spese legali sostenute dal dipendente e dall'agente per fatti connessi all'attività istituzionale — sempre che vi sia stata una decisione liberatoria e non sussista alcun conflitto di interesse — in sede giurisdizionale (cfr. C.d.S., sez. V, sent. n. 2242 del 15 febbraio 2000) pronunciandosi sull'analogia normativa di cui all'art. 67 del d.P.R. n. 268/1987, che assicura il patrocinio ai dipendenti degli Enti locali, in forme del tutto analoghe alla normativa esistente a favore dei dipendenti di codesto Ente, ha avuto modo di sottolineare che non può essere trascurato «il mancato rispetto delle regole procedurali che governano l'assunzione, da parte dell'amministrazione, delle spese legali ... il profilo evidenzia la sostanziale eccezionalità del rimborso delle spese legali, necessariamente circondata da garanzie procedurali che non hanno valore puramente formale, ma mirano ad accertare la presenza dei necessari presupposti sostanziali della pretesa ...».

Analogamente è a dirsi per l'aspetto posto in rilievo riguardo alla possibilità di dare corso al rimborso nell'ipotesi in cui non vi sia stata pronuncia liberatoria ma solo pronuncia non equiparabile all'assoluzione (sentenza di patteggiamento, dichiarazione di prescrizione, ecc.). A questo proposito non può non porsi preliminarmente in rilievo una apparente improprietà delle disposizioni pattizie le quali oltre ad essere in contrasto tra loro (l'art. 17 richiede che «non siano accertati elementi di dolo o colpa grave ...»; quando l'art. 52 presuppone che «non siano ravvisabili elementi di dolo o colpa grave»...) — quando l'art. 20, del citato d.P.R. 4 agosto 1990, n. 335, richiedeva espressamente che la responsabilità dovesse essere esclusa — non sembra tengano conto di quanto previsto nello stesso testo ove si parla di conflitto di interessi (art. 52) ovvero di parte lesa (art. 17).

In sostanza l'apparente improprietà che una prima lettura potrebbe determinare non può non tenere conto del quadro di insieme del sistema e della *ratio* sottesa chiaramente all'istituto. Bisognerà allora a questo proposito operare una distinzione di fondo tenendo conto proprio di quel conflitto di interessi o di quella lesione che le norme vogliono esclusi affinché si arrivi al rimborso.

A questo proposito è da rilevare che il rimborso è dovuto solo se vi è stata una pronuncia liberatoria piena, non ammettendosi la possibilità del rimborso delle spese nell'ipotesi di assoluzioni conseguite con formule meramente processuali.

Nel caso in cui codesto Ente abbia poi negato l'assunzione della difesa sulla base di un giudizio valutativo negativo espresso *ex ante*, smentito poi da una decisione assolutoria piena, non pare possano sussistere ragioni per escludere il rimborso.

È pur vero che il dato testuale delle norme prese in esame porterebbe a conclusioni difformi, è però altrettanto vero che la sopravvenienza di un dato qual è quello di una sentenza di assoluzione piena non può essere trascurato quanto meno nell'influenza che questo rivestiva sul provvedimento precedentemente emesso.

In ogni caso è bene sempre — data l'evidente difficoltà posta in rilievo di valutare *ex ante* in base ad atti estremamente incompleti se assumere o meno la difesa, ovvero consentire la scelta di un proprio difensore, fare espressa riserva di ripetizione, ovvero subordinare il rimborso delle spese all'esito del giudizio e solo ove questo sia pienamente favorevole.

Per quel che concerne poi i criteri di liquidazione non può che osservarsi che codesto Ente nella scelta diretta del legale è libero di convenire con quest'ultimo — salvo sempre il rispetto dell'art. 4, 1° comma prestazioni in materia civile e dell'art. 1, 4° comma, tariffe penali di cui al decreto ministeriale 5 ottobre 1994, n. 585 — le modalità anche sotto il profilo economico della prestazione.

Dubbi sorgono invece riguardo alla portata delle norme se queste fossero lette nel senso di imporre al legale, nel caso in cui questo sia scelto dal dipendente, che pertanto è obbligato nei suoi confronti, ad uniformarsi ai criteri fissati dall'Ente per il rimborso.

Il legale è infatti, in questa seconda ipotesi, legato ad un rapporto professionale unicamente con il proprio cliente da cui ha avuto conferito il relativo mandato, ed è libero di pretendere da quest'ultimo, sempre nel rispetto delle tariffe professionali, la somma ritenuta opportuna.

In realtà la norma si rivolge unicamente, e non potrebbe essere altrimenti, al dipendente, ponendo in rilievo che nel caso in cui appunto si rivolga ad un legale di sua fiducia, indipendentemente da quanto corrisposto al difensore stesso sarà rimborsato solo sulla base dei «criteri» e dei «principi fissati per la determinazione dei compensi dei legali dell'Ente stesso».

A questo proposito è opportuno che detti criteri vengano esplicitamente e compiutamente portati a conoscenza e preventivamente comunicati ai dipendenti istanti.

La decorrenza della disposizione pattizia non potrà essere retroattiva poiché peggiorativa, pertanto per i procedimenti aperti sotto la vigenza dell'art. 20 del d.P.R. n. 335/1990, varranno le tariffe secondo le normali oscillazioni di cui al decreto ministeriale n. 585/1994, *cit.*».

PARERE DELL'8 OTTOBRE 2001 N. 108773.

Individuazione dei criteri da seguirsi per l'adozione del fermo amministrativo a tutela di crediti derivanti da fatti causativi di danno erariale, in pendenza di giudizio contabile e/o penale, con particolare riguardo a: a) possibilità di individuare un valore minimo al di sopra del quale attivare la misura del fermo amministrativo; b) spettanza o meno di interessi e rivalutazione sulle somme, già sottoposte a fermo amministrativo poi revocato, spettanti al dipendente a titolo di emolumenti stipendiali, pensionistici o assistenziali – Art. 69 R.D. 18 novembre 1923 n. 2440. (Consultivo 5139/00, avv. Basilica).

«Con note del 30 marzo 2000 e del 12 gennaio 2001 è stato chiesto un parere in ordine ad alcuni criteri guida, in materia di fermo amministrativo, da adottare nel particolare caso di dipendenti sottoposti ad indagini della magistratura penale e/o contabile in conseguenza della presunta commissione di fatti causativi di danno erariale.

1. In particolare, con nota del 30 marzo 2000 prot. n. 97289 si chiede se possa ritenersi corretto procedere al fermo limitatamente al caso in cui si sia già disposto da parte della Magistratura penale il rinvio a giudizio per fatti di reati che abbiano provocato un danno all'Erario e, in ogni caso, solo nel caso in cui il danno causato sia effettivamente consistente.

1.1 Sul punto la Scrivente non può non richiamare *i principi generali in materia fissati dalla giurisprudenza ordinaria ed amministrativa nonché dalle circolari (Min. Tesoro n. 21/1999 in atti) e direttive in materia.*

Come è noto, il fermo amministrativo è un provvedimento di autotutela che, proprio per la sua natura cautelare ed intrinsecamente provvisoria, ai sensi dell'art. 69 Reg. con. gen. Stato (R.D. n. 2440/1923), presuppone solo una mera «ragione di credito» e perciò «può essere adottato non solo quando il diritto di credito a cautela del quale è disposto sia stato definitivamente accertato ma anche quando il credito sia contestato ma sia ragionevole sostenere l'esistenza» (in tal senso: Cons. Stato, Sez. IV, 27 febbraio 1998, n. 350; ma v. anche, Cass. Civ., Sez. I, 28 novembre 1989, n. 5170).

La norma di riferimento, invero, non esige, quale ulteriore requisito, che il diritto al recupero sia stato definitivamente accertato; la misura cautelare in esame resta, di conseguenza, adottabile anche in previsione di una compensazione eventuale e futura.

È altrettanto noto però che il richiamato concetto di ragione di credito risulta insuscettibile di una definizione rigorosa.

Ampliando troppo tale concetto, si incorrerebbe, in effetti, nel rischio di concedere tale misura anche per pretese dell'Amministrazione che, pur apparendo *prima facie* fondate, potrebbero poi rivelarsi, alla luce di più approfonditi accertamenti, inesistenti o addirittura temerarie, finendo con il consentire veri e propri illeciti, lesivi di diritti soggettivi del privato.

Sempre in errore si incorrerebbe radicando il concetto di ragione di credito a quei rigorosi requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità richiesti per la compensazione legale *ex art. 1243 c.c.* primo comma che finirebbero per vanificare l'essenza stessa dell'istituto e l'esigenza cautelare che assolve.

Perciò l'unico criterio affidabile continua ad essere quello che fa leva sul *c.d. fumus boni iuris*, dovendosi trattare, in buona sostanza, di provvedimenti in cui la pretesa dell'Amministrazione sia caratterizzata da una «ragionevole apparenza di fondatezza» (nella Circolare 21/1999 si esplicita ulteriormente il concetto, con utili osservazioni alle quali si fa rinvio).

1.2 Tornando al quesito di specie, alla luce di quanto appena considerato può essere utile adottare il fermo amministrativo ogniqualvolta la pretesa dell'Amministrazione si fondi su fatti che siano già stati oggetto di valutazione da parte della Magistratura penale e/o contabile, come nel caso di un militare già sottoposto a rinvio a giudizio.

Se, tuttavia, la soluzione in tale ipotesi è più sicura, non altrettanto può dirsi nel caso in cui, pur non essendovi rinvio a giudizio, sia possibile prevedere, attraverso una congrua valutazione dell'accaduto, che il dipendente abbia presumibilmente arrecato all'Erario un danno consistente e l'Amministrazione, già nella fase delle indagini preliminari, possa facilmente supporre

che l'Autorità Giudiziaria Penale e/o contabile procederà quanto prima al rinvio a giudizio o comunque, non accoglierà la richiesta di archiviazione. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso conclamato di flagranza di reato ovvero all'ipotesi di cui la *notitia criminis* sia partita dalla stessa Amministrazione che sta per adottare il fermo e che la stessa disponga, per tale motivo, di elementi istruttori tali da far ritenere, con un ragionevole margine di certezza, tanto l'effettiva commissione di un reato quanto la produzione di un danno erariale.

Nelle ipotesi descritte ove si ritenga che il ritardo nell'adozione del fermo possa essere pregiudizievole potrebbe anche ritenersi sufficiente la mera richiesta di rinvio a giudizio da parte del P.M. Ma si tratta, come è evidente, di *ipotesi che l'Amministrazione dovrà valutare attentamente caso per caso*, che sfuggono ad ogni possibile classificazione astratta.

1.3 In ogni caso, e passando all'esame dell'ulteriore quesito di cui alla nota del 30 marzo 2000, non sembra possa identificarsi quale sicuro criterio direttivo per l'adozione della misura in esame, quello relativo all'entità del danno subito, in quanto la fissazione *a priori* di una soglia minima (che il Comando indica a titolo esemplificativo in L. 100.000.000), potrebbe risultare arbitraria e, pertanto, in contrasto con quel criterio di imparzialità che deve informare l'attività amministrativa.

L'opinabilità dell'adozione di un determinato valore di riferimento si coglie proprio nell'esempio suggerito da codesta P.A. ovvero quello di un unico procedimento per più militare o di più procedimenti accorpati in sede di indagine, qualora la predetta soglia sia raggiunta solo da alcuni tra i dipendenti coinvolti. Per tali casi, in effetti, l'adozione del fermo solo per alcuni dipendenti e non per altri, potrebbe risultare effettivamente arbitraria e fondare probabili impugnazioni per eccesso di potere.

Per le esposte considerazioni si deve concludere nel senso che *ogni criterio va ragguagliato alla situazione concreta e valutato caso per caso* (in relazione allo stato del giudizio penale instaurato o instaurando nei confronti del dipendente, all'entità del danno e via dicendo).

2. Il parere chiesto con la nota del 12 gennaio 2001 riguarda il caso in cui, venute a cessare le esigenze cautelari a seguito del recupero del credito erariale, si sia proceduto alla revoca del fermo e alla restituzione delle somme ad esso sottoposte. Si pone, dunque, il dubbio se, sulle somme trattenute siano dovuti, al momento della restituzione, gli interessi legali e la rivalutazione monetaria.

In proposito occorre precisare che — ove il vincolo abbia investito somme dovute al dipendente per crediti di lavoro (stipendi o altri emolumenti) — la P.A., pur agendo nell'ambito di un'attività lecita, è tenuta al ristoro integrale e deve perciò corrispondere anche gli interessi e la rivalutazione: infatti, per tale tipo di crediti si prescinde dalla causa del ritardo per l'attribuzione dei predetti accessori (*ex multis*: Cons. Stato, Sez. VI, 13 luglio 1993, n. 524).

Sono, del pari, dovuti gli interessi ove siano state vincolate somme che costituivano crediti certi, liquidi ed esigibili, poiché in tal caso opera

l'art. 1282 cod. civ. Si tratterà qui di *interessi cd. corrispettivi, dovuti in forza del principio della cd. naturale fecondità del danaro* (assolutamente pacifico in giurisprudenza). Perciò potrebbe essere qui opportuno accantonare le somme vincolate in un deposito fruttifero.

Pertanto, solo nelle ipotesi residuali, in cui le somme fermate non si riferiscono a credito che hanno i connotati prescritti, le esigenze cautelari che avevano reso opportuna l'adozione del fermo giustificano la restituzione delle somme senza corresponsione di interessi o di rivalutazione.

Diverso ancora il caso in cui l'Amministrazione abbia agito disponendo il fermo sulla base di presupposti arbitrari o comunque insussistenti ovvero il caso in cui la stessa ritardi, *senza giustificato motivo*, la restituzione delle somme incamerate, pur essendo da tempo cessate le esigenze cautelari che avevano dato luogo al fermo.

In tal caso, il creditore che agisca in giudizio, per l'annullamento e/o la disapplicazione del provvedimento di fermo può, a ragione, chiedere la corresponsione degli interessi di mora e comunque il risarcimento del danno, a far data dalla illegittima adozione del fermo ovvero dalla data in cui l'Amministrazione avrebbe dovuto presumibilmente procedere alla restituzione.

Si ritiene, conclusivamente, che di fronte alle richieste di interessi e/o di rivalutazione che provengano dai creditori destinatari di provvedimenti di fermo, codesta Amministrazione debba valutare le singole fattispecie alla luce dei principi suesposti, anche al fine di evitare la proposizione di possibili azioni giudiziarie che possano vedere soccombente l'Amministrazione convenuta».

PARERE DEL 20 OTTOBRE 2001 N. 114121.

Inapplicabilità del criterio del «foro erariale» alle controversie in materia di previdenza e assistenza quando l'Amministrazione convenuta fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato – Art. 444 c.p.c. (Consultivo n. 6944/01, avv. Scino).

«La sentenza della Corte d'Appello di Catanzaro n. 41/01 è in linea con l'orientamento invalso nella giurisprudenza di legittimità, avendo la Cassazione ritenuto l'inapplicabilità del Foro Erariale alle controversie in materia di previdenza e assistenza quando l'Amministrazione convenuta fruisca della rappresentanza in giudizio dell'Avvocatura dello Stato (Cass., Sez. Lav., 7 giugno 2001, n. 7699; Cass. Sez. Lav., n. 2871 del 27 febbraio 2001), sulla base dell'asserita specialità proprio del criterio di competenza stabilito dall'art. 444 c.p.c.

Pertanto, tale interpretazione assicurerebbe, secondo la Cassazione, un'applicazione più conforme a Costituzione dell'art. 444 c.p.c., novellato dall'art. 86 del decreto legge n. 51/1998, sia rispetto alle controversie in cui i beneficiari di tutela assistenziale e previdenziale abbiano come controparte soggetti non fruanti la difesa erariale che a quelle previste dall'art. 413 c.p.c., quinto e sesto comma, come inseriti dall'art. 40 del decreto legge n. 80/1998 /e non del decreto-legge n. 51/1998, come erroneamente indicato). (Cass. Sez. Lav. n. 9637 del 21 luglio 2000; *idem*, n. 1941 del 19 febbraio 2000).

La Corte Suprema ha, d'altronde, confermato, proprio con riferimento ai giudizi di assistenza e previdenza di cui all'art. 444 c.p.c. (come modificato dall'art. 86 del decreto legge n. 51/1998), e dopo l'intervenuta soppressione dell'Ufficio del Pretore e l'istituzione del Tribunale in funzione monocratica, che le regole sulla competenza per territorio sono derogate alla stregua del c.d. «foro erariale» solo nei procedimenti davanti ai Giudici in sede di appello (Cass. Sez. Lav., n. 13923 del 21 ottobre 2000; *idem*, n. 14629 del 28 dicembre 1999).

Ciò premesso, ed in attesa di un intervento legislativo di coordinamento dell'art. 7 R.D. n. 1611/33 con le norme introdotte dal decreto legge n. 51/1998, si ritiene inopportuno continuare a sostenere nei giudizi, quale quello oggi in esame, in materia previdenziale la tesi dell'applicabilità del foro erariale, come suggerito da codesta Avvocatura Distrettuale.

Ciò in quanto tale tesi estrema difficilmente potrebbe superare il vaglio di un eventuale giudizio di costituzionalità.

Per contro, al fine di evitare che si affermi la tesi opposta, secondo la quale per *tutte* le cause nelle quali oggi decide il Tribunale in composizione monocratica non troverebbe applicazione il foro erariale, occorre coltivare l'eccezione di incompetenza ai sensi dell'art. 6 R.D. n. 1611/33 e dell'art. 25 c.p.c. per tutti e *soli* quei giudizi per i quali in precedenza il foro erariale trovava applicazione, con esclusione, pertanto, di quelle controversie (ad esempio i giudizi già di competenza pretorile) per le quali, in precedenza, il foro erariale non trovava pacificamente applicazione.

Tale tesi c.d. intermedia è, peraltro, in linea con la giurisprudenza della Corte Costituzionale che, a partire dalle sentenze numeri 119/1963 e 118/1964, ha ritenuto giustificata la regola del foro erariale, tra l'altro, nell'esigenza di concentrare - in vista di un minor costo e di un miglior svolgimento del servizio (cui fa richiamo l'art. 97 Cost.), e perciò a vantaggio dell'intera collettività (ridondante anche a beneficio degli stessi eventuali avversari dello Stato in giudizio) - gli Uffici dell'Avvocatura dello Stato (così anche C. Cost., n. 12/1974)».

PARERE DEL 17 DICEMBRE 2001 N. 134001.

Difensore civico istituito presso la Regione Campania; individuazione delle relative potestà, della portata dei suoi provvedimenti, nonché degli eventuali obblighi che ne derivano in capo ad Amministrazioni statali – Individuazione delle Amministrazioni statali destinatarie di detti provvedimenti – Art. 8 legge 8 giugno 1999 n. 142; art. 16 legge 24 febbraio 1997 n. 27. (Consultivo n. 16874/01, avv. Caramazza).

«In riferimento al quesito posto da codesta Avvocatura distrettuale con nota n. 1549/01 GER del 17 settembre 2001 avente ad oggetto la richiesta di chiarimenti da parte del Ministero per i beni e le attività culturali in ordine «all'effettiva portata dei provvedimenti del difensore civico», agli «obblighi eventuali derivanti a carico dell'Amministrazione» nonché alla potestà riconosciuta in capo a detto soggetto locale si rileva quanto segue.

L'istituto del difensore civico è, come è noto, derivato da quello dell'*Ombudsman svedese*, tradizionalmente deputato al controllo della regolarità dell'azione delle autorità amministrative e attraverso, in questi anni, un periodo di grande popolarità. L'istituto ha trovato nella Scandinavia il suo ambiente più congeniale, ma ha dato vita, negli anni del dopoguerra, ad un vero e proprio irraggiamento, paragonabile a quello del Consiglio di Stato francese nell'Ottocento. Si deve però notare che nel passaggio dal suo Paese di origine ai Paesi di adozione ha subito dei cambiamenti che ne hanno alterato, e qualche volta non poco, la sua genuina essenza. Così, in particolare, mentre in Svezia l'*Ombudsman* è nominato dal Parlamento, in Nuova Zelanda, che è uno dei Paesi che lo hanno adottato è nominato dal Capo dello Stato e in Francia e in Gran Bretagna è nominato dal Governo. Inutile sottolineare il valore differenziale del dato. Sembra pertanto più opportuno soffermarsi preliminarmente, su quale sia l'essenza ed il funzionamento dell'istituto così come caratterizzato nel suo Paese di origine, la Svezia, senza scendere ad un analitico esame delle variazioni ed adattamenti che l'istituzione ha subito nei vari Paesi che l'hanno adottata e tuttavia indicandone alcuni tra i più importanti.

Oltre ai più congeniali Finlandia, Danimarca e Norvegia, l'istituto è stato introdotto in Inghilterra, Germania Federale, Israele, Spagna, Nuova Zelanda, Francia e Portogallo.

L'espressione «*Ombudsman*», tradotta in Francia con il termine «*médiateur*», in Inghilterra con quello di «*parliamentary commissioner*» ed in Italia con quello di «difensore civico» significa, letteralmente «uomo che fa da tramite».

La sua originaria funzione di intermediazione si svolgeva tra Parlamento e Governo, mentre attualmente la funzione mediatrice si è trasferita al rapporto cittadino-Stato.

L'*Ombudsman* svedese fu istituito nel 1809, come erede di un più antico istituto, tuttora esistente: il Cancelliere di Giustizia, risalente al 1713. Esso nacque come strumento di controllo del Parlamento sul Governo perché, ai primi dell'Ottocento, non esisteva in Svezia l'istituto della responsabilità ministeriale. Con l'introduzione di essa l'*Ombudsman* si trasformò: il suo compito non fu più quello di controllare l'attività del Governo ma quello di garantire la legalità dell'azione della pubblica amministrazione. Le sue funzioni si sono quindi evolute in una attività paragiurisdizionale di controllo della correttezza dell'operato dei funzionari amministrativi.

L'istituto contraddice in maniera piuttosto evidente le teorie classiche della divisione dei poteri: l'*Ombudsman* è infatti nominato fiduciarmente dal Parlamento, dal quale può essere in ogni momento revocato quando questa fiducia viene meno e trova, quindi, la sua legittimazione nel potere legislativo, opera, però, attraverso atti che sono formalmente atti di natura amministrativa, controllando tutte le attività della pubblica amministrazione. Gli effetti della sua attività, infine, sono paragonabili agli effetti di una attività di tipo giurisdizionale. Si tratta quindi di un organo che si colloca orizzontalmente, attraverso i tre poteri tradizionali.

L'attività di controllo dell'*Ombudsman* si esercita su tutti i pubblici funzionari con tre sole eccezioni: i membri del Governo, che rispondono direttamente al Parlamento; i membri del Parlamento, che rispondono direttamente nei confronti dell'elettorato e gli organi elettivi delle comunità locali, anch'essi responsabili direttamente nei confronti dei loro elettori. Di fronte a tutti gli altri pubblici funzionari l'*Ombudsman* esercita il suo potere di controllo (che è appunto un potere di controllo sulle persone e non sugli atti). I mezzi a sua disposizione sono estremamente vasti e variati. Può prendere visione di qualunque documento dell'amministrazione, che ad esso non può opporre l'esistenza di alcun segreto. Può assistere a qualunque attività amministrativa, ad ogni deliberazione d'ufficio, ad ogni seduta di tribunale, ad ogni camera di consiglio. Egli esercita il suo controllo non soltanto sui funzionari amministrativi, ma anche sui giudici, ovviamente non per sindacare il merito delle decisioni, ma limitatamente agli aspetti formali dell'attività, ad esempio criticando l'eccessivo ritardo con cui un certo giudice ha reso una sentenza.

Ove riscontri un difetto nell'attività della pubblica amministrazione, l'*Ombudsman* può, nei casi gravi, promuovere l'azione penale dando mandato al Cancelliere di giustizia di perseguire penalmente il funzionario che abbia commesso dei reati. Nei casi meno gravi, può iniziare l'azione disciplinare. Nei casi meno gravi ancora può indirizzare al funzionario una lettera di critica, il che rappresenta però già una riprovazione di notevole peso, tale da poter pregiudicare una carriera. L'*Ombudsman* può inoltre indirizzare raccomandazioni al Governo e al Parlamento — al quale comunque riferisce periodicamente — perché ciascuno, nell'ambito della propria competenza, adotti i provvedimenti atti ad ovviare a carenze normative. A volte succede infatti che, nel controllare una disfunzione segnalata da un cittadino o da un organo di stampa o anche rilevata d'ufficio l'*Ombudsman* si accorga che quella disfunzione non è dovuta a una colpa del funzionario incaricato, ma ad un'effettiva insufficienza della legge o del regolamento che disciplinano quella materia.

Con questo si è già implicitamente notato in virtù di quali canali giungono all'*Ombudsman* le notizie su cui fonda la sua iniziativa: denunce dei singoli cittadini, denunce dei *mass-media*, indagini d'ufficio. Molto importanti sono i rapporti che l'*Ombudsman* mantiene con la stampa. Sono previste due conferenze stampa all'anno e tutta la corrispondenza in arrivo e in partenza dal suo ufficio viene posta su un tavolo all'ingresso a disposizione della stampa, con la sola ovvia eccezione delle notizie di carattere riservato, riguardanti ad esempio precedenti sanitari di una persona o segreti militari.

Si tratta, in definitiva, di un istituto veramente singolare ed affascinante e non può quindi sorprendere che sia stato adottato da tanti Paesi a modello, anche se molte volte è mancata la volontà di recepire il sistema svedese con tutte le sue implicazioni.

Come si è notato, infatti, spesso il trapianto è stato effettuato con accomodamenti tendenti a rendere l'istituto più compatibile con le tradizionali ripartizioni dei poteri. È pacifico comunque in Svezia che l'*Ombudsman* rappresenta una garanzia aggiuntiva rispetto a quella della giurisdizione e non certo alternativa.

Nell'ordinamento italiano l'istituto non trova cittadinanza nella Costituzione e la sua istituzione è avvenuta ad opera di alcune leggi regionali basate, in tre casi, su disposizioni statutarie (Toscana, art. , 61, Lazio, art. 38; Liguria, art. 14) e nei rimanenti casi sulla potestà legislativa regionale ex art. 117 Cost.

Nella legislazione statale più recente l'istituto è stato previsto con riferimento alle autonomie locali dall'art. 8 della legge 142/1990, che ha previsto la possibilità di creazione statutaria del difensore civico «il quale svolge un ruolo di garante dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, segnalando anche di propria iniziativa gli abusi, le disfunzioni, le carenze e i ritardi dell'Amm.ne nei confronti dei cittadini» (norma reiterata dall'art. 11 del D.Lgs 18 agosto 2000 n. 267).

La legge n. 27/1997 (c.d. «Bassanini bis») prelude, poi, all'istituzione di un *Ombudsman* nazionale prevedendo, all'art. 16, che «... fino all'istituzione del difensore civico nazionale a difensori delle regioni su sollecitazione di cittadini ... esercitano ... anche nei confronti delle Amm.ni periferiche dello Stato le medesime funzioni di richiesta, proposta, sollecitazione e informazione che i rispettivi ordinamenti attribuiscono agli stessi nei confronti delle strutture regionali ...» in tal modo riconoscendo al difensore civico regionale specifiche attribuzioni intertemporali anche nei confronti delle autorità amministrative statuali.

Per quanto riguarda il caso di specie, la L.R. Campania 11 agosto 1978 n. 23, istitutiva del difensore civico presso la Regione Campania, prevede espressamente che il difensore civico possa esercitare i suoi poteri di controllo solo «su richiesta» di «singoli Enti o formazioni sociali» (art. 2 comma 1) ed anzi precisa ulteriormente che tale richiesta deve prendere la consistenza di un vero e proprio «ricorso», addirittura alternativo a quello giurisdizionale o amministrativo.

Il difensore civico campano non può, per contro, operare *ex officio* se non per «procedimenti ed atti di natura identici a quelli per i quali sia stato richiesto il suo intervento» (art. 2, 3° comma), mentre per qualunque altra anomalia conosciuta o rilevata in via ufficiosa il difensore civico ha un mero potere di referto al Consiglio regionale (art. 2, 4° comma) Tale normativa, pur non congruente con l'istituto del difensore civico nelle sue fondamentali connotazioni, costituisce tuttavia il diritto positivo regionale applicabile nella specie in virtù del rinvio operato dall'art. 16 legge n. 127/1997.

Poiché non risulta dalla documentazione in atti che vi sia stato, nel caso in esame, alcun ricorso al difensore civico campano, deve ritenersi quindi che il provvedimento del difensore civico abbia nei confronti del Ministero dei beni e delle attività culturali il valore di mero referto, per quanto autorevole. Referto a seguito del quale il Ministero potrà assumere tutte le iniziative che riterrà opportune (e doverose) in relazione alle notizie ricevute».

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Pubblica amministrazione e tutela del cittadino (*)

SOMMARIO: 1. – *Introduzione: la giustizia amministrativa in Italia.* 2. – *L'evoluzione del sistema.* 3. – *La riforma di fine millennio.* 4. – *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi.* 5. – *Le prospettive della nuova giustizia amministrativa. Considerazioni conclusive.*

1. *Introduzione: la giustizia amministrativa in Italia.*

1. **Pubblica Amministrazione e tutela del cittadino:** il tema di questo convegno riecheggia l'antico e tormentato problema della giustizia nell'amministrazione, una giustizia che, in Italia, dopo oltre un secolo di travagliato e non certo rettilineo percorso, non appare ancora aver trovato un suo assetto definitivo, nonostante la profonda riforma di fine millennio.

Si tratta di una riforma radicale, connotata da due peculiari caratteristiche.

La prima è quella di aver realizzato la improvvisa e violentissima accelerazione di linee di tendenza in lenta e faticosa evoluzione ultracentenaria.

La seconda è quella di aver avuto, come concordi e sinergici autori, tutti i poteri dello Stato in sintonia fra loro.

A dare il via fu il legislatore delegante della legge 15 marzo 1997, n. 59, che indicò fra i principi e criteri direttivi la «estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi compreso quello relativo al risarcimento del danno». Seguì il legislatore delegato, con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che, nell'attuare la delega, devolvette alla giurisdizione esclusiva anche le tre nuove materie dei servizi pubblici, dell'urbanistica e dell'edilizia. Intervenero poi le Sezioni Unite della Cassazione con la celeberrima sentenza 22 luglio

(*) Relazione tenuta al Convegno di Studi così intitolato, organizzato dalla Società Italiana Avvocati Amministrativisti presso la sede del Consiglio di Stato il 18 giugno 2002, in occasione dell'attribuzione del Premio Sorrentino 2002.

1999, n. 500, che infranse il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, il Consiglio di Stato, con la decisione 30 marzo 2000, n. 1 dell'Adunanza Plenaria ed ancora, in dissonanza, le Sezioni Unite della Cassazione con le sentenze n. 71 e 72 del 30 marzo 2000.

Fu poi la volta della Corte costituzionale, che, con la sentenza 17 luglio 2000, n. 292, sanzionò un eccesso di delega nel decreto delegato n. 80/1998. Il Parlamento, infine, con la legge 21 luglio 2000, n. 205 (approvata in via definitiva dal Senato appena 48 ore dopo la pubblicazione della sentenza della Corte)(1), sostituendo, con modifiche, gli artt. 33, 34 e 35 del decreto delegato, eliminò ogni questione di eccesso di delega, ed estese la tutela risarcitoria a tutte le aree nelle quali il giudice amministrativo esercita giurisdizione.

2. *L'evoluzione del sistema.*

Questa sintonia fra legislativo, esecutivo e giudiziario rappresenta veramente una novità singolare nella storia della giustizia amministrativa italiana, caratterizzata, invece, in tutte le sue tappe precedenti, da divaricazioni quasi schizofreniche.

Il legislatore liberale del 1865 voleva certamente un modello di giustizia di stampo anglosassone in cui la Pubblica Amministrazione, in condizioni di parità con gli amministrati, fosse assoggettata al giudizio del giudice ordinario.

Da quella riforma nacque, invece, come ben sappiamo, una amministrazione sottratta a qualunque giudizio quando avesse operato autoritativamente, in quanto l'esecutivo rivendicò il «mistico privilegio» dell'esenzione dalla responsabilità civile secondo l'antico principio del «*the King can do no wrong*» ed il giudiziario seguì l'esecutivo per questa strada, dopo qualche iniziale apertura nel senso voluto dal legislatore, sotto la suggestione anche di una difesa approntata *ad hoc* dall'esecutivo con la istituzione della Avvocatura Erariale. Il legislatore dovette quindi correre ai ripari, istituendo nel 1889 la IV Sezione del Consiglio di Stato, con il dichiarato intento di creare un corpo amministrativo deputato ad un controllo interno di legalità dell'azione amministrativa e con salvezza così del principio di unità ed unicità della giurisdizione.

Ne nacque invece, per reazione giurisprudenziale secondata dall'esecutivo, un giudice amministrativo sul modello francese, con competenza peraltro limitata al solo contenzioso di annullamento.

Il contenzioso di piena giurisdizione doveva seguire solo nel 1923, e solo per alcune particolari materie (in pratica per il pubblico impiego) e con esclusione, in ogni caso, della tutela risarcitoria, sempre riservata al giudice ordinario.

(1) R. TISCINI, *La giurisdizione esclusiva*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo* a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2001, 327.

La Costituzione repubblicana del 1947 recepì con precisione notarile la giustizia amministrativa italiana nella bizzarra configurazione pretoria che aveva acquisito in un cinquantennio di vita.

Consacrò, in particolare, la figura dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sostanziale contrapposta al diritto soggettivo e consacrò il discrimine diritto-interesse come criterio di individuazione della giurisdizione ordinaria o amministrativa, cristallizzando, così, l'unico caso al mondo di sistema dualistico. Cioè di sistema di giustizia amministrativa in cui il contenzioso della Pubblica Amministrazione non è conosciuto da un solo giudice (ordinario nei sistemi di *common law*, amministrativo nei sistemi dell'Europa continentale a regime amministrativo) ma da due diversi giudici, competenti a seconda del tipo di situazione soggettiva tutelata.

Naturalmente la tradizione schizofrenica italiana in materia di giustizia amministrativa non si smentì, e la seconda metà del secolo scorso vide legislatore e giudici ordinari e amministrativi impegnati in un'opera se non di forzatura certo di divaricazione rispetto al dettato del legislatore costituzionale.

Il legislatore ordinario introdusse, con continui e ripetuti interventi, nuovi casi di giurisdizione esclusiva (nella legge istitutiva dei TAR addirittura per «clausola generale») e la giurisprudenza attribuì natura «esclusiva» a molti casi di giurisdizione innominatamente attribuita al giudice amministrativo. Quest'ultimo, poi, operò una lenta progressiva erosione del rigoroso divieto di intromettersi nei rapporti di dare ed avere.

La prima rottura fu il riconoscimento del diritto del dipendente pubblico alla percezione degli arretrati, poiché non consequenziali ma coesenziali con l'annullamento del licenziamento.

Corollario normativo del principio fu l'art. 26, comma 3, della legge istitutiva dei TAR che consentì al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, di condannare l'Amministrazione al pagamento di somme di cui risultasse debitrice (2).

Giudice amministrativo e Cassazione riconobbero, poi, negli anni '80, fra i crediti retributivi del pubblico dipendente coesenziali con il rapporto e non consequenziali ad un annullamento, anche gli interessi corrispettivi e la rivalutazione monetaria.

Si realizzava dunque una lenta e progressiva crescita della giurisdizione esclusiva, già giunta negli anni 90 a sopravanzare statisticamente come numero di contenziosi quella di legittimità, il che comportava che il modello di processo sul rapporto tendesse ad informare di sé il modello di processo sull'atto e che il criterio di discrimine fra le giurisdizioni tendesse a spostarsi dalla situazione tutelata alla materia.

(2) A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2001, 602 ss.

3. *La riforma di fine millennio.*

La riforma di fine millennio, orchestrata in coro polifonico di legislativo, esecutivo e giudiziario, in piena sintonia fra loro, ha poi, come si è visto, fulmineamente accelerato, portato a compimento e addirittura sviluppato la linea evolutiva che si era andata lentamente e faticosamente dipanando:

a) con la trasformazione del criterio di discriminare fra le due giurisdizioni da quello della situazione tutelata a quello della materia;

b) con la attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria oltre a quella cassatoria;

c) con la estensione di tale tutela anche ai pregiudizi derivanti dalla lesione degli interessi legittimi.

Il sistema italiano di giustizia amministrativa somiglia ormai molto da vicino ad un modello monistico di tipo francese, anche se, naturalmente, permangono in vita, al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva, il criterio discrezionale diritto-interesse, la giurisdizione del giudice ordinario sui diritti e quella generale di legittimità del giudice amministrativo.

Se così non fosse sarebbe difficile ritenere la riforma del 2000 conforme a Costituzione.

Ma, da un lato, la giurisdizione esclusiva abbraccia praticamente la parte più rilevante del contenzioso pubblico, il diritto dell'economia; dall'altro l'eclissi dell'amministrazione provvedimentale e la sua sostituzione con modelli privatistici consensuali riducono sensibilmente l'area del contenzioso cassatorio tradizionale.

Giurisdizione del giudice ordinario sui diritti e giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo appaiono, quindi, poco più che aree residuali.

4. *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi.*

La più dirompente delle novità introdotte dal legislatore del 2000 è indubbiamente quella contenuta nel quarto comma del novellato art. 35 del decreto delegato, che così corre: «il primo periodo del terzo comma dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, è sostituito dal seguente: Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali conseguenziali».

La volontà del legislatore fu sicuramente quella di devolvere al giudice amministrativo, in blocco, l'intera materia della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, come risulta anche dal confronto fra l'originario progetto ed il testo definitivo della legge (3) e come emerge evidente dalla esigenza storica di superare l'eccezione dualistica italiana, facendo confluire anche il nostro processo nella grande tradizione monistica continentale dei sistemi di giustizia amministrativa (4).

(3) R. TISCINI, *op. cit.*, 364

(4) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1984, 54 e ss.

Numerosi peraltro sono i dubbi che si prospettano in proposito.

Innanzitutto: la potestà del giudice amministrativo di conoscere della domanda risarcitoria per lesione di interesse legittimo è legata o no alla contestuale o previa proposizione di un'azione di annullamento? Ed in caso di risposta negativa, a fronte di atti amministrativi non impugnati o non più impugnabili, o impugnati con insuccesso per motivi formali, chi è competente a conoscere dell'azione aquiliana nei termini prescrizionali, l'AGO o il G.A.?

La mia impressione è che vada in ogni caso esclusa una residua competenza del giudice ordinario, quale che sia il fondamento che si voglia dare alla protezione aquiliana dell'interesse legittimo.

O si ritiene, infatti, che tale protezione sia ormai con esso coesistente nel quadro dell'ordinamento ed allora essa farà parte della sua «tutela» ai sensi dell'art. 103 Costituzione, oppure si ritiene che il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo sia «particolare materia» attribuita al G.A. in sede di giurisdizione esclusiva. Nel primo caso, peraltro, la contemporanea o preliminare tutela cassatoria sembrerebbe necessaria atteso che il giudice amministrativo opererebbe in sede di giurisdizione generale di legittimità. Nel secondo, verificandosi in tema di giurisdizione esclusiva, il sindacato sull'atto potrebbe avvenire sotto forma di disapplicazione.

La concentrazione della tutela nelle mani del giudice amministrativo sembra comunque la più opportuna per vari motivi.

Sembra pacifico, anzitutto, che solo il giudice amministrativo, previa valutazione del comportamento della pubblica amministrazione, possa concedere la tutela risarcitoria attraverso la reintegrazione in forma specifica (5).

Sempre il giudice amministrativo sembra, poi ed in generale, il più qualificato a valutare se ed in che misura l'illegittimo comportamento della p.a. ridondi in danno risarcibile (6).

Appare facile, inoltre, ipotizzare casi in cui l'annullamento dell'atto soddisfi integralmente le pretese del ricorrente e, per contro, casi in cui il ricorrente sia ormai diventato indifferente alla pronuncia cassatoria ed attenda invece solo da un *tantundem* la realizzazione del suo interesse.

Estremamente delicati e di elettiva competenza del giudice amministrativo appaiono, ancora, i casi di lesione di interesse pretensivo quando questo non sia a soddisfazione pre-regolata ma occorra invece integrare la valutazione con giudizi prognostici connessi con l'esercizio di una discrezionalità tecnica od addirittura amministrativa. Giudizi prognostici che non possono

(5) E. D'ASTE, *La reintegrazione in forma specifica nel giudizio davanti al giudice amministrativo*, in TAR, 2000 n. 10; F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *Il nuovo Processo Amministrativo* a cura di F. Caringella e M. Protti, Milano, 2001, 672.

(6) R. VILLATA, *La riforma*, in *Il processo dinanzi al giudice amministrativo* a cura di B. Sansani e R. Villata, Torino, 2001, 4.

prescindere da una approfondita valutazione dell'azione amministrativa adottata ed adottanda. Altre delicate questioni potranno sorgere dalla risarcibilità degli interessi meramente formali o partecipativi e tutta da scrivere è l'incidenza in questa nuova materia dell'art. 1227 c.c..

Il problema, infatti, è se ed in che misura la omessa impugnazione di un atto o di un silenzio e la omessa richiesta di sospensiva possano elidere o diminuire la responsabilità dell'Amministrazione *sub specie* di fatto colposo del creditore.

La questione è aperta e non credo sarebbe coerente con il sistema che chiamato a risolverla fosse il giudice ordinario.

Un'ultima notazione: è stato giustamente osservato che se nei rapporti di diritto privato la soluzione di una lite è a costo zero per la collettività, quale che essa sia, lo stesso non accade nei rapporti di diritto amministrativo (7) dove l'annullamento — ad esempio di un concorso con migliaia di candidati o di una gara di appalto già aggiudicato — può causare un danno gravissimo alla collettività rappresentando, al tempo stesso, un ristoro minimo per l'interesse del ricorrente.

Sarebbe veramente auspicabile che un intervento legislativo, o forse anche soltanto qualche audace invenzione giurisprudenziale, introducesse nel nostro ordinamento quella possibilità per il giudice di graduare e scegliere fra gli strumenti di tutela cassatori e risarcitori quelli che riescano a dare al privato il massimo del ristoro con il minimo possibile sacrificio del bene pubblico, così come è pragmaticamente previsto dall'ordinamento comunitario (8) e, sia pure con modalità diverse, da quello francese (9).

5. Le prospettive della nuova giustizia amministrativa. Considerazioni conclusive.

Dicevo all'inizio della mia relazione di una tradizionale e storica dissociazione fra poteri dello Stato in occasione di tutte le riforme della giustizia amministrativa e notavo come la riforma di fine millennio avesse invece fatto registrare una insolita consonanza fra le varie componenti di legislativo, esecutivo e giudiziario.

Per completezza debbo però aggiungere che anche in questa occasione una dissociazione vi è stata, dissociazione evidentemente immane ogniqualvolta si affrontino i temi scottanti della giustizia amministrativa.

Il Parlamento italiano, nella sua XIV legislatura, pur essendo in consonanza con esecutivo e giudiziario è entrato in contraddizione ... con se stesso.

Quello stesso Parlamento, infatti, che attraverso i lavori della Commissione bicamerale aveva portato al Consiglio di Stato in sede costituente l'attacco più virulento che esso abbia mai dovuto fronteggiare, revocandone in dubbio la stessa sopravvivenza, attraverso la sua attività legislativa ordinaria

(7) S. GIACCHETTI, *La riforma infinita del processo amministrativo*, in *www.Giust.it* 1999.

(8) S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale, dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi — interessi legittimi*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, 2043

(9) A.R. TASSONE, *op. loc. cit.*

ha posto il Consiglio di Stato al vertice di un plesso giurisdizionale amministrativo enormemente arricchito di competenze e di strumenti istruttori cautelari e decisorii, nel quadro di quella che può definirsi la più radicale riforma della nostra giustizia amministrativa effettuata da un secolo in qua.

Riforma rivoluzionaria in sé ed ancor più radicale ove si pensi al nuovo scenario planetario, che contempliamo all'alba del terzo millennio.

La crisi di ideologie fino a ieri egemoni, i nuovi equilibri politici e l'impetuoso progresso tecnologico hanno portato al trionfo di un mercato ormai «globalizzato» (e quanto diverso da quello di Adamo Smith!), con un conseguente predominio dell'economia sulla politica fino a ieri impensabile.

Per limitarci al nostro Paese possiamo constatare come i grandi rivolgimenti di fine millennio abbiano innescato una corsa verso il privato volta a raggiungere la meta di quello che è stato definito, con suggestiva immagine, lo «Stato minimo».

Il fine ultimo da raggiungere è, poi, quello di una economia regolata dalle leggi del mercato e della concorrenza invece che dallo Stato attraverso il potere di indirizzo e di gestione diretta. Il che comporta, però, che venga istituito un sistema generale di controllo del mercato e della concorrenza, a tutela dei consumatori.

Come già osservava, infatti, un liberista della statura di Luigi Einaudi «un mercato è innanzitutto caratterizzato dai carabinieri che ne fanno rispettare le regole» (10).

L'interesse pubblico sotteso all'economia, dunque, che una volta trovava la sua soddisfazione attraverso l'indirizzo e l'intervento diretto si è ritratto dall'uno e dall'altro, e tende però adesso a realizzarsi attraverso una funzione di regolazione, a garanzia della corretta osservanza delle regole della concorrenza e del mercato (11), con conseguente fioritura di una istituzione pubblica finora ignota al nostro ordinamento: le autorità indipendenti, che rappresentano, dunque, le legittime eredi del carabiniere ottocentesco nel nuovo Stato neo-liberista.

Altra conseguenza della privatizzazione e del trionfo dei mercati è il fatto, per certi aspetti paradossale, della imposizione di procedure di tipo pubblicistico ai soggetti privati esercenti funzioni di particolare rilievo economico, con conseguente attrazione nella giurisdizione del giudice amministrativo di controversie interpretate che impongono il ricorso ad una nozione «ampliata» di pubblica amministrazione (12). Si verifica qui il paradosso di una privatizzazione che, lungi dal sottrarre competenze al giudice amministrativo, per contro, le accresce e il paradosso si ripete anche per altro aspetto della privatizzazione e dell'avanzata del mercato: come si accennava,

(10) F. BONELLI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche*, Milano 1996, 1.

(11) N. IRTI, *Il diritto della transizione*, in *Riv. it. dir. priv.* 1997, 11 e ss.

(12) S. CASSESE, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Giornale dir. amm.* 1996, 915; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, cit., 599.

infatti, l'interesse pubblico nell'economia, prima soddisfatto con l'esercizio del potere di programma e di indirizzo e con la gestione diretta, tende a spostarsi, con la privatizzazione, nel momento della regolazione del mercato e della concorrenza e nella tutela dei consumatori a mezzo di autorità indipendenti.

Orbene, tali autorità, anche se investite di funzioni pubbliche neutrali da «magistrature economiche» non possono essere considerate nel nostro ordinamento altro che autorità amministrative, in quanto tali assoggettate, secondo le regole generali, al sindacato naturale del giudice amministrativo, come d'altronde espressamente previsto in numerosi casi.

Attraverso il sindacato degli atti delle autorità indipendenti, il giudice amministrativo resterà dunque il giudice dell'interesse pubblico nell'economia anche nella nuova epifania regolatrice.

Il ruolo del giudice amministrativo italiano risulta dunque profondamente innovato e potenziato dai rivolgimenti di fine secolo e soprattutto da quello culminato con la legge 21 luglio 2000, n. 205. Rivolgimenti che lo hanno portato da un originario controllo formale di legalità degli atti all'attuale giudizio sostanziale sui contrapposti interessi confliggenti, anche a livello macroeconomico⁽¹³⁾, come note e recentissime vicende hanno dimostrato.

Giudizio sostanziale particolarmente ficcante in quanto ormai armato anche di quella tutela risarcitoria che, nelle dimensioni della macroeconomia, può risultare davvero temibile per chiunque.

Non bisogna dimenticare, infatti, che l'istituto della responsabilità, specialmente nella sua dimensione aquiliana, ha costituito fin da tempi lontani un potente strumento di controllo sociale. Non a caso il potere esecutivo ha sempre cercato di vietarne al giudiziario l'uso nei propri confronti e poi, retrocedendo su posizioni difensive via via più arretrate, di limitarne quanto più possibile e quanto più a lungo possibile l'uso. La storia della progressiva erosione dei privilegi della pubblica Amministrazione in materia aquiliana è troppo nota per doverla ora ripercorrere.

Quello che è stato da sempre un potente strumento di controllo sociale è andato, poi, crescendo di importanza nei tempi più recenti in una fase definita di «espansione incontrollabile»⁽¹⁴⁾ lungo due direttrici: da un lato attraverso la tendenza a riconoscere come degni di tutela giuridica un sempre maggior numero di interessi che non erano prima protetti⁽¹⁵⁾ (e l'esperienza italiana è paradigmatica in questo senso); dall'altro, soprattutto nel diritto nordamericano, attraverso la tendenza a liquidare in molti casi i danni in misura maggiore (e a volte molto maggiore) del pregiudizio arrecato. Si

(13) S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale*.

(14) A. DE VITA, *Al crocevia degli itinerari dei diritti europei*, in *Politica del Diritto*, 2000, 537.

(15) S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1966, 24.

tratta dell'istituto del c.d. «danno punitivo» previsto per tutta una serie di casi che vanno dalla clausola generale della punizione di comportamenti particolarmente riprovevoli a quelli derivanti dalla violazione della legislazione anti-trust o anti-corrruzione, ai danni ambientali, ai danni causati dal produttore per prodotti difettosi (16).

Non è forse azzardato presumere che l'«irresistibile vento dell'Ovest» (17) che soffia verso l'Europa dalle coste della potenza egemone faccia prima o poi penetrare tali strumenti potenziatori dell'istituto della responsabilità aquiliana anche nel nostro ordinamento, da qualche tempo ben disposto ad importare istituti giuridici tipici della tradizione anglo-americana.

Tutto quanto sin qui detto sembrerebbe aprire dunque uno scenario di «magnifiche sorti e progressive» per il giudice amministrativo italiano.

Ma ...c'è un ma. Anzi, forse più d'uno.

Innanzitutto il giudice amministrativo italiano, per far fronte ai suoi nuovi e poderosi compiti, dovrà attrezzarsi con strumenti processuali — un codice di procedura — e risorse umane — aumento di organici — allo stato assolutamente inadeguati, con conseguente crisi funzionale durante i tempi necessari per l'adozione degli strumenti normativi occorrenti.

In secondo luogo sembra indispensabile anche l'intervento del legislatore costituzionale perché possa essere completato il disegno riformatore avviato, con un compiuto passaggio dal sistema dualistico a quello monistico di giustizia amministrativa, in quanto, a Costituzione invariata, non è sicuramente possibile, a tacer d'altro, la estensione totale della giurisdizione esclusiva (18).

La Corte costituzionale, già investita di alcune questioni, con due travagliatissime ordinanze di inammissibilità (19) ha per ora deciso di non decidere, ma si ha ragione di ritenere che avrà occasione di ritornare in futuro sul problema, ove il Costituente non provveda in tempo utile.

In terzo luogo va notato che la riforma in esame tende, in certo qual modo, ad omologare il giudice amministrativo al giudice civile, indebolendone le caratteristiche differenziali tradizionali, che si ridurrebbero alla sola natura soggettiva di una delle parti della controversia.

In tale circostanza potrà il giudice amministrativo continuare ad essere considerato giudice speciale o non verrà considerato piuttosto giudice specializzato (20)?

(16) G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di «punitive damages» con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 479.

(17) L. MAZZELLA, *L'irresistibile vento dell'Ovest*, Roma, 2001.

(18) R. TISCINI, *op. cit.* 324

(19) Ord. 16 aprile 2002, numeri 122 e 123 in *Foro it.*, 2002, I, 1265 ss.

(20) A. ROMANO, *op. cit.*, 628.

Tutto ciò non potrà non pesare sulle scelte che il Costituente prossimo venturo dovrà fare soprattutto in tema di rapporti fra Consiglio di Stato e Cassazione.

Le soluzioni astrattamente possibili sono numerose e vanno dalla ricorribilità incondizionata in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato alla erezione del Consiglio di Stato in Corte amministrativa equiordinata alla Cassazione secondo il modello tedesco con o senza istituzione di un Tribunale misto dei conflitti secondo il modello francese.

La scelta definitiva è naturalmente rimessa al Parlamento. Auguriamoci che provveda con equilibrio e saggezza.

AVV. IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA
Vice Avvocato Generale dello Stato

La ragionevole durata del processo alla luce di una recente proposta di modifica della legge Pinto

1. La lentezza eccessiva della giustizia rappresenta un grave pericolo per lo Stato di diritto, al punto da comprometterne l'efficacia e la credibilità (sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 28 giugno 1978, *Konig*, e 27 ottobre 1994, *Katte Klitsche de la Grange*). Con la ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, gli Stati si sono obbligati ad organizzare i propri sistemi giudiziari in modo da soddisfare l'esigenza posta dall'art. 6, paragrafo 1, che ogni causa sia decisa in un tempo ragionevole.

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 47, secondo comma, impone che la causa sia esaminata «entro un termine ragionevole», ma è alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che bisogna far capo per conoscere l'ultradecennale elaborazione del diritto ad una giustizia celere. Infatti, «si tratta forse del diritto la cui inosservanza è stata sanzionata con più determinazione e frequenza, dato che una giustizia ritardata è in taluni casi estremi sinonimo di giustizia denegata»(1).

A partire da una nota decisione del 1987 (sentenza 25 giugno 1987, *Captano*)(2) la Corte Europea ha cominciato a condannare regolarmente lo stato italiano per l'eccessiva durata dei processi, consolidando il principio secondo cui ciascun ordinamento, da un lato deve conferire ai propri giudici poteri e strutture adeguate a garantire il rapido svolgimento del procedimento, dall'altro deve garantire che questi poteri possano essere effettivamente esercitati, affinché i processi non superino certi tempi ritenuti ragionevoli.

Il 15 luglio 1999, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato la risoluzione n. 437 (3), avente ad oggetto il problema della durata delle procedure civili in Italia, in cui — pur constatando con soddisfazione l'aumento di efficienza e rapidità delle decisioni adottate — ha deciso di riesaminare la «questione italiana» dopo un anno per accertare la validità delle misure preannunciate dal governo, tra le quale vi era appunto la proposta di legge n. 3813/S, e cioè il c.d. disegno di legge Pinto, inteso a disciplinare la riparazione equitativa in caso di violazione del termine ragionevole del processo e ad introdurre «un mezzo efficace di ricorso interno in materia di durata delle procedure».

Con l'entrata in vigore della legge Pinto, nel marzo 2001, non pochi autori hanno sottolineato come si trattasse in realtà di uno strumento mera-

(1) DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Padova, 1992.

(2) In *Foro Italiano*, 1987, IV, 385.

(3) In *La durata ragionevole del processo*, *Quaderni del C.S.M.*, n. 113, 2000, 403.

mente deflattivo dell'enorme carico di ricorsi pendenti alla Corte di Strasburgo, cioè uno strumento temporaneo che non prevedendo un'accelerazione dei procedimenti avrebbe solo aggravato l'arretrato delle Corti d'Appello, senza risolvere in concreto il problema dei ritardi della giustizia (4).

2. A poco più di un anno dall'introduzione della legge n. 89/2001 tale previsione si è rivelata corretta ed appare a tutti evidente la necessità di un nuovo intervento legislativo. L'Avvocatura dello Stato, cui spetta un compito gravoso nella gestione dell'enorme contenzioso (5), si è resa direttamente portatrice di un'istanza di revisione della legge Pinto (6). All'indomani dell'incontro dell'Avvocato Generale dello Stato con il Presidente Ciampi è pervenuta alla Presidenza del Consiglio dei Ministri la proposta di introdurre, come condizione di procedibilità dell'azione per l'equa ripartizione, un tentativo obbligatorio di conciliazione tra il ricorrente e l'Amministrazione interessata.

L'istituto è analogo a quello disciplinato dall'art. 38 comma 1°, lettera b) della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in base al quale la Corte europea deve mettersi a disposizione degli interessati per tentare di pervenire ad un *regolamento amichevole della controversia* nel rispetto dei diritti dell'uomo riconosciuti dalla Convenzione stessa. Si tratta di un procedimento non obbligatorio, che si conclude normalmente con la liquidazione, a favore del ricorrente, di una somma determinata dalla cancelleria della Corte in base agli stessi parametri utilizzati in sede contenziosa.

Dubbi sono stati espressi circa l'opportunità di prevedere una definizione negoziale della controversia in una materia così delicata come quella dei diritti fondamentali dell'uomo. In realtà tali perplessità sono prive di fondamento, giacché la soluzione raggiunta in sede di regolamento amichevole, fondandosi «*sul rispetto dei diritti dell'uomo quali sono riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli*», non può essere qualificata come un mero accordo transattivo, rivestendo una funzione effettivamente riparatoria della violazione subita dal ricorrente (7). Né si potrebbe seriamente dubitare dell'obiettivo deflattivo, se si considera che a Strasburgo l'applicazione dell'art. 38 ha già consentito la conclusione di numerosi accordi transattivi, con la conseguente cancellazione dal ruolo dei relativi ricorsi.

(4) È quanto peraltro rilevato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 2-3 ottobre 2001 (vedi il comunicato conclusivo).

(5) Secondo i dati forniti dal Dipartimento del Ministro della Giustizia in occasione della 783ª riunione dei Delegati del Comitato dei Ministri svoltasi il 19-20 febbraio 2002, i ricorsi — concentrati soprattutto nelle Corti d'Appello di Roma e di Perugia, competenti per processi celebrati rispettivamente nei diritti di Napoli e di Roma — ammontavano, alla data del 12 febbraio 2002, 2.255, mentre i mass media parlano addirittura di 6.000 ricorsi.

(6) Cfr. a tal proposito l'intervista all'Avvocato Generale dello Stato pubblicata il 26 febbraio 2002 su *Il Sole 24-ore*.

(7) Così M. BERTUZZI, *Violazione del principio della ragionevole durata del processo e diritto all'equa ripartizione*, in *Giur. Merito*, 2001, IV, 1153.

Di qui la presentazione da parte del Governo di una serie di emendamenti alla legge Pinto, che introducono l'obbligo di una comunicazione dell'interessato, corredata del ricorso introduttivo, dei verbali delle attività processuali, nonché delle eventuali decisioni intervenute nel giudizio *a quo*, all'ufficio dell'Avvocatura del distretto di Corte d'Appello ove si è svolto o si sta svolgendo il processo dal quale è derivato il pregiudizio lamentato. Il progetto governativo prevede altresì un termine di 90 giorni entro il quale l'Avvocatura, previa acquisizione presso gli uffici giudiziari degli atti e documenti ritenuti rilevanti e sentite le Amministrazioni interessate, deve formulare una proposta transattiva oppure indicare le ragioni che non consentono il raggiungimento di un accordo. Per agevolare la definizione della controversia si è introdotta inoltre la possibilità di un incontro diretto con l'interessato.

L'atto di transazione, titolo esecutivo nei confronti dell'Amministrazione, potrebbe definire anche i procedimenti pendenti, ove l'Avvocatura ritenesse opportuna la formulazione di una proposta transattiva. In tal caso la Corte d'Appello dovrebbe fissare un'udienza in camera di consiglio per verificare l'eventuale accettazione della proposta, con conseguente estinzione del giudizio dichiarata con decreto del Presidente della sezione della Corte di appello. Nel caso in cui, invece, non si pervenisse ad un accordo, la Corte d'Appello, in sede di decisione del procedimento, potrebbe condannare il vincitore, sulla base del comportamento assunto nel corso delle trattative, al pagamento delle spese processuali.

Tale ultima disposizione si è resa indispensabile per rendere obbligatorio, e quindi effettivamente deflattivo, il tentativo di conciliazione. La previsione di un vantaggio concreto — o di un possibile svantaggio in caso di ingiustificato rifiuto della proposta transattiva per chi concilia è, di fatto, l'unico strumento per rendere efficace l'introduzione di una fase precontenziosa obbligatoria, che altrimenti rischia di tradursi solo in un'ulteriore, inutile fase del procedimento di riparazione (8).

Il disegno di legge governativo, infine, in considerazione della grave situazione di sovraccarico dei ruoli in numerose Corti d'Appello, prevede una serie di criteri di priorità per la trattazione dei processi e per la formazione dei ruoli. In particolare *al fine di assicurare una più rapida definizione del procedimento* si deve tener conto sia del ritardo accumulato nel corso del giudizio *a quo*, sia della gravità dei danni provocati da tale ritardo.

3. Sorprendentemente la nuova disciplina dell'equa riparazione non è stata oggetto di un autonomo provvedimento — come del resto aveva chiesto la stessa Avvocatura dello Stato — ma è stata introdotta in sede di conversione del decreto legge 11 marzo 2002, n. 28, in materia di contributo

(8) Cfr. in tal senso le riflessioni di A. DIDONE, *Appunti sulla ragionevole durata del processo civile*, in *Giur. It.*, 2000, IV, 871 per il quale «solo prevedendo un vantaggio per chi accetta una proposta transattiva si può rendere efficace il tentativo di conciliazione e non prevedendolo semplicemente come obbligatorio».

unificato, che solo marginalmente riguardava la legge Pinto, prevedendone l'esenzione dal contributo. Tutto ciò proprio all'indomani del messaggio del Presidente della Repubblica con il quale, sulla base di rilievi di ordine costituzionale, veniva rinviato alle Camere, a norma dell'art. 74 della cost., il disegno di legge di conversione del decreto-legge 25 gennaio 2002 n. 4. In tale occasione il Capo dello Stato non solo aveva esortato il governo a seguire *«criteri rigorosi nella predisposizione dei decreti-legge ... allo scopo di evitare che il testo originario venga trasformato fino a diventare non più rispondente ai presupposti costituzionali e ordinamentali»*, ma aveva anche affermato *«l'esigenza imprescindibile che identica e rigorosa vigilanza sia esercitata dagli organi delle Camere specificamente preposti alla produzione legislativa, segnatamente dalle Commissioni competenti, sia in sede primaria sia in sede consultiva»*.

I dubbi sull'opportunità di intervenire nella delicata materia dei diritti fondamentali dell'uomo in sede di conversione di decreto legge sono quindi stati fugati nel corso della seduta del 9 aprile 2002 della seconda commissione Giustizia del Senato in sede referente, nel corso della quale gli emendamenti riguardanti la legge Pinto sono stati dichiarati improponibili, in quanto estranei all'oggetto del decreto legge, dal presidente Antonino Caruso, che ha espressamente accolto l'invito contenuto nel messaggio di Ciampi.

4. Resta dunque l'esigenza indefettibile di un immediato intervento del legislatore che risolva i problemi emersi nel corso dei primi mesi di applicazione della legge Pinto. Come era prevedibile, infatti, un numero enorme di ricorsi, in particolar modo in prossimità della scadenza del periodo transitorio di cui all'art. 6, si è riversato sulle Corti di Appello e sulle Avvocature, rischiando di provocare una paralisi generale. Ciò ha causato un inevitabile allungamento dei tempi dei procedimenti di riparazione, anche al di là dei quattro mesi previsti dall'art. 3 comma 6 della legge: basti pensare che alcune udienze di trattazione sono già state rinviate al 2004. Di qui il possibile paradosso di veder proposti ricorsi *ex lege* Pinto per sanzionare l'irragionevole durata proprio dei procedimenti di riparazione. In pratica la legge n. 89/2001, introducendo un rimedio interno per sanzionare la violazione del termine ragionevole del processo, rischia di provocare proprio un generale allungamento dei tempi dei processi e una paralisi generale del sistema giudiziario (9).

Ma c'è di più. Il decreto che definisce il procedimento riparatorio è impugnabile per cassazione ai sensi dell'art. 3, sesto comma, della legge Pinto. Finora pochi ricorsi sono arrivati in Cassazione (erano solo 65 alla fine di febbraio del 2002), ma ove il contenzioso dovesse trasferirsi in massa dalle Corti d'Appello anche l'efficienza della Suprema Corte rischierebbe di

(9) Tale pericolo peraltro era già stato paventato nel corso dei lavori parlamentari della legge Pinto dal sen. Russo nel suo intervento in Commissione Giustizia del Senato, seduta del 21 aprile 1999.

venire compromessa. Tutto ciò quando non si è ancora spenta l'eco dello straordinario evento costituito dall'Assemblea generale della Corte Suprema di Cassazione tenutasi a Roma, nell'Aula Magna del Palazzo di Giustizia, venerdì 23 aprile 1999, per discutere sulla cd. crisi della Cassazione. Già in tale occasione il Primo Presidente della Cassazione aveva sottolineato che «l'ammissione generalizzata del ricorso per cassazione — per di più in un'epoca di generale espansione della domanda di giurisdizione e di flusso incessante e disordinato della legislazione, spesso ambigua, mai consolidata, e perciò difficilmente conoscibile — investe la Corte della trattazione di un grandissimo, e in astratto illimitato, numero di ricorsi, incompatibile con la struttura e la funzionalità di una Corte Suprema». Non è allora un caso che da taluno sia stata già prospettata una censura di illegittimità costituzionale della legge n. 89/2001, in relazione all'art. 97 cost., richiamando quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 18/1989: «il valore dell'efficienza dell'Amministrazione della Giustizia (art. 97 Cost.) può di per se condurre all'annullamento di norme procedurali» (10).

Altro rischio — ben più grave del resto — è quello di un possibile ricorso degli interessati alla Corte Europea ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, per violazione del diritto di accesso alla giustizia, o ai sensi dell'art. 13, per carenza di un rimedio nazionale per la tutela effettiva di un diritto riconosciuto dalla Convenzione (11). Si assisterebbe, insomma, ad un fallimento della legge Pinto come rimedio interno e ad una conferma delle pessimistiche previsioni, espresse in ambito europeo all'indomani dell'entrata in vigore della legge, in base alle quali entro due anni si sarebbe assistito ad un ritorno alla Corte di Strasburgo di tutti i ricorsi allora pendenti (12). Del resto è noto il caso di un cittadino italiano che, dopo aver proposto ricorso, ex art. 314 c.p.p., per ottenere l'equa riparazione per l'ingiusta detenzione sofferta, ha ottenuto a Strasburgo un ulteriore risarcimento (tra l'altro in sede di amichevole composizione) per l'eccessiva durata dello stesso procedimento riparatorio (13).

È evidente dunque che soltanto la riduzione del numero dei processi mediante un consistente ricorso alla definizione stragiudiziale delle vertenze consentirebbe di alleggerire i ruoli e di salvaguardare l'efficienza complessiva

(10) La tesi dell'incostituzionalità della legge Pinto alla luce della citata pronuncia della Corte Costituzionale è stata formulata da C. CONSOLO, *Relazione all'incontro di studio: legge Pinto. Davvero un passo avanti verso il giusto processo in tempi ragionevoli?*, Venezia, 20 ottobre 2001.

(11) In tal senso cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 26 ottobre 2000, KUDLA C. POLONIA, in *Corriere Giuridico*, 2001, 405.

(12) Cfr. V. ESPOSITO, co-agente del Governo italiano davanti alla Corte dei Diritti dell'Uomo, *Relazione sulla situazione del contenzioso italiano pendente presso la Corte Europea di Strasburgo, dopo l'entrata in vigore della L. n. 89 del 2001*.

(13) Il caso è citato da A. DIDONE, *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo (riflessioni a prima lettura sulla l. 89/2001)*, in *Questione giustizia*, 2001, 513.

del meccanismo di riparazione, restituendogli quel carattere di effettività necessario, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a precludere la via del ricorso alla Corte Europea per omesso esaurimento delle vie di ricorso interno (14).

Altro inconveniente legato alla risoluzione giudiziale del contenzioso tra Stato e cittadino riguarda la competenza dei procedimenti di riparazione, da determinarsi ai sensi dell'art. 11 c.p.p. Perplexità sono state espresse in dottrina circa la legittimità costituzionale di questo criterio, che violerebbe il principio del giudice naturale (15). La proposta dell'Avvocatura avrebbe consentito all'interessato di instaurare il tentativo di conciliazione direttamente presso l'ufficio dell'Avvocatura del distretto di Corte d'Appello ove si è svolto il processo del quale si lamenta l'irragionevole durata, rendendo quindi più semplice e meno dispendioso per l'istante il procedimento di riparazione. L'effettività del rimedio offerto dalla legge Pinto viene infatti messa a dura prova quando, come è già avvenuto, il ricorrente viene condannato al pagamento di spese processuali in misura doppia rispetto alla richiesta di equo indennizzo.

Del resto la previsione di una fase precontenziosa obbligatoria produrrebbe riflessi positivi anche per la difesa delle Amministrazioni da parte dell'Avvocatura. Varrà ricordare che nei brevi termini previsti dalla legge Pinto (il ricorso con il decreto di fissazione dell'udienza deve essere notificato almeno quindici giorni prima dell'udienza e le memorie e i documenti devono essere depositati in cancelleria entro cinque giorni prima dell'udienza) l'Avvocatura deve ottenere le informazioni relative al caso specifico dall'ufficio giudiziario competente e deve predisporre la memoria difen-

(14) Si tratta del c.d. principio di sussidiarietà, espresso dall'art. 35 della Convenzione che disciplina le condizioni di ricevibilità dei ricorsi alla Corte Europea: «*La corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interno, quale è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva*».

(15) Cfr. a tal proposito M. BERTUZZI, *Violazione del principio della ragionevole durata del processo e diritto all'equa riparazione*, in *Giur. merito*, 2001, IV, 1153, per il quale potrebbe dubitarsi della conformità della norma al principio del giudice naturale, «*atteso che essa determina la competenza giudiziaria utilizzando un criterio di collegamento sostanzialmente avulso dalla situazione di fatto dedotta in giudizio e, comunque, non funzionale al bene giuridico che intende salvaguardare*». Più in generale si è rilevato che la norma sembra individuare nel giudice l'unico responsabile dell'irragionevole durata del processo, come si evince dalla Relazione al progetto della Legge Pinto: «*Si seguono le regole vevoli per i procedimenti riguardanti i magistrati perché è il loro operato ad essere sottoposto a giudizio*». In realtà, rileva la migliore dottrina, è l'intero sistema giudiziario ad essere sottoposto a giudizio e non il singolo organo giudicante (cfr. per alcune considerazioni in tal senso G. SANTALUCIA, *La tutela giudiziaria «interna» del diritto alla ragionevole durata dei processi: quale ruolo per il giudice ordinario?*, in *Questione Giustizia*, 2001, 528). Del resto il fine garantistico della disposizione — che dovrebbe salvaguardare l'indipendenza e l'autonomia dei giudicanti viene posto in dubbio da alcuni autori, tra cui E. SACCHETTINI, *Più difficili i ricorsi ai giudici di Strasburgo così l'utente si ritrova a tutela dimezzata*, in *Guida al diritto*, 2001, fasc. 14, 18, per il quale la norma non riuscirebbe a garantire il principio di terzietà del giudice.

siva. Spesso, però, gli atti del processo *a quo* vengono trasmessi in ritardo e l'Avvocato dello Stato è costretto a formulare una difesa del tutto generica, lasciando che sia il giudice a verificare, mediante l'esame dei fascicoli del giudizio, l'attendibilità delle tesi sostenute dal ricorrente.

L'introduzione del c.d. accordo transattivo e del ben più congruo termine di 90 giorni consentirebbe un esame adeguato del caso specifico e l'eventuale predisposizione, ove la trattativa non andasse a buon fine, di una difesa più efficace. In questa prospettiva l'Avvocatura aveva proposto che venisse introdotto nel disegno di legge l'obbligo del giudice *a quo* di trasmettere copia del fascicolo di causa e tutti i dati necessari per la transazione e, nei casi di smarrimento dei fascicoli, l'autorizzazione ad effettuare una valutazione equitativa e a tentare di raggiungere una soluzione amichevole della vertenza. Sempre nell'ottica di una maggiore razionalizzazione e semplificazione dell'istruttoria nella fase precontenziosa, il disegno di legge governativo aveva inoltre introdotto un'ipotesi di contraddittorio con il ricorrente, mediante la previsione, ove l'Avvocatura lo ritenesse necessario, di un incontro diretto per agevolare la definizione della controversia. Evidentemente per raggiungere l'obiettivo prefissato, ovvero una semplificazione della procedura di riparazione, tale fase dovrebbe rimanere del tutto facoltativa, lasciando all'Avvocatura il compito di individuare i casi in cui sentire in contraddittorio l'interessato.

Altro punto sul quale appare indispensabile un intervento chiarificatore del legislatore è l'art. 4 della legge Pinto, in base al quale «*la domanda di riparazione può essere proposta durante la pendenza del procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata*». Sulla base di questa norma i giudici hanno dichiarato ammissibili anche i ricorsi proposti per sanzionare giudizi ancora pendenti nel grado in cui si assume maturata l'irragionevole durata. L'Avvocatura ha già evidenziato nelle sue memorie difensive come tale interpretazione apra la strada ad un uso strumentale da parte dei ricorrenti degli istituti dell'astensione e della ricasazione del giudice (16), con una conseguente vanificazione delle garanzie costituzionali di cui agli artt. 25, comma 1°, 97 e 111 cost. Un ulteriore motivo di perplessità riguarda il flusso di fascicoli che vengono trasferiti da un ufficio giudiziario all'altro, stante la possibilità prevista dalla legge Pinto di ottenere l'acquisizione degli atti e dei documenti del procedimento *a quo*. Ebbene, se si ammette la proponibilità del ricorso anche quando il processo *a quo* è ancora pendente, paradossalmente il ricorso per sanzionare l'irragionevole durata del processo avrà come principale effetto quello di rallentare il giudizio, a causa degli adempimenti che inevitabilmente incomberebbero sulle cancellerie.

(16) La dottrina peraltro ha già evidenziato come la legge Pinto apra la strada ad una situazione generalizzata di possibili astensioni e ricasazioni dei giudici, anche a causa del criterio di competenza individuato dall'art. 3 della legge; cfr. in tal senso E. SACCHETTINI, *op.cit.*, in *Guida al diritto*, 2001, fasc. 14, 18.

È ovvio, del resto, che l'efficacia delle modifiche alla disciplina dell'equa riparazione e soprattutto l'incisività del ruolo delle Avvocature dipendono in massima parte dalla dotazione di personale e di mezzi di cui si potrà disporre. Al riguardo il disegno di legge prevedeva l'individuazione, con successivo regolamento governativo, delle risorse necessarie e delle attrezzature, anche informatiche, per gli uffici dell'Avvocatura dello Stato competenti ad espletare l'istruttoria della fase precontenziosa. Proprio una maggiore informatizzazione delle strutture dell'Avvocatura sembra l'unica via percorribile per giungere ad una gestione efficiente e razionale di un contenzioso che conta ormai varie migliaia di cause.

4. Si ha ora notizia che è allo studio dell'ufficio legislativo della Presidenza del Consiglio un nuovo progetto di modifica della legge Pinto che riproduce, con alcuni correttivi, la precedente proposta governativa. Tra le novità merita di essere segnalata la possibilità per il ricorrente di effettuare personalmente, senza l'assistenza di un avvocato, la comunicazione che avvia il procedimento di conciliazione. Tale modifica è volta a semplificare il procedimento riparatorio, rendendolo veramente accessibile — e quindi effettivo secondo i parametri della Corte Europea — per l'istante.

Viene affrontata anche la delicata questione relativa ai procedimenti tributari, escludendoli dal meccanismo riparatorio disciplinato dalla legge 89/2001 e prevedendo per i soli *procedimenti tributari rilevanti penalmente* che il ricorso debba essere proposto nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, al quale deve altresì essere inviata la comunicazione di cui all'art. 2-*bis*.

Il legislatore ha quindi accolto l'impostazione — suffragata dalla giurisprudenza della Corte Europea (17) e recepita anche dai giudici nazionali (18) — che esclude dal meccanismo riparatorio il processo tributario, in quanto tale contenzioso esula dai diritti ed obblighi di natura meramente civile di cui all'art. 6 n. 1 della Convenzione, prevalendo di contro «*la natura pubblica del rapporto tra contribuente e collettività*» (19). In ossequio ai principi della Convenzione si sono quindi escluse dall'ambito applicativo della legge Pinto tutte le controversie inerenti il mero potere impositivo dello Stato, per ricompredervi, invece, i procedimenti penalmente rilevanti, in quanto riconducibili all'art. 6 n. 1, seconda parte della Convenzione. Tale impostazione — adeguando il rimedio interno alle soluzioni elaborate in sede

(17) Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo — Sentenza del 12 luglio 2001 — FERRAZZINI c. ITALIA.

(18) In tal senso: Corte d'Appello di Perugia decreto del 30 ottobre 2001.

(19) Così GIUSEPPE DELL'AIRA, *Il diritto al termine ragionevole del processo e la tutela con le procedure interne previste dalla legge n. 89/01 — Processo tributario, processo amministrativo e processo penale*, che aveva già sottolineato l'esigenza di procedere a «*precisi distinguo sull'argomento ritenendo il rimedio esperibile solo quando il processo abbia avuto ad oggetto un indebito, ovvero un'ammenda, la quale ultima è equiparabile alla sanzione penale e risulterebbe allora riconducibile alla seconda parte del testo dell'art. 6 paragrafo 1 della Convenzione*».

europea — chiude la strada alle sentenze di alcuni giudici nazionali (20) che hanno ritenuto ammissibile la domanda di equa riparazione anche nel contenzioso tributario, che, è bene ricordarlo, conta in Italia centinaia di migliaia di cause — decise spesso dopo molti anni — con il rischio di aggravare la già delicata situazione della Corti d'Appello impegnate sul fronte della legge Pinto.

La nuova ipotesi normativa fissa per le trattative un termine di 90 giorni, ma tace sulla possibilità — espressamente prevista invece nella precedente proposta di legge — che entro lo stesso termine l'Avvocatura comunichi le ragioni per cui non ritiene di concludere l'accordo oppure solleciti un incontro diretto con l'interessato per definire la controversia. Il progetto inoltre — fugando i dubbi avanzati in dottrina circa l'assenza di criteri oggettivi sui quali fondare l'accordo transattivo — prevede che l'accordo transattivo si fondi su parametri oggettivi connessi alla durata e alla tipologia del procedimento, tenuto conto altresì, della condotta processuale della parte istante e dell'esito, anche potenziale, del giudizio svoltosi o in corso di svolgimento, seguendo gli indirizzi stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Il nuovo progetto di modifica della legge Pinto accentua, infine, il profilo sanzionatorio per chi non collabora nella fase precontenziosa, prevedendo l'esclusione della ripetizione delle spese sostenute dal vincitore o la condanna delle spese sostenute dal soccombente, ove risulti che abbia immotivatamente rifiutato di aderire alla proposta transattiva.

5. In conclusione l'allungamento dei tempi delle procedure volte ad ottenere un'equa riparazione, la tendenza ad un costante aumento dei ricorsi e il conseguente rischio di una paralisi dell'intero sistema giudiziario rendono indefettibile un intervento legislativo di modifica della legge Pinto che preveda incisivi strumenti deflattivi. Ciò, ovviamente, in attesa di un intervento di ben più ampio respiro, che riformi il sistema processuale italiano, semplificandolo e rendendolo veramente «equo», soprattutto alla luce della riforma dell'art. 111 cost., che ha inserito i *principi del giusto processo* nel dettato costituzionale, consentendo al giudice delle leggi di «*censurare quelle disposizioni processuali che prevedendo tempi morti o formalità superflue appaiono incompatibili con l'esigenza che il processo si definisca in termini ragionevoli*» (21).

AVV. FEDERICO BASILICA
DOTT.SSA CHIARA SERAFINI

(20) Cfr. Corte d'Appello di Perugia, decreto del 18 — 30 ottobre 2001, in *Il Fisco*, n. 17/2002, 2676, che ha ritenuto ammissibile, nel processo tributario, la domanda ad una equa riparazione sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole del processo in quanto «*nulla vieta al legislatore nazionale di prevedere per i cittadini una tutela più ampia di quella assicurata dal paragrafo 6 della Convenzione*».

(21) In tal senso si veda la *Relazione al Parlamento sullo stato dell'amministrazione della giustizia nel 2001*, presentata dal C.S.M.

L'esecuzione delle misure cautelari del giudice amministrativo (*)

La fase cautelare del giudizio amministrativo, com'è noto, è stata sensibilmente innovata dalla legge n. 205 del 2000 che all'art. 3 prevede una disciplina più organica rispetto a quella recata dalla disciplina previgente dell'art. 21 della legge n. 1034/1971.

La legge n. 205 ha espressamente previsto la possibilità di consentire l'esecuzione delle ordinanze cautelari mediante l'attribuzione al giudice degli stessi poteri previsti nel giudizio di ottemperanza, cogliendo le trasformazioni più significative del processo amministrativo in questi ultimi anni.

Le insufficienze normative, prima dell'emanazione della legge n. 205, hanno lasciato ampio spazio alla funzione pretoria della giurisprudenza la quale ha allargato notevolmente l'operatività della tutela cautelare con lo scopo di garantire la satisfattività della sentenza di merito, ricoprendo un ruolo di supplente sia integrativo sia creativo delle disposizioni di legge.

La questione era stata, infatti, da tempo risolta a livello giurisprudenziale (1), attraverso l'elaborazione del principio in base al quale, qualora gli effetti caducatori della sospensione non fossero stati sufficienti a tutelare in via cautelare l'interesse del ricorrente, l'effettività della tutela interinale potesse essere realizzata anche mediante strumenti diversi ed ampiamente eccedenti la pura e semplice paralisi degli effetti dell'atto impugnato.

Il giudice può imporre all'amministrazione di tenere determinati comportamenti anche mediante la eventuale nomina di un commissario *ad acta* che si sostituisca alla stessa, proprio come nel giudizio di ottemperanza (2).

(*) Relazione tenuta presso l'Università di Ferrara il 23 maggio 2002 in occasione del convegno su «*Il nuovo giudizio cautelare amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*». Per i riferimenti al diritto amministrativo francese si ringrazia il giudice Bruno Bachini, primo consigliere presso il Tribunale Amministrativo di Parigi.

(1) F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo*, Giuffrè, 2001, 253.

(2) Una delle maggiori innovazioni apportate dalla giurisprudenza risalente nel tempo al giudizio amministrativo riguarda proprio il processo di ottemperanza. Per un *excursus* sul punto v. G. SCIULLO, *Il comportamento dell'amministrazione nell'ottemperanza*, in *Dir. proc. civ.*, 1997, 64 ss.; L. VERRIENTI, voce *Giudizio di ottemperanza*, in *Nov. Dig. Disc. pubbl.*, 257 ss.

Cfr., inoltre, I. FRANCO, *Processo amministrativo ordinario e riti particolari (dopo la legge 205/2000)*, in www.diritto.it/articoli/amministrativo/franco3.html. «Detto tipo di processo nasce dall'esigenza di ottenere l'osservanza del giudicato tanto delle corti civili che il giudice amministrativo decida pronunciando anche in merito, fra l'altro, sui ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato del Tribunale che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico (comma 1, n. 4).

A sua volta, l'art. 37 della legge istitutiva dei T.A.R. estese questo tipo di azione anche all'ipotesi di esecuzione del giudicato degli stessi giudici amministrativi. I commi 3 e 4 regolano, infatti, la competenza a decidere su tali controversie — ripartendola fra Consiglio di Stato e TAR — dando come dato naturale e scontato che l'esecuzione del giudicato fosse applicabile anche alle sentenze dei giudici amministrativi.

Viene, dunque, data copertura legislativa ai noti orientamenti giurisprudenziali risalenti alla decisione dell'adunanza plenaria 30 aprile 1982, n. 6 che costituisce uno dei primi capisaldi in tema di sospensibilità di provvedimenti non oppositivi (3).

Verificheremo, dunque, qual'è l'incidenza del recepimento normativo nella legge n. 205 del 2000 degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che nel corso del tempo sono stati elaborati.

L'art. 3 dell'art. 205 del 2000 prevede che il giudice abbia gli stessi poteri previsti dall'art. 27, n. 4, del t.u. n. 1054/1924.

È evidente che il rinvio operato dall'art. 27, n. 4, del t.u. n. 1054 del 1924, concerne solo i poteri del giudice ma non attiene alle modalità per l'introduzione del giudizio.

La norma si limita a prescrivere una istanza motivata e notificata alle altre parti, per cui non sarebbe necessario, come nel giudizio di ottemperanza, notificare un atto di messa in mora, in quanto potrebbe comportare ritardi incompatibili con l'urgenza di provvedere.

Una valutazione d'insieme di questo peculiare rito processuale pone subito in evidenza la notevole importanza che esso ha assunto, in special modo nelle leggi più recenti, considerato che il meccanismo tipico del medesimo viene utilizzato in vari altri tipi di processo come una sorta di rito «*passee-partout*» per risolvere problemi altrimenti di difficile soluzione: nel giudizio contro il silenzio (4), nella fase inerente alla determinazione del *quantum* della sentenza di condanna al risarcimento del danno, ai fini dell'esecuzione delle sentenze non passate in giudicato e non sospese dal giudice di appello (art. 33 della legge n. 1034/1971, come integrato dall'art. 10 della legge 205) (5).

Di grande rilievo sotto il profilo degli strumenti precipuamente processuali, è, poi, la già segnalata invenzione ad opera della giurisprudenza, del commissario *ad acta*, figura precipua e caratteristica di questo tipo processuale, che si è rivelato strumento di grande efficacia (costituisce, a tutt'oggi, uno dei punti di forza del processo amministrativo, a parte certe ambiguità sulla sua natura — nonché sull'impugnabilità dei suoi atti — mai risolte).

Il commissario *ad acta* è, in ogni caso, certamente da considerare la *longa manus* del giudice, il quale agisce per suo tramite, sostituendosi all'amministrazione. Trattandosi di giurisdizione di merito, infatti (art. 27.1, n. 4) del R.D. n. 1054/24), è consentito e anzi indispensabile, e in certo modo connaturato al giudizio di ottemperanza — al giudice sostituirsi alla p.a.».

(3) Cfr. anche Cons. Stato, Ad. plen., 30 aprile 1982, n. 6, *Cons. Stato* 1982, I, 413.

(4) Sull'ottemperanza contro il silenzio della P.A. vedi la sentenza del Cons. Stato, V Sez., 16 gennaio 2002, n. 230, in *Il Cons. di Stato*, 2002, 342, con nota di M. ANTONUCCI, la suddetta sentenza ha contribuito a valorizzare la *ratio* acceleratoria dell'art. 2 della legge n. 205 del 2000, in quanto ha ritenuto di ricondurre ad un unico giudizio la fase relativa al giudizio di cognizione per la dichiarazione di illegittimità del silenzio inadempimento e il giudizio di ottemperanza: tale giudizio ha un duplice oggetto, di accertamento e di condanna insieme.

(5) G. VIRGA, *L'esecutività delle sentenze di primo grado tra giudizio di ottemperanza e tutela cautelare*, in www.giust.it/corte/cortecos.1998-406.html

Questa scelta del legislatore mostra di aderire, a prima vista, alle affermazioni di quella dottrina che ritiene che il potere esercitabile dal giudice della cautela debba essere di natura identica a quella del potere spettante al giudice di merito e quindi al giudice dell'ottemperanza.

Al riguardo si deve, comunque, sottolineare che il fondamento e la *ratio* dell'ottemperanza cautelare si configurano in maniera diversa: non l'esigenza di adeguare l'ordinamento ad una certezza legale, qual è quella che discende dal giudicato, bensì l'esigenza di assicurare la serietà della funzione giurisdizionale (6).

L'indipendenza e l'autonomia dell'Amministrazione, prima ridimensionate in nome del principio di legalità, ora sono ulteriormente sacrificate in nome del principio della effettività della tutela giurisdizionale.

L'analogia con il giudizio dell'ottemperanza, anche nella nuova legge, viene a configurarsi solo parzialmente, in quanto l'ordinanza cautelare è legata allo *status quo* ed è quindi revocabile e l'esecuzione può legittimamente essere disposta solo a condizione che non dia luogo a situazioni irreversibili, ossia non determini una cristallizzazione tendenzialmente immodificabile della situazione controversa, consentendo di pervenire alla decisione finale *re adhuc integra*.

Dalla suddetta disposizione, inoltre, potrebbe desumersi che il legislatore abbia riconosciuto al giudice amministrativo una giurisdizione anche di merito, nonostante il carattere provvisorio ed interinale della ordinanza di sospensiva, condizione ostativa, a prima vista, della cosiddetta *ottemperanza cautelare*.

Naturalmente tale assunto presuppone l'accoglimento della tesi che per merito possa ritenersi non solo la decisione finale ma anche la stessa giurisdizione di merito, ravvisando nel giudizio cautelare una ipotesi di giurisdizione amministrativa estesa al merito (7).

(6) Infatti, come incisivamente rilevato dalla Corte Costituzionale proprio in tema di poteri cautelari del giudice amministrativo, deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli articoli 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; in questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria.

Sentenza pubblicata in *Cons. Stato*, 1995, II, 1497.

(7) In tal senso ROMANO A., *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, I, 2491, il quale lamenta come «intollerabilmente asfittica» e come una limitazione della tutela cautelare il fatto di non considerarla come sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione.

La tutela cautelare, pertanto, verrebbe vista, soprattutto alla luce del recente intervento legislativo, come un caso di giurisdizione amministrativa estesa al merito, in cui al giudice, anche in questa fase, verrebbe conferita una netta posizione di centralità anche nella fase di esecuzione cautelare.

D'altronde, l'attuazione delle misure cautelari era ormai sentita come un obbligo dettato dalle esigenze di unitarietà del giudizio cautelare nonché quale mezzo di garanzia per l'effettività della tutela giurisdizionale (8).

La Corte costituzionale si era al riguardo pronunciata nel 1995 stabilendo in maniera chiara e inequivocabile che «la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria (9)».

E questo in virtù del principio che tutti i soggetti di diritto, ivi compresi gli organi di rilevanza costituzionale, sono egualmente tenuti al rispetto della legge.

Questa pronuncia aveva a suo tempo acceso il dibattito sul contenuto e la natura dei poteri cautelari del giudice amministrativo, considerato che l'unico provvedimento cautelare consentito al giudice amministrativo è proprio solo ed esclusivamente la sospensione del provvedimento impugnato e che sue caratteristiche essenziali sono la provvisorietà e la strumentalità (10).

Come è possibile garantire l'esecutività della tutela cautelare e nel contempo rispettare l'interinalità del processo cautelare?

Naturalmente acquista rilevanza l'affermazione dell'autonomia del processo cautelare e della sua valorizzazione, che rafforza la tesi della necessità di una esecuzione della ordinanza (11), proprio per obbedire all'esigenza di assicurare l'effettività della tutela del giudice cautelare.

(8) F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, 2001, 255.

(9) Il testo del ricorso è pubblicato in *Gazzetta Uff.* 5 luglio 1995, *la Serie speciale*, n. 28, 63. La stenza della Corte è pubblicata in *Cons. St.*, 1995, II, 1947.

(10) Per una disamina dei presupposti v. E. BARBIERI, *Sulla strumentalità del processo cautelare amministrativo*, in *Foro amm.*, 1987, 3175 e dello stesso autore *Sull'esecuzione delle misure di tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 747, 750.

(11) V. SALAMONE, *La tutela cautelare nel processo del T.A.R. Catania*, in www.diritto.it/articoli/amministrativo/salamone.sospens.html, 10; G. DI GESU, *Tutela cautelare e risarcitoria nell'affidamento delle Opere Pubbliche*, in www.diritto.it/articoli/amministrativo/digesu.html, 1 ss., 12, laddove si auspica una verifica dell'eventuale danno che anche una breve sospensione possa arrecare all'interesse pubblico alla prosecuzione della procedura, nonché una maggiore attenzione per le esigenze di difesa riguardo ai tempi tecnici necessarie delle amministrazioni dello Stato da parte dell'Avvocatura dello Stato che, in quanto ufficio pubblico è regolato da specifici *iter*. V. Anche A. MONACILIUNI, *I limiti della tutela cautelare nel processo amministrativo*, in www.giust.it/articoli/monacil.sospensive.htm, 2; la stessa Corte costituzionale, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 L. 1034 del 1971 così come novellato dalla L. 205 del 2000, sollevata in riferimento agli artt. 24 e 113 della Costituzione, nonché dell'art. 700 c.p.c. sollevata in riferimento agli articoli 3, 24 e 113 della Cost., dichiara che deve escludersi che la P.A. si trovi in una posizione privilegiata in ordine al sistema delle misure cautelari del processo amministrativo, *ordinanza n. 179 del 2002*, in www.cortecostituzionale.it.

Tuttavia, non può sottacersi che tale autonomia non può essere avulsa dal contesto unitario del processo, in quanto l'importanza centrale che viene conferita al processo cautelare non deve essere il risultato di una visione parziale (12).

Già nel 1982 il Consiglio di Stato si era pronunciato nel senso che l'esecuzione delle misure cautelari non consentiva il formale ricorso al giudizio dell'ottemperanza (13): qualora si fosse presentata necessaria la successiva fase esecutiva, il giudice della sospensione poteva adottare tutti i provvedimenti necessari fino a nominare un commissario *ad acta*, affinché alla sospensione venisse data concreta attuazione, ma non per questo poteva ritenersi che il giudice esercitasse una giurisdizione di merito (14).

La stessa Adunanza plenaria nella suddetta sentenza ammette l'esecuzione di ordinanze di sospensione rimaste di fatto ineseguite, ma non prevede la possibilità di ordinare l'adozione di un provvedimento.

Le conseguenze che ne sono state tratte erano tali che alla luce di tali asserzioni la tutela dell'interesse legittimo oppositivo era garantita appieno, mentre per quanto riguarda l'interesse legittimo pretensivo non poteva dirsi lo stesso, proprio in considerazione del fatto che la giurisdizione di merito viene consentita solo in sede di giudizio di ottemperanza (15).

Proprio in merito alla tutela degli interessi pretensivi si erano formati due indirizzi.

Secondo il primo, al quale aderisce il T.A.R. Sicilia, sez. di Catania (16), il giudice amministrativo nella fase cautelare del processo di legittimità

(12) Sul punto E. BARBERI, *Sulla strumentalità del processo cautelare amministrativo*, in *Foro amm.*, 1987, 3173.

(13) Cons. St., Ad plen., 30 aprile 1982, in *Cons. St.*, 1981, I, 413.

(14) Così almeno una parte della dottrina. Cfr. al riguardo; V. CAIANELLO, *Manuale di dir. Proc. Amm.co*, Utet; A. TRAVI, voce *Sospensione del provvedimento impugnato*, in *Nov. Dog. Disc. pubbl.*, 363 ss.; I.F. CARAMAZZA-F. BASILICA, *Appunti sulla tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Rass. Avv. Stato*, 1992, II, 1 ss.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Giuffrè Editore, 2001; R. VILLALTA, *La corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutelare cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. Proc. Amministrativo*, 1991, 794 ss.; M. RENNA, *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive «strumentali» e tutela cautelare degli interessi «procedimentali» pretensivi*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 1995, 811 ss. Cfr. inoltre la sentenza della Corte costituzionale 8 settembre 1995 n. 419, in *Cons. St.*, 1995, II, 1947, in cui si dichiara che spetta al T.A.R. Lazio, in sede di esecuzione di provvedimenti cautelari, il potere di emettere ordini nei confronti del Consiglio Superiore della Magistratura, mediante gli atti impugnati, e di disporre, in caso di inottemperanza, la sostituzione attraverso la nomina di un commissario *ad acta*.

(15) E. BARBIERI, *Sull'esecuzione delle misure di tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 747, 752.

(16) v. ordinanza 18 maggio 1994, n. 358 e 15 marzo 1995, n. 178, in *Giust. amm. sic.*, 1996, 372.

avrebbe gli stessi poteri che ha in sede di giurisdizione di merito e conseguentemente potrebbe ordinare all'amministrazione l'adozione di tutti i provvedimenti e di tutti i comportamenti ritenuti necessari per soddisfare l'interesse del ricorrente.

Secondo un altro indirizzo, al quale aderisce anche il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana⁽¹⁷⁾, il giudice amministrativo nella suddetta fase cautelare non avrebbe gli stessi poteri che ha in sede di giurisdizione di merito.

Può esclusivamente ordinare all'amministrazione un facere solo a condizione che esso costituisca una conseguenza immediata e diretta della sospensione (esempio tipico: l'ammissione con riserva deve essere compatibile con la natura interinale della misura cautelare); non deve consentire al ricorrente di conseguire un'utilità maggiore di quella che potrebbe ricavare dalla sentenza definitiva, al fine di non rendere inutile quest'ultima, la quale si pone come l'unica istanza in cui si possa accertare la legittimità del provvedimento impugnato e quindi il conseguimento della giustizia nell'amministrazione.

L'indicata divergenza giurisprudenziale ha dato luogo a ripetuti e sistematici annullamenti in appello di ordinanze propulsive che, ad avviso del Consiglio di giustizia, non rispettavano i suddetti limiti.

Il T.A.R. Sicilia sezione di Catania ha sottoposto la questione alla Corte Costituzionale con ordinanza 10 novembre 1995, n. 722⁽¹⁸⁾, avvalendosi delle seguenti affermazioni: il potere esercitabile dal giudice amministrativo in sede cautelare è di natura identica a quella del potere spettantegli in sede di merito e, conseguentemente, deve ritenersi che il giudice della cautela possa spingersi fin dove può quello dell'ottemperanza.

In realtà è opportuno liberare il campo da eventuali equivoci derivanti dal fatto che il termine *merito* ha, come è noto, due diversi significati a seconda che si parli di processo di merito o di giurisdizione di merito.

La locuzione processo di merito è contrapposta a processo cautelare, e sta ad indicare la fase in cui si decide in via definitiva il ricorso, fermo restando che una questione rientrante nella giurisdizione di legittimità resta in tale ambito.

La locuzione giurisdizione di merito è invece contrapposta a giurisdizione di legittimità, e sta ad indicare che il giudice può avvalersi anche di poteri sostitutivi.

Anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 8 del 1° febbraio 1982⁽¹⁹⁾ fa dichiaratamente riferimento al *processo* di merito e non alla *giurisdizione* di merito; il processo di merito è inteso come lo strumento che con-

(17) Ordinanze 18 maggio 1994, n. 358 e 15 marzo 1995, n. 178, in *Giurist. amm. sic.*, 1996, 372.

(18) Ordinanza 10 novembre 1995, n. 722, in *Gazz. Uff. Serie spec.*, n. 34 del 21 agosto 1996.

(19) Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 8 in www.cortecostituzionale.it La suddetta sentenza ha statuito che l'art. 125 Cost. sancisce il doppio grado per la giurisdizione dei Tribunali amministrativi regionali non solo per il processo di merito, ma anche per quello cautelare.

sente di *anticipare*, sia pure a titolo provvisorio, *l'effetto tipico del provvedimento finale del giudice*, che è quello di annullamento, sempre nell'ottica della giurisdizione di legittimità.

D'altronde, la stessa Corte, con successiva sentenza 22 aprile 1991 n. 175 (20), ha precisato che «le sospensioni ammesse dalla giurisprudenza amministrativa, in presenza di dinieghi o di omissioni della pubblica amministrazione... *in nessun caso*,... mirano a fare ottenere quel soddisfacimento dell'interesse sostanziale che solo dall'azione amministrativa può essere realizzato».

Queste erano le problematiche che si agitavano prima della riforma della legge 205 (21).

L'intervento normativo nel suo complesso, nel suo intento di riformare anche la materia dei riti accelerati, non è tuttavia esente da alcune contraddittorietà, scaturenti dal fatto che mentre al giudice adito per le opportune misure attuative si assegnano i medesimi poteri del giudizio di ottemperanza, il quadro normativo della legge ha accentuato i caratteri di strumentalità e provvisorietà, attribuendo in certo qual modo un significato recessivo al provvedimento cautelare rispetto al giudizio di merito (22).

(20) Corte cost., 22 aprile 1991, n. 175 in *Cons. Stato*, 1991, II, 1497.

(21) Per avere una idea dell'acceso dibattito che si è acceso in passato cfr. S. GIACCHETTI, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della P.A. e la foresta di Scherwood*, in www.giust.it/articoli/giacchetti.esecuzione.htm, 9, il quale sancisce che potrebbe ritenersi pericolosa la tesi di conferire al giudice della cautela poteri di merito, perché in contrasto con un ordinamento fondato sui principi della separazione dei poteri, della responsabilità e del consenso, propri di una democrazia avanzata, ad una pubblica amministrazione che potrà anche lavorare male che comunque risponde di ciò che fa sul piano gerarchico, politico-elettorale e giudiziale si avrebbe a sostituire d'autorità un giudice che potrà anche essere illuminato ma che non risponde a nessuno e che, pur se esperto giurista e in perfetta buona fede, non può avere quella conoscenza puntuale e concreta della situazione controversa che ha invece chi da sempre ci vive dentro.

Il danno per il buon andamento della pubblica amministrazione e per il sistema democratico potrebbe essere enorme. Forse è il caso di ricordare che nell'odierno acceso dibattito sulla revisione costituzionale dei poteri del giudice il termine *garantismo* ricorre spesso: ma ricorre in opposizione a *giurisdizionalismo*, come esigenza di garanzia *contro* lo strapotere del giudice: è cioè espressione di un'esigenza sempre più acutamente avvertita dalla coscienza sociale, che potrebbe rendere un *boomerang* l'esigenza diametralmente opposta teorizzata dal T.A.R. Pericolosa perché, in contrasto con un ordinamento fondato sul principio di legalità, si traduce nella creazione di una nuova norma di costituzione materiale attributiva di poteri speciali e innominati al giudice amministrativo in sede cautelare, e cioè con la creazione di una norma rivoluzionaria.

Ma a quest'ultimo riguardo si può osservare che non è detto affatto che la parte debole sia necessariamente il ricorrente. Questo poteva accadere in un sistema fondato sugli interessi oppositivi; ma in un sistema sempre più fondato sugli interessi pretensivi e sul principio dell'assalto alla diligenza, per cui tutti vogliono dai pubblici poteri più di quanto i pubblici poteri possano ragionevolmente dare, non è infrequente che sia proprio l'amministrazione la parte debole.

Cfr. dello stesso autore *Il giudizio di ottemperanza nella giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa*, in www.giust.it/articoli/giacchetti.ottemperanza.htm#8

(22) CINTOLIO F., *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* vo, I, 2002, 65.

Basti considerare l'accentuazione della connessione tra decisione cautelare e di merito, la priorità che la concessione della tutela cautelare comporta nella fissazione della data di trattazione del ricorso nel merito, nonché la introduzione, come nel sistema francese, del pagamento di una sanzione qualora dall'esecuzione del provvedimento possano derivare effetti irreversibili (23).

La *ratio* sottesa al recepimento normativo del diritto giurisprudenziale vivente è quella di garantire il principio di effettività della tutela, considerata momento qualificante della tutela cautelare laddove il momento della cognizione e dell'esecuzione sembrano strettamente collegati.

Si tratta ora di verificare quale significato si deve conferire al contenuto precettivo della norma, tenuto conto che si applicherebbero i principi che la giurisprudenza ha elaborato in materia di ottemperanza.

Questo anche alla luce della giurisprudenza comunitaria (24), nonché dell'art. 113 della Costituzione.

Al giudice amministrativo compete il potere di ingerirsi due volte nell'attività dell'amministrazione: prima imponendo una linea di condotta poi effettuando il controllo su di essa, attraverso la sostituzione coattiva.

La trasformazione del processo amministrativo in processo di accertamento e condanna si completa con l'introduzione di strumenti esecutivi che realizzano, fin dalla fase cautelare, la sostituzione del giudice all'amministrazione, annullando l'idea della radicale separazione tra le due funzioni.

Si assiste, dunque, al progressivo abbandono del modello tradizionale e all'accoglimento del modello dell'integrazione, come già da tanti anni era stato prospettato (25).

(23) Cfr. al riguardo J. BERTHOUD, E. COENT-BOCHARD, V. HAIM, O. YEZNIKIAN, *L'exécution des décisions de justice*, in *AJDA*, 864 ss. Più in generale J. WOEHRLING, *La réforme du contentieux administratif vue des tribunaux administratif de premiere instance*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 842 e sulla Legge n. 2000/597 del 30 giugno 2000 relativa ai *référé* davanti alle giurisdizioni amministrative, C. SILVESTRI, *Il sistema dei référés*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 9 ss.; G. PALEOLOGO, *Modo di lavoro dei consigli di stato italiano e francese in sede giurisdizionale*, in *Estratto dal volume «I consigli di stato di Francia e d'Italia, a cura di Giovanni Paleologo»*, Giuffrè, 1998, 15. Per una panoramica sul processo amministrativo tedesco v. W. HEILEK, *Cenni sulla giustizia amministrativa in Baviera/Germania*, in www.diritto.it/articoli/amministrativo/heilek.htm, 1 ss.

(24) Corte di Giustizia CE, 19 giugno 1990, n. 213, caso *Factortame*, in *Foro it.*, 1990, VI, c. 498. Cfr. al riguardo G. BARBAGALLO, *Influenze dell'ordinamento comunitario sulla tutela giurisdizionale*, in *Sovranazionalità europea: posizioni soggettive e normazione*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 2000, 32 nonché E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in www.giust.it/articoli/casetta.trasformazioni.htm p. 2, in cui si fa riferimento alle decisioni del caso *Zuckerfabrik*, 21 febbraio 1991, C-143/88 e C-92/89 e del caso *Atlanta*, 9 novembre 1995, C-465/93, dove si enuncia il principio in base al quale la tutela non può limitarsi alla sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato, potendosi estendere alla concessione di misure positive.

(25) M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Atti del XXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, 17-19 settembre, Milano, 1983, 83; A. SCOLA, A. TRENTIN, *Il nuovo processo amministrativo*, Maggioli, 2 ed. 2002, 66.

I problemi potrebbero continuare a sussistere in ordine ai limiti di ammissibilità delle ordinanze cosiddette *propulsive*, che per quanto adottate in sede di giurisdizione generale di legittimità costituiscono esercizio di strumentalità cautelare e non si limitano a sospendere l'efficacia dell'atto impugnato ma ordinano anche all'amministrazione l'adozione di provvedimenti o comportamenti ulteriori a diretta tutela dell'interesse sostanziale del ricorrente.

In base all'orientamento maggioritario mancava qualsiasi elemento per poter sostenere che nel diritto vivente fosse posto il principio che il giudice cautelare avesse gli stessi poteri del giudice dell'ottemperanza (26).

La stessa Adunanza plenaria, con la sentenza n. 6/1982, ammette l'esecuzione di ordinanze di sospensione rimaste di fatto inesequite, ma non prevede affatto la possibilità di ordinare l'adozione di un provvedimento.

Poco prima dell'entrata in vigore della legge 205/2000 il Consiglio di Stato si era pronunciato, confermando un precedente orientamento (27) con ordinanza 30 maggio 2000 n. 2586, nel senso che, in caso di annullamento di diniego questo potesse essere fatto solo con sentenza e non ordinato all'amministrazione, dimostrando una certa propensione per la sospensiva *tout court*, coincidente con il soddisfacimento della pretesa del ricorrente (28).

Oggi è un dato assolutamente acquisito che la tutela cautelare non vada circoscritta alla sospensione dei provvedimenti positivi, ma anche a quelli negativi, alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale, al fine di evitare che ad un intero settore di interessi legittimi come quello degli interessi pretensivi, venga apprestata una tutela parziale e inadeguata (29).

È, dunque, evidente come la legge n. 205 segni la emersione sul piano processuale degli interessi legittimi pretensivi e che si stia delineando una Amministrazione che esercita i suoi poteri che non solo incidono negativamente, ma che emanano provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del destinatario (30).

La vicenda delle ordinanze propulsive culmina nella recente ordinanza del Consiglio di Stato, la n. 253 del 9 gennaio 2001, che riconosce senza

(26) Cfr. sul punto S. GIACCHETTI, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali...*, cit.

(27) Cons. Stato, V, 21 giugno 1996, n. 1210, in *Sospensive*, 6530.

(28) G. SAPORITO, *Sospensive di provvedimenti negativi: cosa si può imporre all'amministrazione?*, in www.giust.it/cds1*cds52000-2586.htm, 2.

(29) Sul dibattito relativo alla questione prima della L. 205 del 2000 cfr. A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Diritto cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1990, 331; A. DI CUIA, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel processo amministrativo*, in www.us.untn.ot/cardoza/Obiter.dictum/dicui.html, 28.

(30) Si tratta della distinzione classica tra *Eingriffsverwaltung* e *Leistungsverwaltung*. Cfr. al riguardo M. CLARICH, *Introduzione al commento alla legge 21 luglio 2000 n. 202 di riforma del processo amministrativo*, in www.diritto.it/articoli/amministrativo/clarich.html, 5.

mezzi termini una equiparazione tra giudicato cautelare (o giudicato a formazione progressiva per usare una terminologia risalente a Nigro) (31) e giudicato vero e proprio, con conseguente attrazione nell'ambito delle misure attuative dell'intero regime dell'ottemperanza, che viene definita ottemperanza cautelare (32).

Non si può nascondere, tuttavia, una certa perplessità che deriva proprio dalla valorizzazione interpretativa dell'art. 3 della legge 205/2000.

È evidente come la cautela nei confronti dei provvedimenti negativi implichi un'attività sostitutiva del giudice amministrativo, in quanto è volta ad anticipare gli effetti favorevoli per il ricorrente.

Nell'ipotesi, ad esempio, dell'ammissione con riserva ad una prova orale di un concorso, il rigetto della domanda finale dovrebbe comportare la caducazione della misura cautelare; così come può portare alla medesima conclusione la connotazione pretensiva dell'interesse legittimo conferita a chi richiede un'autorizzazione ambientale o la tensione verso un bene della vita in genere (33).

Ora, tuttavia, nel nuovo processo amministrativo alla accentuazione dell'importanza dell'esecuzione della fase cautelare si accompagna un fenomeno recessivo della stessa.

Innanzitutto, la fase esecutiva, lungi dall'essere autonoma rispetto a quella cautelare, è strettamente correlata a quella cautelare, anzi si pone come una manifestazione del medesimo giudizio. In secondo luogo la l. 205 fa esplicito ricorso a forme alternative di strumenti di protezione della situazione giuridica soggettiva del ricorrente, come la risarcibilità dei danni e la conseguente possibilità di comminare la cauzione all'Amministrazione la quale assicurerebbe così l'eventuale obbligazione risarcitoria con un impegno di carattere finanziario. Infine, nuova configurazione legislativa del giudizio abbreviato *ex art. 23-bis*, il quale prevede in determinate materie uno spazio applicativo molto ridotto della *sospensiva*, potendo il giudice chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, fissare la data di fissazione nel merito qualora accerti la completezza del contraddittorio e la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* (34).

Tutto ciò potrebbe realizzare un vero e proprio ridimensionamento della portata applicativa sia della misura cautelare, sia delle misure esecutive stesse.

(31) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 228.

(32) Cons. Stato, ord. 9 gennaio 2001, n. 253, in *Cons. Stato*, 2001, I, 120. Critico è F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*vo, I, 2002, 87 e dello stesso autore, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. app.*, 2001, 237 ss.

(33) Cfr. al riguardo G. SORRENTINO, *Il Giudice amministrativo, per la tutela cautelare, riunifica il potere distribuito tra più organi competenti in materia ambientale*, in *Diritto processuale amministrativo*, I, 1995, 155.

(34) Sul punto N. SAITTA, *Riti abbreviati e tutela cautelare: un passo indietro?*, in www.giust.it/articoli/saittan-tutela-cautelare.htm, 7.

Il sistema francese potrebbe dare uno spunto in tal senso, considerato che in tale ordinamento la problematica relativa all'esecuzione delle *mesures d'urgence* è appena accennata nel dibattito dottrinale⁽³⁵⁾, sia perché il ricorso alla cauzione ha fino ad ora dato buoni risultati, sia perché l'utilizzo della *suspension d'exécution* rimane alquanto circoscritto.

Vero è che l'introduzione della legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 relativa ai *référé* davanti alle giurisdizioni amministrative potrebbe cambiare la situazione, in quanto ha potenziato la tutela cautelare che, di fatto, era rimasta poco attuata.

È curioso vedere come, mentre la legge 205 tenta di porre un argine al successo della tutela cautelare, di cui l'attuale processo amministrativo è in parte *vittima*, nell'ordinamento francese assistiamo ad un fenomeno quasi contrario.

Considerato che il dato normativo non affronta il problema che scaturisce da una equiparazione tra ordinanza propulsiva e sentenza, può darsi che lo strumento migliore per evitare possibili storture sia proprio l'uso della cauzione.

L'art. 3 della legge 205 del 2000 ha infatti introdotto nel processo amministrativo la possibilità di subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare richiesta dal ricorrente alla prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, e ciò sulla base della possibilità che il T.A.R. ha ora di conoscere le pretese di risarcimento danni derivanti dal comportamento illegittimo della P.A.⁽³⁶⁾

È possibile, comunque, asserire con sicurezza che nel nostro ordinamento è ora possibile rinvenire un disfavore legislativo nei confronti della consolidazione dell'assetto di interessi sulla base dell'ordinanza cautelare, in quanto la spinta innovativa è ormai tutta proiettata verso l'accelerazione del processo di merito e in ogni caso verso l'esecuzione coattiva della pronuncia della sentenza di primo grado, che è comunque emanata sulla base di una cognizione piena⁽³⁷⁾.

L'arretramento dei poteri dell'ottemperanza proprio all'emanazione della sentenza esecutiva in primo grado, nonché la maggiore accentuazione

(35) R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9 ed., 2001, 1036.

(36) F. BRUNETTI, *Brevi note in tema di cauzione nel nuovo processo amministrativo*, in www.giust.it/articoli/brunetti.cauzione.htm, 2.

(37) Sul tema G. AVANZINI, *L'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato tra diritto positivo ed effettività della tutela*, in *Giur. cost.*, 1990, 1251 ss., sulla pronuncia della Corte Costituzionale 12 dicembre 1998, n. 406 che ha rigettato la questione di incostituzionalità dell'art. 37 L. 1034/1971, dell'art. 27 comma 1 n. 4 R.D. 1054/1024 e degli artt. 90 e 91 R.D. 642/1907 nella parte in cui prevedono che il giudizio di ottemperanza possa essere proposto esclusivamente avverso le sentenze già passate in giudicato; C. CAVALIERI, *L'esecuzione delle sentenze di primo grado ex art. 10 L. 205/2000: una estensione del giudizio di ottemperanza o speciale procedimento cautelare in pendenza del ricorso in appello?* in www.giust.it/articoli/calvieriesecuzione.htm; G. VERDE, *Attività del principio nulla executio sine titulo*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 963 ss.; B. GRAZIOSI, *Giudizio di ottemperanza ed esecuzione delle sentenze di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 451 ss.

di un concetto di giudicato a formazione progressiva, potrebbe risolvere, in termini deflattivi, la problematica dell'ottemperanza cautelare, oltre che porre un freno alla cosiddetta cautelarizzazione del processo amministrativo.

Né d'altronde può sottacersi che la preferenza, accordata al momento acceleratorio verso la definizione del giudizio rispetto al momento cautelare, è stata da sempre perseguita dal legislatore, che già nel lontano 1978 con la legge n. 1, all'art. 5, in materia di opere pubbliche, aveva assegnato al giudice il termine massimo di quattro mesi per la discussione del ricorso e limitato a solo sei mesi la durata del processo cautelare.

Ora, la stessa Corte costituzionale, con la recente pronuncia n. 179 del 2002 (38), ha dichiarato che nel processo amministrativo la tempestività e la effettività della tutela anche cautelare sono ormai completamente assicurate.

Al fine, dunque, di risolvere potenziali conflitti e soddisfare le esigenze di un processo giusto e tempestivo, ma nello stesso tempo garantista e con ampi poteri di cognizione e di esecuzione, parrebbe opportuno avvalersi del criterio della natura delle cose (39), che suggerisce di utilizzare le esperienze dell'epoca in cui il giurista è chiamato ad operare, mantenendo un'adeguata aderenza alla realtà.

AVV. MARIA VITTORIA LUMETTI

(38) Ordinanza della Corte cost. n. 179 del 2002, in www.cortecostituzionale.it già alla nota n. 10.

(39) Per approfondimento cfr. F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*vo, I, 2002, 63, nonché, citati dallo stesso autore: MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Prefazione, *Classici politici*, a cura di S. COTTA, Torino, 1952; F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina degli appalti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1997, 39; G. DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 736.

RECENSIONI

GIUSTINA NOVIELLO, PAOLO SORDI, ENNIO ANTONIO APICELLA, VITO TENORE (con coordinamento di GIUSTINA TENORE), *«Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso»*, dopo il testo unico sul pubblico impiego, II ed., Milano, 2001, con prefazione dell'Avvocato Generale dello Stato PLINIO SACCHETTO.

Giunge alla seconda edizione questo apprezzato volume, curato da quattro studiosi di eclettica estrazione intermagistratuale, che per i suoi vasti ed aggiornati richiami giurisprudenziali e dottrinali si colloca come un sicuro punto di riferimento per avvocati, magistrati, studiosi e per i pubblici dipendenti addetti al contenzioso del lavoro presso la pubblica amministrazione.

L'art. 68 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, oggi art. 63, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (testo unico sul pubblico impiego) ha devoluto al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, la quasi totalità delle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in precedenza spettanti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Inoltre la difesa della pubblica amministrazione, per la maggior parte delle controversie lavoristiche, viene attribuita ai suoi stessi dipendenti, che dovranno affrontare in prima persona l'udienza (art. 417-bis c.p.c.) in luogo dell'Avvocatura dello Stato o di avvocati interni ed esterni.

La novella legislativa pone rilevanti problemi di carattere giuridico e di riconversione professionale per avvocati, magistrati e, soprattutto, per i pubblici dipendenti in precedenza addetti ai tradizionali e preesistenti «uffici del contenzioso».

Il volume, alla luce del recente testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. n. 165 del 2001) e dell'accordo quadro su conciliazione e arbitrato del 23 gennaio 2001, tende a fornire un lineare quadro di riferimento sulle modifiche sostanziali e processuali intervenute nel contenzioso lavoristico contro la pubblica amministrazione alla luce dell'ormai vasta produzione giurisprudenziale e dottrinale. Di entrambe il testo da conto puntualmente, senza tuttavia ridursi a mera esposizione delle varie tesi contrapposte. Al contrario,

su ogni questione di rilievo, esso prende, meditatamente, posizione, sì da inserirsi con piena dignità ed autorevolezza scientifiche nel dibattito sulla materia. Oltre ai doverosi richiami normativi, giurisprudenziali e dottrinali, il volume analizza l'udienza innanzi al giudice del lavoro e i relativi incompetenti processuali.

Il testo offre inoltre utili suggerimenti sulle tecniche di redazione degli atti defensionali e sulla impostazione della difesa della pubblica amministrazione, mutuati dall'esperienza dell'Avvocatura dello Stato. Vengono infine prospettate alcune soluzioni per la migliore organizzazione degli Uffici per la gestione del contenzioso del lavoro.

Il manuale, nell'ormai ampio panorama degli studi dedicati al contenzioso del lavoro pubblico, si caratterizza per la attenta ricognizione di tutta la giurisprudenza intervenuta in materia, basilare referente per tutti gli operatori del settore.

Il testo è completato da un'ampia appendice contenente le decisioni della magistratura del lavoro sulle più attuali questioni) e da una raccolta dei testi normativi rilevanti, tra cui il predetto testo unico del 2001.

CONS. FILIPPO CURCURUTO

Consigliere della sezione lavoro della Corte di Cassazione

* * *

VITO POLI, VITO TENORE, «***I procedimenti amministrativi tipici e il diritto di accesso nelle forze armate***» (nella giurisprudenza delle magistrature superiori), *presentazione del Capo di Stato Maggiore della Difesa, Milano, 2002, pp. 743, prezzo 50 euro.*

L'accurato ed aggiornato studio monografico, curato da due magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, colma una rilevante lacuna editoriale, fornendo, alla luce dei più autorevoli apporti giurisprudenziali e dottrinali, sia un aggiornato studio riguardo all'incidenza della legge 7 agosto 1990 n. 241 sull'attività dell'amministrazione militare, che un'approfondita trattazione dei principali procedimenti amministrativi delle forze armate (accesso agli atti, procedimenti disciplinari, trasferimenti, sospensioni cautelari, valutazioni in sede di avanzamento, reclutamento del personale, valutazioni sull'uso di stupefacenti da parte di militari, etc.).

Il testo, attraverso l'analisi puntuale della ristrutturazione dell'amministrazione militare (capitolo I), delle norme sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso (capitoli II e III) e dei più rilevanti procedimenti tipici (capitoli IV-VII), costituisce non solo un saggio scientifico di diritto amministrativo militare, ma anche un alto contributo manualistico al percorso di formazione accademica e di aggiornamento istituzionale del personale militare (ufficiali e sottufficiali), ed un utile referente — ricco di segnalazioni giu-

risprudenziari e dottrinali — per una migliore comprensione e risoluzione, da parte degli uffici amministrativi delle forze armate, delle questioni giuridico-amministrative poste dalla realtà quotidiana.

Il saggio, per l'autorevolezza degli autori, l'aggiornamento delle fonti normative ed il taglio volutamente concreto e «giurisprudenziale», rappresenta, infine, un valido ausilio per gli avvocati interessati al contenzioso militare, per magistrati amministrativi, per gli addetti agli uffici relazioni con il pubblico (u.r.p.) e per il personale addetto agli uffici del contenzioso delle amministrazioni militari.

Il volume è completato da una utile appendice normativa, che offre al lettore i principali referenti normativi che disciplinano i procedimenti amministrativi tipici delle forze armate.

Degli stessi autori è imminente l'uscita di un aggiornato codice delle leggi amministrative rilevanti per la gestione dei procedimenti tipici delle forze armate.

AVV. ENNIO ANTONIO APICELLA
Avvocato dello Stato

SERVIZI INFORMATICI E STATISTICI

DOMANDE DA PORSI QUANDO SI CERCA IN UNA BANCA DATI GIURIDICA

«Per un avvocato i fatti esistono per essere sfidati (...) Questa mela non è una mela. Winsler ricordava le sagge parole del suo *tutor* alla scuola di giurisprudenza di quarant'anni prima mentre il grand'uomo estraeva una mela verde dagli abissi della sua giacca lisa e la brandiva davanti a sé per farla ispezionare a un uditorio prevalentemente femminile: «Può *sembrare* una mela, ragazze, può avere *l'odore* di una mela, la *consistenza* di una mela» — insinuante — «ma *tintinna* come una mela?» — e prende da un cassetto della cattedra un vecchio coltello per il pane e colpisce. La mela si trasforma in una pioggia di gesso.»(1)

Oggi è ancora possibile *colpire* la mela con un coltello e sfidare così i fatti?

Oggi è ancora valido il metodo induttivo per cui da un certo numero di casi particolari si arriva a una conclusione valida per una ben maggiore estensione di casi?

La premessa per cui tali possibilità siano ancora valide è che il teatro di gioco sia quello da sempre conosciuto, quello di cui i protagonisti ricordano le misure, le asperità, gli echi, in una parola le regole e tutte le possibilità che quelle regole permettono.

Ma i protagonisti di oggi conoscono ancora il teatro di gioco?

Oltre che sull'esperienza la cognizione delle regole si basa sulla possibilità di venire a conoscenza di tutte le variabili che, nel tempo, interferiscono nel campo.

Per cui la possibilità per i protagonisti di continuare a conoscere il teatro di gioco è avere la continua opportunità di accesso a tutti gli elementi che entrano in campo e modificano le regole.

Oggi gli addetti in campo giuridico hanno questa opportunità?

La risposta, teorica, è senz'altro affermativa.

Ma la risposta empirica è coincidente con quella teorica?

Cioè in pratica questa opportunità è reale ed effettiva o, invece, è solo *in fieri*?

Vediamo allora, per cercare di trovare una risposta empirica, come in effetti funziona questa opportunità.

Quando parliamo di opportunità di essere aggiornati *in tempo* reale delle modifiche delle regole in campo giuridico parliamo senz'alcun dubbio di aggiornamento in rete.

Ora ci sono due modi per entrare nella rete:

Il primo è quello di entrare «nella rete e immagino di avere le stesse sensazioni di un antico romano che entra nella Biblioteca di Alessandria. Lì c'è tutto, o quasi, ma può anche essere molto difficile trovare quello che cerco. Da ciò scaturisce quello che ritengo uno degli aspetti (...) più interessanti nell'utilizzo della rete: l'addestramento a cercare l'informazione con strategie articolate ed efficaci; la possibilità di favorire il passaggio (...) da fruitore passivo di informazioni preconfezionate da media di ogni genere a cacciatore attivo di informazione. Lo sviluppo di abilità critiche e progettuali (...). La possibilità (...) di raffinare la ricerca con una sorta di ragionamento diagnostico con inclusioni ed esclusioni (...) la possibilità di personalizzare le strategie di ricerca» (2);

Il secondo è quello del faraone che «rimproverò Toth per aver inventato la scrittura, perché, sosteneva, minacciava di distruggere la memoria (...). Qualunque spostamento della sede della memoria sembra turbare profondamente l'uomo e ovviamente ogni tecnologia comporta una dislocazione di questo tipo: l'invenzione della scrittura ha trasferito la memoria dal corpo al testo (...) quando la memoria e l'elaborazione dell'informazione (ossia il pensiero) mutano sede (...) è per fare qualcosa di nuovo (...) così l'invenzione dell'alfabeto ha reso possibile il pensiero individuale» (3) così ora la creazione della rete ha dislocato la memoria collettiva in un non luogo diffuso e immateriale su tutto il globo che trascende l'insieme delle somme di tutti i dati in esso presenti che l'interazione dei dati supera la semplice addizione per l'intrecciarsi degli stessi in plurime modalità connettive.

La prima modalità considera la rete un luogo dove cercare, la seconda come una memoria da esplorare. Questa questione, che può sembrare teorica, implica invece una differenziazione di base dal momento che anche i siti si distinguono in siti di luogo e siti di memoria.

Perché il problema di fondo della rete è la sua estensione. Ma estensione di che? Estensione in che senso? È cioè un'estensione spaziale o un'estensione di memoria?

In campo giuridico è un'estensione di tutte le norme e le giurisdizioni o un'estensione nelle norme e nelle giurisdizioni?

Sembra un paradosso, ma non lo é. Data l'enorme estensione delle norme e delle giurisdizioni è fondamentale capire se navigando in tale mole s'intravede la possibilità spaziale di percorrerla tutta per giungere al risultato o non si può far altro che percorrere mappe prefissate per cercare l'approdo desiderato.

Quando sfoglio una rivista cartacea so cosa cerco, so come cercarlo, mi fermo al punto voluto, secondo sistemi di ricerca universalmente riconosciuti e soprattutto dati una volta per sempre.

Quando invece sfoglio una ricerca in rete cosa sfoglio?

Pagine scelte da me o da chi ha creato quei percorsi?

Un utente tempo fa mi chiedeva: ma non sarà limitante cercare in un universo predeterminato, scelto da altri?

Cioè, in pratica, non saranno i compilatori dei repertori a fare la giurisprudenza, e non certo in nome del popolo italiano? Altri mi chiedevano invece: ma la possibilità casuale di trovare proprio la sentenza che fa al caso mio non viene così perduta?

Io d'altronde mi sono posto spesso, navigando, un'altra domanda: ma in rete quante volte devo imparare a leggere?

Una volta imparato l'alfabeto arabo da sinistra a destra, l'indicizzazione cronologica e quella un po' più soggettiva dei *thesaurus*, non dovevo più andare a scuola di lettura.

In rete invece ogni sito, ogni rivista *on line*, ha le sue regole di lettura — anche cangianti nel tempo — e devo continuamente imparare a leggere i vari sistemi di lettura che i creatori di siti di continuo, per legge di concorrenza, s'inventano.

E singolarmente ad ogni sistema di lettura ottengo risultati di ricerca diversi, per cui ho cominciato a farmi la confusa domanda: ma la legge in rete è la legge della rete?

Chi mi conduce cioè ai risultati se le modalità d'interrogazione mutano ad ogni carta che navigo?

Chi determina i percorsi se quello che trovo cambia mutando l'ordine degli addendi?

Non è che ormai la giurisprudenza suprema è quella delle scelte editoriali?

Domande senza risposte perché se il mezzo è nuovo anche i conduttori sono costretti a navigare a tentoni.

Vediamo un esempio: ho scelto una questione di appalto, i titoletti della massima recitano: Appaltatore & Diritto & Obbligo & Danno & Terzo.

I risultati in due diverse banche dati sono rispettivamente:

1° data base:

2425 precedenti alla parola Appaltatore;

134 precedenti aggiungendo la coppia di parole Diritto & Obbligo;

39 precedenti aggiungendo la parola Danno;
15 precedenti aggiungendo la parola Terzo.

2° data base:

1715 precedenti alla parola Appaltatore;
37 precedenti aggiungendo la coppia di parole Diritto & Obbligo;
10 precedenti aggiungendo la parola Danno;
2 aggiungendo la parola Terzo.

Cosa determina questa differenza?

La differenza è determinata dall'intervento umano: le massime usano, e non potrebbe essere altrimenti essendo create da uomini dissimili, parole non sempre coincidenti. Per cui quando diciamo che la Legge in Rete è la Legge della Rete non parliamo di un complotto di qualcuno, o peggio di qualcosa, ma dell'esistenza di un meccanismo interagente di uomini e macchine che determina una realtà aldilà di qualsiasi volontà.

Come reagire a questo stato di fatto? Dobbiamo considerarla una «trasformazione antropologica che ha il suo perno proprio sul (...) processo di spersonalizzazione che alla fine potrebbe implementare la trasformazione della nostra specie in un unico organismo interagente: un animale planetario, o un gigantesco computer biologico, *una collettività di cervelli collegati tra di loro.*» (4)

O pensare che sia un'esagerazione? Ma d'altronde vediamo come Turani nella *Repubblica* del 24 febbraio 2002 definisce «la premessa che il mercato (cioè l'insieme delle centinaia di migliaia di persone che tutti i giorni comprano e vendono titoli, obbligazioni, valute, ecc.) abbia, attraverso vie misteriose, una sua intelligenza, una sua capacità di vedere "oltre"».

Come sfuggire a questa sorta di intelligenza collettiva che ci plasma? Agamben suggerisce una possibilità: «l'esilio permette di pensare una via d'uscita (...). Con un ardito rovesciamento, la vera essenza (...) dell'uomo non consiste più nella semplice iscrizione in una comunità data, ma coincide piuttosto con quell'elemento inquietante che Sofocle aveva definito "superpolitico-apolide".» (5) cioè io *soggetto della rete*, per sfuggire ai percorsi prefissati, mi pongo *in esilio* dalle regole di consultazione, scelgo volta per volta da vero *superpolitico-apolide* le modalità d'interrogazione, le sintassi di ricerca, le strategie di navigazione e solo così m'impossesso della carta del mondo ridiventando *soggetto della ricerca*. Ribadendo «La necessità di essere presente al gioco (...) per riappropriarsi (...) di una cittadinanza a pieno titolo che chiede continuamente di progettare e di riconfigurare ciò di cui si fa esperienza» (6)

«Quando gli uomini riacquisteranno di nuovo un rapporto diretto con il prodotto del loro lavoro si assumeranno anche con gioia quella responsabilità del lavoro che oggi non hanno» (7).

Il *cercatore in esilio* è quindi il navigatore che ha capito come Starnone che il mezzo elettronico dà «una sorprendente mancanza di controllo sulla scansione delle sequenze. (...) La macchina mi ha piegato alle leggi del suo funzionamento, mi ha abbagliato con la sua velocità, con le sue strepitose prestazioni. (...) Il testo del computer è abbagliante ma ingannevole, quello cartaceo è opaco ma sincero.» (8)

Per cui occorre «reimpastare innanzitutto dentro di noi il vecchio e il nuovo.» (8) Per evitare che i «mutamenti (...) ci cambino in profondità.» (8)

Perché il pericolo «che incombe ora (...) ha frammentato la nostra psiche e ci ha reso schiavi della velocità» (9) facendoci correre «il rischio di una perdita della capacità di sintesi e degli strumenti culturali necessari per esprimere la propria identità e la propria conoscenza.» (10)

Sembra un'esagerazione, ma se sintetizziamo l'allarme di Blonsky e Desnoes nel concetto di «perdita di controllo» ci accorgiamo che quest'espressione fotografa la situazione in cui operiamo le ricerche giuridiche. La necessità della velocità e l'immediatezza delle risposte telematiche non ci lasciano il tempo di porci né domande né dubbi per cui siamo sempre più dipendenti da un mezzo che, come spiegavo prima, è teleguidato — e non può essere altrimenti data la mole dei dati e le necessità della concorrenza — dalle scelte editoriali.

Per evitare di farsi impostare da altri le possibili scelte processuali occorre sfuggire alle maglie dei percorsi prefissati dai siti editoriali che predefiniscono le modalità e le vie della ricerca e impongono risultati giurisprudenziali obbligati.

Da qui il senso del percorso evocato da Agamben: scegliere l'identità di *cercatore in esilio* per divenire *soggetto della ricerca* perché «farsi soggetto di costruzione del sapere vuol dire finalmente a pieno titolo farsi artefice del mondo» (11)

DOTT. TOMMASO CAPEZZONE

BIBLIOGRAFIA

- (1) JOHN LE CARRÈ, *Single & single*, Feltrinelli.
- (2) MARIA D'AMBROSIO, *L'agire narrativo: verso la costruzione di un tessuto «logico-sensoriale»* in *Orizzonti multimediali della formazione*, Napoli, Liguori, 1999.
- (7) W. REICH, *Psicologia di massa del fascismo*, Milano, Mondadori, 1974.
- (10) A. SAINATI, *Supporto, soggetto, oggetto: forme di costruzione del sapere dal cinema ai nuovi media*, 1998.

WEBGRAFIA

- (2) PAOLO RENZI, *Favorisce la caccia, di conoscenza.*
- (3) DERRICK DE KERCKHOVE, *Telèma*, 1998.
- (4) FRANCO PRATTICO, *L'insegnante del duemila sarà un navigante del sapere.*
- (5) GIORGIO AGAMBEN, *Politica dell'esilio.*
- (8) DOMENICO STARNONE, *Una macchina portentosa, fatata che ti abbaglia e riesce a cambiarti.*
- (9) MARSHALL BLONSKY, EDMUNDO DESNOES, *Non basta più fare o pensare, bisogna apparire, se no scomparsi.*

LA BANCA DATI PROFESSIONALE DELL'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO

La banca dati professionale dell'Avvocatura dello Stato è stata realizzata dal Raggruppamento di imprese che assunto l'appalto della realizzazione del Nuovo Sistema Informativo.

Ad esso ha lavorato la dottoressa Livia Golisano della Unisys Italia S.p.a., supportata dal personale tecnico impegnato nel progetto.

La realizzazione della banca dati è stata preceduta da una fase di analisi alla quale hanno collaborato gli avvocati dello Stato a suo tempo incaricati, al fine di precisare in dettaglio le specifiche esigenze dell'Istituto in modo che l'applicazione fosse il più possibile rispondente alle necessità operative e professionali degli avvocati dello stato.

La banca dati è ora attiva e contiene un certo numero di pareri del Comitato Consultivo, nonché vari atti defensionali; essa sarà alimentata anche con l'apporto delle Avvocature Distrettuali, dalle quali è consultabile attraverso la rete geografica dell'Avvocatura.

L'applicazione resterà in gestione al fornitore durante tutto il tempo di completamento del progetto relativo al Nuovo Sistema Informativo; successivamente la gestione sarà assunta direttamente dall'Avvocatura che vi provvederà con i propri tecnici.

Per la segnalazione di eventuali malfunzionamenti è utilizzabile il numero telefonico del Presidio 263 (dott. Livia Golisano), ovvero il servizio assistenza che opera anch'esso presso il Presidio e risponde al numero telefonico 520.

Come si cerca nella banca dati professionale dell'Avvocatura dello Stato

Contenuto e funzioni della banca dati professionale

La banca dati professionale contiene il testo integrale degli atti defensionali e dei pareri ritenuti di interesse generale.

Essa è stata pensata con l'obiettivo di consentire agli avvocati dello stato di mettere a disposizione dei colleghi quel prezioso patrimonio di esperienza e di professionalità che è il risultato di anni di attività e di studio, al fine di migliorare la qualità del servizio reso per l'istituto e di curare al meglio l'interesse pubblico.

La banca potrà diventare utile strumento di ausilio professionale non solo per gli avvocati, ma anche per lo stesso vertice dell'Istituto che disporrà costantemente della possibilità di verificare la linea assunta dall'Avvocatura nelle principali questioni contenziose e consultive.

Documenti presenti nella banca dati professionale e relativi attributi

La banca dati professionale contiene i testi integrali degli atti e dei pareri, ricercabili per parola testuale.

I documenti sono anche corredati di informazioni ulteriori che costituiscono attributi dei documenti e sono utilizzabili a loro volta come canale di ricerca.

Le predette informazioni sono in larga parte recuperabili dalla base dati gestionale, e possono essere divisi in due gruppi:

A) *Attributi identificativi del documento e dell'affare cui esso si riferisce*: numero e tipo di affare, avvocatura di pertinenza, nome avvocato, nomi delle parti difese e non difese, estremi identificativi del documento (estremi di protocollo della lettera, estremi di registrazione dell'atto notificato o depositato).

B) *Attributi descrittivi della questione giuridica*: riferimento normativo, schema di classificazione (per l'individuazione della materia), titolo mobile, eventuale massima.

Modalità di selezione dei documenti da inserire nella banca dati

La banca dati professionale è orientata al servizio dell'avvocato dello stato, il quale — oltre alla possibilità di consultare la banca dati — ha anche l'opportunità di formarla con il proprio contributo, proponendo direttamente i propri atti defensionali e pareri per l'inserimento nel sistema.

Gli atti e pareri di cui avvocati propongono l'inserimento verranno trasmessi — attraverso la rete di trasmissione dati — in un'area di «anticamera» per essere visionate da uno o più «selettori», i quali — riscontrata la rilevanza, la non ripetitività del documento rispetto ad altri già presenti, nonché la completezza delle informazioni di corredo — disporranno l'inserimento in banca dati.

La soluzione sopra esposta offre il pregio di decentrare l'iniziativa del reperimento dei documenti valutabili ai fini dell'inserimento, valorizzando il libero apporto degli avvocati, senza perdere il vantaggio di affidare ad un organismo unitario la selezione e l'inserimento del materiale proposto con criteri omogenei.

La ricerca

La consultazione della banca dati è fondata su modalità di interrogazione intuitive e si avvale anche dell'ausilio di strumenti di guida.

Oltre alle ricerche per parola testuale è possibile effettuare la ricerca sugli attributi identificativi del documento e dell'affare cui esso si riferisce (numero e tipo di affare, avvocatura di pertinenza, nome avvocato, nomi delle parti, estremi identificativi del documento), nonché sugli attributi descrittivi della questione giuridica (riferimento normativo, schema di classificazione, titolo mobile, eventuale massima).

I documenti che costituiscono il risultato di una ricerca possono essere accantonati e, con un unico comando, è possibile effettuare la memorizzazione sul PC o la stampa.

Ciascun avvocato inoltre ha la possibilità di memorizzare e conservare, in un'area personale gli estremi delle ricerche più frequenti in modo che — interrogando periodicamente la banca dati — possa tenersi sempre al corrente delle novità intercorse.

La ricerca dei documenti dell'Avvocatura

I documenti archiviati nella banca dati professionale della Avvocatura Generale dello Stato sono disponibili in modalità Web a tutti gli utenti abilitati.

Ciò significa che, tramite il browser *Internet Explorer*, è possibile accedere alle informazioni registrate nella suddetta banca dati.

Il menù permette di accedere ad un certo numero di funzionalità che saranno descritte in dettaglio nei paragrafi successivi.

La stringa di ricerca in base alla quale ricercare i documenti ha due interfacce disponibili:

- la maschera di *ricerca semplice*;
- la maschera di *ricerca avanzata*.

La maschera di ricerca semplice

Tramite la maschera di ricerca semplice è possibile effettuare la ricerca di un documento riempiendo almeno un canale di ricerca tra i seguenti campi:

- anno affare (formato 4 cifre);
- numero affare;
- numero protocollo;
- data protocollo;
- data inserimento documenti in banca dati;
- numero (riferimenti normativi);
- anno (riferimenti normativi);
- articolo (riferimenti normativi).

Nei campi data protocollo e data inserimento è possibile la ricerca per intervallo di valori.

Occorre inserire solo la prima data per ricercare documenti protocollati con data uguale o posteriore a quella indicata.

Occorre inserire solo la seconda data per ricercare documenti protocollati con data uguale o anteriore a quella indicata.

Volendo cercare solo i documenti protocollati in una specifica data ripeterla in entrambe i campi.

Analoghe considerazioni valgono per la *data di inserimento* dei documenti nella banca dati.

I campi di seguito elencati sono inseriti mediante scelta da menù a tendina:

- avvocatura;
- tipo affare;
- tipo documento;
- fonti tipiche o generiche (riferimenti normativi);
- iterazione articolo (riferimenti normativi).

Per il *tipo documento* se nel menù a tendina sulla sinistra si seleziona la voce «atto defensionale», è abilitato il secondo menù dove è possibile specificare il tipo di atto defensionale.

Nella parte centrale della maschera è disponibile la ricerca, sui canali testuali di seguito elencati, sulla base delle parole che essi contengono:

- testo del documento;
- massima;
- titolo mobile.

Per ritrovare i documenti che contengono contemporaneamente più termini, digitarli separati da uno spazio, ad esempio: «*casa sequestro*» (ricerca in AND).

Per ritrovare documenti che contengono uno dei termini elencati separarli con il segno uguale, ad esempio: «*casa = sequestro*» (ricerca in OR).

La selezione della casella di scelta corrispondente al *testo*, alla *massima* o al *titolo mobile* permette di indicare in quale canale devono essere presenti le parole.

La ricerca con espansione delle parole, attivabile selezionando la casella di scelta *espansione parole*, cerca anche le parole nella forma maschile, nella forma femminile e nelle declinazioni verbali.

Il tasto pulisci permette di ripulire la maschera dai valori immessi.

Il tasto ricerca avanzata permette di accedere alla maschera per la ricerca avanzata.

La maschera di ricerca avanzata

Tramite la maschera di ricerca avanzata la ricerca può essere compiuta anche in base all'avvocato redattore dell'atto, alla parte difesa e non difesa, ai riferimenti normativi, alla classificazione in base alla questione giuridica.

Le parti che compongono la stringa della ricerca possono essere poste tra loro in «AND» o in «OR» e indicarne tramite le parentesi la precedenza nell'esecuzione.

Avvocato

Per riempire il campo *avvocato* bisogna fare clic sul collegamento *Avvocato* situato nella parte sinistra della pagina di ricerca avanzata.

Successivamente si apre la finestra che consente la scelta dell'avvocato da un elenco aggiornato dinamicamente dalla banca dati professionale.

Per reperire il nome dell'avvocato è possibile, alternativamente, procedere in uno dei seguenti modi:

inserire le prime lettere del nome avvocato nella casella di testo, ciò permetterà di scorrere automaticamente l'elenco fino al prima voce corrispondente, nell'ipotesi che essa esista;

scorrere manualmente, mediante la barra di scorrimento, l'elenco degli avvocati visualizzato tramite il menù a tendina.

Per trasferire il nome dell'avvocato nell'opportuno canale di ricerca della maschera di ricerca avanzata: selezionare un nominativo dall'elenco e fare doppio clic su di esso.

Schema di classificazione questione giuridica

Per riempire il campo *materia* bisogna fare clic sul collegamento *Materia* situato nella parte sinistra della pagina di ricerca avanzata.

Successivamente si apre la finestra che consente la scelta della materia da un elenco aggiornato dinamicamente dalla banca dati professionale.

Nella parte più alta della finestra è presente la lista aree di interesse. La selezione di una area di interesse consente di restringere la visualizzazione alle sole voci di primo livello che vi fanno riferimento.

Mediante la selezione di una voce di primo livello è possibile visualizzare tutte le relative voci di secondo livello nel riquadro sottostante.

Mediante la selezione di una voce di secondo livello è possibile visualizzare tutte le relative voci di terzo livello nel riquadro sottostante e/o di spostarla all'interno dell'opportuno canale di ricerca nella pagina principale.

Per eseguire la ricerca occorre fare le seguenti azioni:

1. scegliere una voce dal menù a tendina *Area di interesse* per restringere il numero voci visualizzate nell'area di testo primo livello.

2. fare clic su una voce presente nel *Primo livello* per visualizzare le eventuali sottovoci nell'area di testo *Secondo livello*.

3. compariranno le voci nell'area di testo *Secondo livello*;

4. fare clic su una voce presente nel *Secondo livello* per visualizzare le eventuali sottovoci nell'area di testo *Terzo livello*;

5. compariranno le voci nell'area di testo *Terzo livello*.

Per trasferire la voce scelta nell'opportuno canale di ricerca della maschera di ricerca avanzata: selezionare una voce dall'elenco e fare *doppio clic* su di essa.

Per chiudere la finestra: fare clic sul tasto *Chiudi*.

Parte difesa e parte non difesa

Per riempire il campo *parte difesa* bisogna fare clic sul collegamento *Parte difesa* situato nella parte sinistra dello schermo della pagina di ricerca avanzata.

Successivamente si apre la finestra che consente la scelta della parte difesa da un elenco aggiornato dinamicamente dalla banca dati professionale.

Per eseguire la ricerca occorre fare le seguenti azioni:

1. scrivere la parte cercata nella casella di testo;
2. fare clic sul tasto *ricerca per parole*;
3. se la ricerca ha avuto esito positivo, le voci cercate compariranno sottoforma di elenco nella area di testo sottostante.

Per trasferire la voce scelta nell'opportuno canale di ricerca della maschera di ricerca avanzata: selezionare una voce dall'elenco e fare *doppio clic* su di essa.

Per chiudere la finestra: fare clic sul tasto *Chiudi*.

Mascheramento

Inoltre è consentito il mascheramento dei termini, utilizzando nella casella di testo uno o entrambi i caratteri ? e *.

Il carattere ? permette di mascherare un singolo carattere nella stringa di caratteri da ricercare. Il carattere * permette di mascherare più caratteri.

Per la *parte non difesa* valgono indicazioni analoghe a quanto qui esposto per la *parte difesa*.

Riferimenti Normativi

Per riempire il campo *riferimenti normativi* bisogna fare clic sul collegamento *Riferimenti normativi* situato nella parte sinistra dello schermo della pagina di ricerca avanzata.

Successivamente si apre la finestra che consente la scelta dei riferimenti normativi da un elenco aggiornato dinamicamente dalla banca dati professionale.

Per eseguire la ricerca occorre fare le seguenti azioni:

1. riempire almeno uno dei canali di ricerca;
2. fare clic sul tasto *OK*;
3. se la ricerca ha avuto esito positivo, le voci cercate compariranno sottoforma di elenco nella area di testo sottostante.

Per trasferire una voce nell'opportuno canale di ricerca della maschera di ricerca avanzata: selezionare una voce dall'elenco e fare *doppio clic* su di essa.

Per eliminare contemporaneamente tutti i valori immessi nei canali di ricerca dei *referimenti normativi*: fare clic sul tasto *azzerà campi*.

Per chiudere la finestra: fare clic sul tasto *Chiudi*.

Testo, massima, titolo

Per riempire il campo *testo* bisogna fare clic sul collegamento *Testo* situato nella parte sinistra dello schermo della pagina di ricerca avanzata.

Successivamente si apre la finestra che permette di digitare il testo nella casella di testo e poi, facendo clic sul tasto *Aggiungi*, di inserire direttamente nel canale di ricerca la parola scelta.

È possibile inserire direttamente più parole. Si è scelto di utilizzare, dove le funzionalità dell'applicativo lo richiedevano, la seguente convenzione riguardo ai simboli indicanti gli operatori logici:

per l'AND logico si usa il singolo «*spazio vuoto*» tra due parole;

per l'OR logico si usa il simbolo «*=*» tra due parole.

Per inserire una o più parole nel campo *Testo* della maschera di ricerca avanzata:

1. digitare la parola da cercare nella casella di testo;
2. fare clic sul tasto *Aggiungi*.

Per consultare i sinonimi: fare clic sul tasto *Sinonimi*. Anche questi termini possono essere aggiunti nel canale di ricerca eseguendo le operazioni descritte sopra.

Per chiudere la finestra: fare clic sul tasto *Chiudi*.

La realizzazione di una ricerca avanzata è possibile grazie all'utilizzo degli operatori logici AND e OR in quanto essi permettono di combinare ulteriormente tra loro le parole nel canale di ricerca.

I termini possono essere messi in relazione anche in base alla distanza tra le parole tramite il pulsante «*Vicino a*».

Tramite il pulsante «*distanza tra le parole*» presente nel menù sulla sinistra dello schermo può essere variata sia la distanza tra le parole sia il loro ordine di presentazione.

Il valore standard di distanza è 3.

Per eseguire la ricerca selezionare l'espressione cercata e premere il pulsante «CERCA» nella maschera.

Per la *massima* e il *titolo* valgono indicazioni analoghe a quanto qui esposto per il *testo*.

Il risultato della ricerca

Il risultato della ricerca riporta le seguenti informazioni:

la stringa della ricerca eseguita;
il numero dei documenti trovati;
il numero dei documenti visualizzati.

I documenti sono presentati in ordine decrescente in base alla data di inserimento in banca dati con la visualizzazione dei seguenti elementi:

sigla avvocatura;
tipo affare;
numero affare;
anno affare;
titoletto mobile in minuscolo.

In virtù della stretta integrazione con il sistema gestionale un collegamento ipertestuale sul codice dell'affare legale consente l'accesso diretto alle informazioni relative allo stato all'affare.

Analogamente dal sistema gestionale è possibile visualizzarne direttamente i documenti pertinenti presenti nella banca dati professionale.

Per mezzo di ulteriori collegamenti ipertestuali si richiamano le seguenti informazioni:

massima;
dettagli che comprendono:
parte difesa;
parte non difesa;
riferimenti normativi;
materia (questione giuridica);
avvocato;
dati di protocollo.
testo evidenziate;

Il testo evidenziato viene mostrato solo quando si è compiuta una ricerca per parola sul canale «testo». Le parole trovate sono in grassetto e di colore blu.

testo in formato Word.

Richiamando la voce testo Word il documento viene aperto. Con il pulsante destro del *mouse* si ha la possibilità di scaricare il documento in locale senza aprirlo.

titolo.

INDICI SISTEMATICI

1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

- La costituzione di parte civile nel processo penale. Atti della tavola rotonda del 7 giugno 2002. Introduzione di LUIGI MAZZELLA. Interventi di: GUIDO CALVI, PAOLO VITTORIO DI TARSIA DI BELMONTE, GIOVANNI MARIA FLICK, GIUSEPPE FRIGO, ANTONIO MARINI, GAETANO PECORELLA, EMANUELE SQUARCIA. Comunicazioni di: GIANNI CARLO FERRERO, STEFANO MACCIONI, UGO PIOLETTI pag.* 1
- ENNIO ANTONIO APICELLA, recensione a: *I procedimenti amministrativi tipici e il diritto di accesso nelle forze armate*, di Vito Poli, Vito Tenore » 352
- FEDERICO BASILICA, LUIGI MAZZONCINI, *Il caso Raiway. Il diniego della cessione delle quote non denota un eccesso di potere. Il Tar Lazio torna ad occuparsi degli atti politici » 182*
- FEDERICO BASILICA, CHIARA SERAFINI, *La ragionevole durata del processo alla luce di una recente proposta di modifica della legge Pinto » 329*
- MAURIZIO BORGIO, *Revoca della confisca nei procedimenti antimafia: regime delle spese utili alla conservazione dei beni » 176*
- TOMMASO CAPEZZONE, *Domande da porsi quando si cerca in una banca dati giuridica » 355*
- IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, *Pubblica Amministrazione e tutela del cittadino » 319*
- FILIPPO CURCURUTO, recensione a: *Le nuove controversie del pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, di GIUSTINA NOVIELLO, PAOLO SORDI, ENNIO ANTONIO APICELLA, VITO TENORE » 351

CORRADO DI BENEDETTO, LIVIA GOLISANO, <i>Come si cerca nella banca dati professionale dell'Avvocatura dello Stato</i>	pag.	361
OSCAR FIUMARA, <i>Sulla legittimità delle tariffe professionali forensi</i>	»	46
OSCAR FIUMARA, <i>Sull'illegittimità di un regime sanzionatorio differenziato dei non residenti</i>	»	59
SERGIO LAPORTA, <i>L'indennità di funzione per i giudici di pace</i>	»	173
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>L'esecuzione delle misure cautelari del giudice amministrativo</i>	»	338
SARRE PIRRONE, <i>Il regime tariffario dell'importazione delle banane</i>	»	137
ROBERTO SARRA, <i>Ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione: un freno all'estensione dei poteri decisori del giudice amministrativo</i>	»	146

2 - SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

Plenum, 19 febbraio 2002, causa C-35/1999

Comunità europee – Concorrenza – Tariffa obbligatoria degli onorari d'avvocato – Deliberazione del Consiglio nazionale forense – Approvazione ministeriale – Compatibilità.	pag.	46
--	------	----

Sez. 5^a, 7 marzo 2002, causa C-145/1999

Comunità europee – Diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi – Accesso alla professione di avvocato ed esercizio della stessa.	»	52
--	---	----

Sez. 6^a, 19 marzo 2002, causa C-224/2000

Comunità europee – Principio di non discriminazione – Trasgressori del codice della strada – Trattamento differenziato su base al luogo di immatricolazione del veicolo – Proporzionalità	»	60
--	---	----

CORTE DI CASSAZIONE

Sez. lavoro, 16 febbraio 2002, n. 2287

Procedimento civile – Lavoro (controversie di) – Incompetenza del Pretore (a favore del Tribunale) – Sopravvenuta istituzione del giudice unico di primo grado – Conseguenze derivanti dall'attribuzione delle controversie al Tribunale in composizione monocratica – Rilevanza ai soli effetti del rito applicabile.		
Ordinamento giudiziario – Magistrati onorari – Giudici di pace – Compensi – Indennità giudiziaria – Non spetta.	»	173

TRIBUNALE DI REGGIO CALABRIA, sez. misure di prevenzione,
19 marzo 2002 (*senza numero*)

Misure di prevenzione – Patrimoniali – Legge n. 575/1965 – Confisca disposta dal Tribunale e successivamente revocata dalla Corte di Appello – Approvazione conto di gestione – Opposizione dell'ex proposto in ordine alla imputazione delle spese sostenute nell'ambito del relativo procedimento – Legittimazione passiva dell'Agenzia delle entrate e dell'Agenzia del demanio – Non sussiste – Legittimazione passiva del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Sussiste.

Misure di prevenzione – Patrimoniali – Legge n. 575/1965 – Confisca disposta dal Tribunale e successivamente revocata dalla Corte di Appello – Approvazione conto di gestione – Opposizione dell'ex proposto in ordine alla imputazione delle spese sostenute nell'ambito del relativo procedimento – Diversa disciplina delle «spese necessarie o utili per la conservazione e l'amministrazione dei beni» (art. 2-*octies*, primo comma della legge n. 575/1965) e delle «somme per il pagamento del compenso all'amministratore, per il rimborso delle spese da lui sostenute per i suoi coadiutori e quelle di cui al comma 4 dell'art. 2-*septies*» (art. 2-*octies*, terzo comma della legge n. 575/1965) – Imputabilità allo Stato delle sole somme di cui all'art. 2-*octies*, terzo comma della legge n. 575/1965 pag. 180

TRIBUNALE DI TRENTO, 20 novembre 2001, n.1029

Opposizione ad ingiunzione fiscale – Recupero diritti doganali – Legittimità del ricorso all'ingiunzione fiscale come atto di accertamento tributario.

Organizzazione comune del mercato europeo delle banane – Interposizione fittizia di operatori c.d. «nuovi arrivati» – Legittimità dell'applicazione del regime tariffario intero » 141

CONSIGLIO DI STATO, *Adunanza Plenaria*, 9 gennaio 2002, n. 1

Silenzio della P.A. – Silenzio rifiuto – Art. 21-*bis*, legge n. 1034/1971, introdotto dall'art. 2 legge n. 205/2000 – Poteri/doveri del G.A. – Verifica della pretesa sostanziale del ricorrente – Impugnazione – Accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere – Natura vincolata » 164

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO, sez. 3^a-*bis*,
6 marzo 2002, n. 1682

Silenzio della P.A. – Silenzio rifiuto – Art. 21-*bis*, legge n. 1034/1971, introdotto dall'art. 2 legge n. 205/2000 – Poteri/doveri del G.A. – Verifica della pretesa sostanziale del ricorrente – Impugnazione – Accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere – Natura vincolata » 168

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO, sez. 2^a,
12 marzo 2002, n. 1897

Telecomunicazioni – Servizio pubblico radiotelevisivo – Negozio di cessione azionaria della Rai nella società che gestisce installazione ed esercizio degli impianti – Previa autorizzazione ministeriale – Necessità.

Competenza e giurisdizione – Cessione della partecipazione azionaria della Rai nella società affidataria degli impianti tecnici – Provvedimento autorizzatorio del Ministro delle Comunicazioni – Non è atto politico– Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Competenza e giurisdizione – Cessione della partecipazione azionaria della Rai nella società affidataria degli impianti tecnici – Provvedimento autorizzatorio – Rientra nella competenza del Ministro delle Comunicazioni.

Telecomunicazioni – Servizio pubblico radiotelevisivo – Cessione del capitale azionario della società che gestisce gli impianti – Perdita di fatto del controllo – Provvedimento negativo del Ministro – Legittimità. pag. 239

3 - P A R E R I

A.G.S., 23 ottobre 2000, n. 108136

Cose aventi interesse storico-artistico: *a)* beni di interesse storico-artistico di proprietà di enti pubblici non inseriti negli elenchi previsti dall'art. 4 legge 1° giugno 1939, n. 1089: a quali condizioni possa ritenersi sussistente il vincolo ex legge n. 1089/39 *cit*; *b)* società per azioni derivanti da trasformazione di ente pubblico economico (nella specie Ferrovie dello Stato S.p.a.): se ai beni di interesse storico-artistico delle ridette società si applichi la disciplina di cui agli articoli 4 legge n. 1089/1939 e 5 d.lgs. n. 490/1999 (consultivo n. 8177/2000, avv. D'Amato) pag. 253

A.G.S., 11 novembre 2000, n. 115247

Rimborso – ex art. 18 d.-l. n. 67/1997 – al dipendente statale delle spese da lui sostenute per difendersi in un procedimento penale aperto a suo carico in dipendenza di fatti connessi con l'espletamento del servizio: se possa spettare al dipendente nei confronti del quale l'A.G. abbia dichiarato non doversi procedere essendo, il reato contestato, estinto per prescrizione . . . » 258

A.G.S., 11 novembre 2000, n. 115248

Appalti di opere pubbliche: somme iscritte in riserva a titolo di risarcimento del danno: cumulo di interessi e rivalutazione monetaria sulle stesse: se spetti – ed eventualmente in quali limiti – all'appaltatore » 259

A.G.S., 17 novembre 2000, n. 117457

Patrocinio delle aziende Policlinici universitari » 262

A.G.S., 17 novembre 2000, n. 117697

Contenzioso relativo ai canoni richiesti dall'Amministrazione per gli attraversamenti aerei di terreni di proprietà dello Stato, con linee elettriche, senza infissione a terra di pali o altri manufatti di sostegno: direttive di massima » 263

A.G.S., 30 novembre 2000, n. 122417

Rapporto tra foro erariale e foro inderogabile per le locazioni » 268

A.G.S., 9 dicembre 2000, n. 125321

Giurisdizione delle commissioni tributarie sui ricorsi contro il ruolo emesso per la riscossione di tributi per i quali la cognizione delle controversie è riservata al G.O. in riferimento al momento della presentazione dei ricorsi » 269

A.G.S., 19 gennaio 2001, n. 5313

Problemi applicativi della legge n. 205/2000 al giudizio pensionistico dinanzi alla Corte dei conti: *a)* rappresentanza e difesa delle amministrazioni dello Stato; *b)* regime di impugnazione delle ordinanze cautelari *pag.* 270

A.G.S., 19 gennaio 2001, n. 5315

Definibilità ai sensi dell'art. 2-*quinquies* d.l. n. 564/1974 delle liti fiscali originate da atto di accertamento notificato successivamente al 31 dicembre 1994 ma basato su p.v.c. notificato al contribuente anteriormente a tale data » 273

A.G.S., 24 gennaio 2001, n. 7395

Ammissibilità ad una gara per l'aggiudicazione di pubblica fornitura di una medesima impresa sia singolarmente, sia come componente di un raggruppamento temporaneo di imprese » 275

A.G.S., 5 febbraio 2001, n. 14720

Rappresentanza e difesa in giudizio delle istituzioni scolastiche autonome da parte dell'Avvocatura dello Stato » 276

A.G.S., 5 marzo 2001, n. 30628

Violazioni valutarie – Successioni di leggi – Applicazione dell'art. 23-*bis* del d.P.R. n. 148/1988 – Fattispecie di violazioni di leggi penali successivamente depenalizzate – Differenze rispetto alle fattispecie divenute lecite » 278

A.G.S., 7 marzo 2001, n. 31976

Potere di rinuncia e transazione da parte del Comitato Agevolazioni istituito presso il Ministero del Commercio con l'Estero » 281

A.G.S., 15 marzo 2001, n. 34936

Legittimità del licenziamento senza preavviso nei confronti di un dipendente che abbia presentato nel corso del procedimento disciplinare le proprie dimissioni, con la precisazione di non osservare i termini di preavviso » 284

A.G.S., 15 marzo 2001, n. 35230

Natura giuridica degli accordi tra scuole per la costituzione di reti scolastiche. Differenze rispetto alla partecipazione a consorzi pubblici o privati (art. 7 d.P.R. n. 275/1999) » 287

A.G.S., 22 marzo 2001, n. 38467

Procedimento penale promosso nei confronti di dipendente statale in conseguenza di fatti connessi al servizio espletato e definito con declaratoria di prescrizione del reato: se – ed eventualmente a quali condizioni – spetti al suddetto dipendente il rimborso delle spese legali sostenute per difendersi nel procedimento di cui sopra » 292

A.G.S., 7 maggio 2001, n. 54325

Responsabilità amministrativa dei funzionari per mancata riscossione di diritti indebitamente percepiti entro il termine di prescrizione: se il fatto dannoso – ai fini della decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di responsabilità – sia da ricollegarsi alla data di scadenza del termine triennale di prescrizione del diritto di riscossione – Distinzione tra diritti spettanti all'Amministrazione italiana e risorse proprie della Comunità Europea pag. 292

A.G.S., 15 maggio 2001, n. 57844

Restituzione di diritti di confine versati per l'importazione di semilavorati impiegati per la costruzione di navi mercantili esportate verso paesi terzi: a) se l'espressione «materie prime» debba essere interpretata in senso restrittivo ovvero possa estendersi anche ai semilavorati; b) rilevanza, ai fini della restituzione, della annotazione nei registri «materie prime» . . . » 294

A.G.S., 21 maggio 2001, n. 60347

Procedimento di imposizione di servizi per impianti di telecomunicazioni ed opere accessorie: a) se nel silenzio dell'art. 234 del d.P.R. n. 156/1973 sia da considerarsi omesso il subprocedimento di cui all'art. 30 legge n. 2359/1865; b) modalità di versamento dell'indennità di esproprio; c) conseguenza dell'occupazione del fondo per la realizzazione delle opere senza emanazione del provvedimento di asservimento » 297

A.G.S., 5 giugno 2001, n. 66082

Se l'amministrazione tenuta a versare direttamente al coniuge separato del proprio dipendente l'assegno di mantenimento, nel caso di sospensione dal servizio di quest'ultimo, sia obbligata a corrispondere per intero – oltre all'assegno di mantenimento al coniuge – anche l'assegno alimentare al dipendente » 302

A.G.S., 5 giugno 2001, n. 66398

Diritto di accesso, diritto alla riservatezza e tutela del segreto industriale: se sia assentibile la richiesta di accesso all'offerta di R.T.I. presentata in gara esplorativa da parte di impresa concorrente » 303

A.G.S., 8 giugno 2001, n. 67783

Ammissibilità di autorizzazione ex art. 7 legge n. 1497/1939 per interventi realizzati abusivamente in area vincolata e per i quali sia stata avanzata istanza di sanatoria alla luce dei più recenti orientamenti del Consiglio di Stato » 304

A.G.S., 5 luglio 2001, n. 76843

Parere in materia di rimborso di spese legali in favore dei dipendenti dell'Ente Nazionale delle strade (confronto con la normativa del C.C.N.L.; conflitto d'interessi; livello delle tariffe; applicazione della normativa ai giudizi dinanzi alla Corte dei conti) pag. 308

A.G.S., 8 ottobre 2001, n. 108773

Individuazione dei criteri da seguirsi per l'adozione del fermo amministrativo a tutela di crediti derivanti da fatti causativi di danno erariale, in pendenza di giudizio contabile e/o penale, con particolare riguardo a: a) possibilità di individuare un valore minimo al di sopra del quale attivare la misura del fermo amministrativo; b) spettanza o meno di interessi e rivalutazione sulle somme, già sottoposte a fermo amministrativo poi revocato, spettanti al dipendente a titolo di emolumenti stipendiali, pensionistici o assistenziali » 311

A.G.S., 20 ottobre 2001, n. 114121

Inapplicabilità del criterio del «foro erariale» alle controversie in materia di previdenza e assistenza quando l'Amministrazione convenuta fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato » 314

A.G.S., 17 dicembre 2001, n. 134001

Difensore civico istituito presso la Regione Campania; individuazione delle relative potestà dei suoi provvedimenti, nonché degli eventuali obblighi che ne derivano in capo ad Amministrazioni statali – Individuazione delle Amministrazioni statali destinatarie di detti provvedimenti » 315

