

ANNO LV - N. 2-3

APRILE-SETTEMBRE 2003

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

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 – Federico Basilica – Vittorio Cesaroni – Roberto de Felice – Maurizio Fiorilli – Massimo Giannuzzi – Antonio Palatiello – Giovanni Paolo Polizzi – Mario Antonio Scino – Tito Varrone*.

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE NUMERO: *Massimo Bachetti – Marzia Ciafrino – Paolo Cosentino – Francesca Farinelli – Franco Favara – Ettore Figliolia – Noemi Gennari – Maria Vittoria Lumetti – Massimo Mari – Simona Prunali – Sandro Tizzi – Andrea Valletti*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*.

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

ABBONAMENTI ANNO 2003

	ITALIA	ESTERO
ABBONAMENTO ANNUO	€ 41,00	€ 77,00
UN NUMERO SEPARATO	€ 12,00	€ 21,00

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 S.p.A.

Funzione Editoria

P.zza Verdi, 10 – 00198 Roma

Tel. 0685082207 – 0685084124

Fax 0685084117

E-mail: venditeperiodici@ipzs.it

c/c postale n. 387001

Stampato in Italia – Printed in Italy

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

INDICE – SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

- Il procedimento di formazione dei pareri dell'Avvocatura dello Stato*, di Oscar Fiumara ed Ettore Figliolia Pag. 1
L'Avvocatura dello Stato e i processi per reati ministeriali, di Roberto de Felice » 8

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

- Attività dell'Ufficio dell'Agente del Governo italiano nei procedimenti dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, di Simona Prunali » 25
1. — *Le decisioni:*
- Il principio del ne bis in idem nell'Accordo di Schengen*, Plenum, 11 febbraio 2003, C-187 e C-385/01, a cura della Direzione Generale per l'integrazione europea del Ministero degli Esteri » 28
- La tutela dei prodotti alimentari di qualità dinanzi ai giudici comunitari: le operazioni in loco di affettamento del Prosciutto di Parma e di grattugia del Grana Padano*, Plenum, 20 maggio 2003, C-108/01 e C-112/00, di Oscar Fiumara » 34
- Un blocco autostradale per motivi ambientali: libertà di riunione e libertà di traffico*, Plenum, 12 giugno 2003, C-112/00, di Oscar Fiumara » 45
2. — *I giudizi in corso alla Corte di Giustizia CE* » 56

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

- Massimo Giannuzzi, *Il rapporto tra Stato e Regioni nella disciplina delle fondazioni bancarie* (Corte Cost., sent. 29 settembre 2003, n. 300); » 113
- Massimo Mari, *La ricostruzione sistematica del settore* (Corte Cost., sent. 29 settembre 2003, n. 300) » 128
- Giuseppe Fiengo, *Sulla potestà regolamentare dello Stato in regime di legislazione concorrente* (Corte Cost., sent. 1° ottobre 2003, n. 302) » 133
- Giuseppe Fiengo, *Sussidiarietà e leale collaborazione nel sistema delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici* (Corte Cost., sent. 25 settembre-1° ottobre 2003, n. 303) » 140
- Noemi Gennari, *Sul riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in tema di infrastrutture di telecomunicazione e tutela dai campi elettromagnetici*, (Corte Cost., sent. 1-7 ottobre 2003, n. 307 e 25 ottobre-7 novembre 2003, n. 331; TAR Veneto, sent. 2 ottobre 2002, n. 6118; TAR Toscana, sent. 16 gennaio 2003, n. 12) » 167
- Massimo Mari, *Sull'autonomia finanziaria degli Enti locali. L'unità del sistema* (Corte Cost., sent. 2-15 ottobre 2003, n. 311) » 205
- Antonio Palatiello, *Il termine ragionevole del processo: la memoria dell'Avvocatura dello Stato alle Sezioni Unite* » 209
- Maria Vittoria Lumetti, Sandro Tizzi, *La responsabilità ex art. 2051 c.c. dell'istituto scolastico durante l'occupazione studentesca* (Trib. Firenze, 2° sez. civ., 21 novembre 2002 n. 762) » 230

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO » 239

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

- Massimo Bachetti, *Delitto di alto tradimento e responsabilità civile dello Stato* » 255
- Maria Vittoria Lumetti, *Il risarcimento del danno alla persona: inquinamento elettromagnetico e organismi geneticamente modificati* » 267
- Andrea Valletti, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto. Riflessioni sull'opportunità di uscire dal «circolo vizioso» della nullità-annullabilità-caducazione* » 301
- Maria Vittoria Lumetti, *Gli strumenti della semplificazione normativa* » 323

RASSEGNA AVVOCATURA DELLO STATO

SERVIZI INFORMATICI E STATISTICI

Francesca Farinelli, *La disciplina giuridica di Internet* » 345

INDICI SISTEMATICI » 387

TEMI ISTITUZIONALI

Il procedimento di formazione dei pareri dell'Avvocatura dello Stato

*(Tribunale di Roma, G.I.P., 5-7 luglio 2001; Corte d'Appello di Roma,
sezione seconda penale, 18 dicembre 2002-14 gennaio 2003).*

Nei capi di imputazione si ipotizzavano reati di falso ideologico, abuso d'ufficio e peculato a carico di Vice Avvocato Generale dell'epoca dei fatti, che aveva sottoscritto un parere, redatto da altro Avvocato dello Stato assegnatario dell'affare, con il quale si era espresso l'avviso che fossero applicabili le più restrittive disposizioni normative in materia di revisione prezzi, introdotte dalla legge 28 febbraio 1986, n. 41, legittimando così una revisione prezzi che avrebbe portato un notevole vantaggio economico all'impresa incaricata dei lavori.

Il Giudice per le indagini preliminari, in sede di giudizio abbreviato, ha assolto il Vice Avvocato Generale con formula piena «perché il fatto non sussiste»; la Corte d'appello ha confermato la formula assolutoria espressamente richiesta dalla difesa dell'imputato, malgrado la sopravvenuta morte del medesimo.

La difesa dell'imputato, assunta dall'Avvocatura stessa ai sensi dell'art. 44 r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611, aveva innanzi tutto richiamato l'attenzione dei giudicanti sul procedimento di formazione dei pareri resi dall'Avvocatura dello Stato, nell'ambito del quale, all'epoca (anno 1986), si era formato ed era stato esternato il parere oggetto della contestazione.

«All'Avvocatura dello Stato – si era detto – spettano la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato (art. 1, co. 1, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611).

Essa “provvede alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato; alle consultazioni legali richieste dalle Amministrazioni ...” (art. 13).

«Gli affari di cui si occupa l’Avvocatura dello Stato si dividono in “contenziosi” e “consultivi”. Essi vengono assegnati (limitando qui il discorso agli uffici dell’Avvocatura generale dello Stato di Roma: per le Avvocature distrettuali dello Stato, operanti nei distretti di Corte d’Appello diversi da quello romano, valgono le stesse regole *mutatis mutandis*) dall’Avvocato Generale (art. 15) secondo criteri di competenza ed anzianità.

«Con riferimento agli affari “consultivi”, cioè ai pareri da rendere alle Amministrazioni che ne fanno richiesta, l’avvocato dello Stato assegnatario dell’affare predispose il parere in linea legale secondo la sua valutazione della vicenda e invia la lettera così predisposta alla firma dei Vice Avvocati Generali competenti per materia (il potere di firma dei pareri e di ogni corrispondenza è esercitato dall’Avvocato Generale o dal Vice Avvocato Generale incaricato per materia, secondo criteri prefissati dal primo). Prima di pervenire alla firma, lo schema di parere è preso in visione, di norma, da una struttura di supporto dell’Avvocato Generale, formata secondo i tempi da due o tre avvocati dello Stato – che per brevità e comprensione chiamiamo “coordinamento” – che ha un compito di filtro, segnalando agli assegnatari eventuali divergenze con linee interpretative seguite dall’Istituto ovvero la ritenuta necessità di modifiche o integrazioni, che l’assegnatario può condividere o meno. La lettera così predisposta passa alla firma dell’Avvocato Generale o di un suo Vice, i quali possono o meno condividere quanto predisposto dall’assegnatario e/o quanto segnalato dal “coordinamento”. Ove non si raggiunga un accordo fra la dirigenza e l’assegnatario, l’affare passa all’esame del Comitato consultivo dell’Avvocatura, che ha, fra gli altri compiti, quello di “dirimere, sentiti gli interessati, le divergenze di opinione che insorgono nella trattazione degli affari contenziosi e consultivi fra avvocati, che esercitano funzioni direttive, ed avvocati, cui sono assegnati gli affari stessi” (art. 26 legge 3 aprile 1979, n. 103: il Comitato si esprime anche sui pareri che riguardano questioni di massima o di particolare rilevanza). L’Avvocato Generale e i suoi Vice firmano, quindi,

l'atto predisposto dall'assegnatario o modificato con il suo consenso (ovvero approvato dal comitato consultivo), ma non possono modificare unilateralmente il parere senza il consenso dell'assegnatario.

«Per gli affari “contenziosi” la prassi è formalmente diversa ma sostanzialmente nello stesso senso. Gli atti difensivi, anche per ragioni di speditezza e di individualizzazione del concreto difensore, sono sottoscritti dall'assegnatario dell'affare, ma sono anch'essi inviati al “visto” della dirigenza, secondo la procedura sopradescritta per gli affari consultivi. La corrispondenza, anche per gli affari contenziosi, segue la stessa trafila dei pareri negli affari consultivi.

«Da quanto sopra si evince che un'Amministrazione dello Stato, allorché richiede un parere, si rivolge all'Avvocatura dello Stato e non ad un singolo Avvocato dello Stato, e che il parere viene reso all'Amministrazione richiedente non dal singolo Avvocato dello Stato che lo redige o dall'Avvocato Generale o Vice Avvocato Generale che lo sottoscrive, ma dall'Avvocatura dello Stato, previo esperimento di un procedimento complesso che passa attraverso fasi specifiche di competenza funzionale di più organi interni distinti l'uno dall'altro: assegnazione – redazione – esame di coordinamento – (eventuale intervento del comitato consultivo) – sottoscrizione.

«Con queste precisazioni, ovviamente – si era aggiunto – l'imputato non intende certo sottrarsi alle sue responsabilità di firmatario dell'atto, rivendicando anzi con fermezza ed orgoglio la sua funzione (allora svolta), ma intende solo avvertire che l'opinione espressa nel parere e che si assume “falsa” è frutto di una sinergia professionale formatasi nell'ambito dell'Avvocatura, le cui conclusioni possono essere opinabili finché si vuole, ma sono l'espressione di una interpretazione condivisa a tutti i livelli e riferibile all'Avvocatura quale organo istituzionale di consulenza legale delle Amministrazioni dello Stato.

«Ovviamente – si era infine detto – l'esame del Vice Avvocato Generale riguarda essenzialmente l'interpretazione data ad una certa normativa riguardo ad una fattispecie quale descritta nella lettera di richiesta dell'Amministrazione. Il parere è in ogni caso reso secondo parametri di diritto, sulla base delle indica-

zioni di fatto fornite dall'Amministrazione richiedente (cliente assistito) che sono necessariamente assunte a presupposto dell'opinione giuridica espressa ove non emergano elementi di contrasto o contraddizioni nella stessa richiesta di parere».

Queste considerazioni, espresse tenendo conto dell'organizzazione dell'Avvocatura all'epoca dei fatti, sono state pienamente condivise dagli organi giudicanti (cfr. anche, in caso simile, Corte d'Appello di Roma, sezione quarta penale, 11 gennaio 2000, n. 2/00, con la quale è stato sottolineato che i pareri dell'Avvocatura, di natura non vincolante per l'Amministrazione richiedente, sono da essa resi nella sua funzione di "organo designato a dare pareri di natura legale"). Esse conservano valore anche nell'attuale organizzazione, introdotta con la comunicazione di servizio 21 gennaio 2002 n. 16 *bis* (in *questa Rassegna*, 2001, pag. XVII): la costituzione di sezioni fra le quali sono distribuiti per materia gli affari, l'affidamento di ciascuna di esse alla direzione di un Vice Avvocato Generale, la designazione per ciascuna di un avvocato con compiti di coordinamento, la firma congiunta del Vice Avvocato Generale e dell'avvocato estensore del parere, ferme in ogni caso le competenze dell'Avvocato Generale e del Comitato consultivo, rendono ancor più trasparente l'azione dell'Avvocatura dello Stato (in sede centrale e, *mutatis mutandis*, in sede periferica)».

Nel merito l'assoluta inconsistenza dell'ipotesi accusatoria è stata rilevata non solo in primo grado – in vita dell'imputato –, ma anche in fase d'appello allorché, invece di pronunciarsi per l'estinzione del reato per morte del reo, che avrebbe potuto lasciare l'ombra di un dubbio che di per sé sola appariva infamante, la Corte d'appello, in accoglimento della richiesta della difesa svolta dall'Avvocatura, tesa a salvaguardare l'onore e la rettitudine dell'accusato ed il prestigio dell'Istituzione cui apparteneva, ha confermato la pronuncia pienamente assolutoria emessa nel giudizio abbreviato. Sulla possibilità di applicare l'art. 129, secondo comma, cod.proc.pen. anche in caso di sopravvenuta estinzione del reato per morte del reo, cfr. Cassazione, sezione sesta penale, 3 novembre - 23 dicembre 1999 n. 14631, RV 216322.

Avv. ti Oscar Fiumara ed Ettore Figliolia

Tribunale di Roma, Giudice per le indagini preliminari, 5 luglio 2001 (7 luglio 2001), nel procedimento penale contro il Vice Avvocato Generale dello Stato G.A. (Avv.ti dello Stato O. Fiumara e E. Figliolia).

Il parere redatto negli uffici dell'Avvocatura dello Stato, nel momento in cui viene comunicato all'Amministrazione richiedente, deve ritenersi reso dall'Avvocatura dello Stato quale organo istituzionale deputato a svolgere la funzione consultiva, sicché un reato ipotizzato dal pubblico ministero nei confronti del Vice Avvocato Generale che ha firmato il parere avrebbe richiesto il concorso necessario dei vari avvocati dello Stato che parteciparono al procedimento per la sua formazione.

Nella specie il fatto non sussiste.

(r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611; legge 3 aprile 1979, n. 103).

«(omissis) L'Avvocato dello Stato G.A. è accusato di aver dato al Ministero delle Poste un parere erroneo, in tal modo fornendo un sostegno giuridico alle attività criminose degli imputati.

Nel capo d'imputazione non sono indicati altri elementi, oltre al suddetto parere, per ritenere che il G.A. avesse deliberatamente fatto valutazioni giuridiche non coerenti con gli elementi contrattuali, né dagli atti processuali risulta che egli avesse volutamente interpretato la legge in modo erroneo o capzioso.

Deve essere rilevato anzitutto che l'imputato ha sottoscritto il parere nella sua attività istituzionale.

In proposito la difesa ha rilevato che, secondo l'ordinamento dell'Avvocatura di Stato, per l'espletamento dell'attività consultiva l'Avvocato Generale dello Stato provvede ad assegnare i singoli affari ai vari Avvocati i quali predispongono il parere secondo le proprie valutazioni. Quindi il parere viene inviato all'Avvocato Generale o ad uno dei suoi Vice (secondo criteri prefissati di ripartizione di competenza per materia), i quali sono coadiuvati da un ufficio composto da due o tre Avvocati dello Stato i quali assicurano l'uniformità interpretativa dell'Avvocatura. Per le situazioni in cui dovessero sorgere divergenze tra l'Avvocato che ha espresso il parere e la struttura di "coordinamento" è previsto l'intervento del Comitato consultivo dell'Avvocatura. Si deve quindi escludere che l'Avvocato Generale o uno dei suoi Vice possano modificare unilateralmente il parere redatto dall'assegnatario.

Per le considerazioni esposte e per la natura stessa dell'Avvocatura generale dello Stato (il cui ordinamento è regolato dalla legge 3 aprile 1979, n. 103) l'atto consultivo, nel momento in cui viene comunicato all'Amministrazione richiedente, deve ritenersi reso dall'Avvocatura generale dello Stato quale organo istituzionale deputato a svolgere la funzione consultiva.

Pertanto il reato ipotizzato dal pubblico ministero non sarebbe stato commesso dal Vice Avvocato Generale G.A., che ha firmato il parere, ma avrebbe richiesto il concorso necessario dei vari Avvocati dello Stato che parteciparono al procedimento della sua formazione.

A parte tale preliminare rilievo, va pure considerato, sempre in via preliminare, che il parere, condiviso e sottoscritto dall'Avvocato G.A., è stato reso sulla base delle indicazioni di fatto fornite dall'Amministrazione richiedente (nota di richiesta con allegata la convenzione normativa in data 8 giugno 1985).

Il dubbio interpretativo in merito all'applicazione dell'art. 33 della legge n. 41 del 28 febbraio 1986 era sorto a brevissima distanza di tempo dall'entrata in vigore della legge stessa.

Nel parere si esclude l'applicabilità dell'art. 33 (che non si riferisce alle concessioni già in atto al momento della sua entrata in vigore), sulla base della considerazione che la convenzione era stata stipulata in data anteriore. E ciò in quanto essa conteneva la disciplina della vendita delle aree e delle concessioni di costruzione, individuava le aree da cedere e gli esatti corrispettivi sulla base di un progetto preliminare, e prevedeva i corrispettivi «a misura» applicabili per remunerare la costruzione con la puntuale previsione che tali prezzi erano soggetti a revisione a partire dalla data della convenzione stessa.

Sulla base di tali elementi sembra ragionevole concludere, così come è detto nel parere, che si era fra le parti già formato l'accordo sul contenuto della concessione ed in particolare sui corrispettivi, previsti a misura secondo i prezzi del 1984, riservandosi ai successivi disciplinari soltanto la determinazione del compenso globale sulla base dei progetti esecutivi ancora da redigere. Essendo stati già stabiliti i criteri per la determinazione del compenso

globale, e quindi convenuti i prezzi, la volontà contrattuale doveva ritenersi già formata come confermato dalla clausola di cui all'art. 12 che prevedeva la facoltà di recedere dal contratto che pertanto le parti ritenevano come già concluso.

Peraltro individuazione della normativa applicabile alla fattispecie era corretta, come successivamente ritenuto da sentenze del Consiglio di Stato (sez. IV n. 350/1998 e n. 147/1999).

Ciò premesso, va rilevato che è stato contestato all'imputato di aver artatamente fornito un sostegno tecnico-giuridico al Consiglio d'Amministrazione nell'approvare gli schemi disciplinari contenenti disposizioni in contrasto con l'art. 33 legge 41/1986. Ma basta osservare che l'Avvocato G.A., sulla base dei dati di fatto forniti dall'Amministrazione, si limitò a esprimere un parere e a sostenere una tesi giuridica esatta.

Peraltro neppure è contestato un qualche suo comportamento dal quale poter dedurre che egli avesse agito in accordo con altri imputati allo scopo di far stipulare all'Amministrazione contratti illegittimi.

Deve concludersi che l'Avvocato G.A. espresse un parere libero e motivato, come era nel suo dovere istituzionale, peraltro in linea con il convincimento in precedenza espresso dal Capo dell'ufficio legislativo del Ministero e dallo stesso Ministro, al fine unico di acquisire certezza in ordine alla questione giuridica sottoposta al suo esame e non certo al fine di favorire qualcuno. Non sussiste in conseguenza alcuno dei tre reati che gli sono stati contestati unicamente sulla base del parere e senza alcun altro specifico addebito.

Conseguentemente l'imputato deve essere assolto perché il fatto non sussiste (*omissis*)».

Corte d'Appello di Roma, sezione seconda penale, 18 dicembre 2002 (14 gennaio 2003), nel processo penale contro il Vice Avvocato Generale dello Stato G.A. (Avv.ti dello Stato O. Fiumara e E. Figliolia).

Il decesso dell'imputato nel corso del procedimento non impedisce, a norma dell'art. 129 comma secondo cod.proc.pen., la pronuncia nel merito se dagli atti risulta evidente (come nel caso di specie) che il fatto non sussiste.

(cod. proc. pen., art. 129).

«(*omissis*) È preliminare ad ogni altra considerazione la valutazione del punto di diritto concernente la possibilità di pervenire ad una pronuncia “nel merito” favorevole all'imputato quando, come nel caso, sia sopravvenuta una causa estintiva del reato, qui costituita dalla morte dell'imputato. Vigente l'articolo 152, comma 2, c.p.p. del 1930, il cui tenore è sostanzialmente riprodotto dall'articolo 129, comma 2, c.p.p. del 1988, la giurisprudenza delle sezioni unite (Cass., S.U., sentenza 6682 del 4 giugno 1992) ha avuto modo di osservare che il principio espresso dal secondo comma di quell'articolo “sottolinea come il fatto della sopravvenienza di una causa estintiva del reato, operativa (*ex nunc*), non può porre nel nulla la realtà acquisita nel procedimento che il fatto ascritto all'imputato non sussiste o non è previsto dalla legge come reato o non è stato commesso dall'imputato stesso. Una siffatta realtà deve prevalere anche nel caso in cui la causa estintiva del reato sia quella della sopravvenuta morte del reo; ciò sia per la rilevanza sostanziale del riconoscimento dell'innocenza di una persona accusata, che non cessa per effetto della sua morte, residuando l'interesse dei congiunti e degli eredi alla tutela della memoria, sia perchè, permanendo talune conseguenze non indifferenti nonostante l'estinzione del reato (la morte del reo non estingue infatti le obbligazioni civili derivanti dal reato e quelle concernenti le spese processuali ed, eventualmente di mantenimento in carcere), non v'è ragione – in virtù del principio di eguaglianza e per considerazioni di economia processuale – che i congiunti e gli eredi del defunto ne debbano subire il peso solo per la casualità della sopravvenienza della morte del loro dante causa, rispetto alla miglior sorte dell'imputato vivente, che avrebbe viceversa il vantaggio di vedere riconosciuta la propria innocenza, sia, infine, perchè la surricordata norma non fa distinzione tra le cause estintive ed il suo senso più pregnante è quello della tutela dell'innocenza della persona vivente al momento in cui è stata promossa l'azione penale”. Gli argomenti che hanno sostenuto la decisione delle sezioni unite della cassazione sembrano tanto più convincenti in un contesto, quale quello verificabile nel presente procedimento, in cui la vicenda processuale vede il sopravvenire della causa di estinzione costituita dal decesso dell'imputato dopo il riconoscimento, in primo grado, che i fatti a lui riferiti non sussistono. Ciò induce, peraltro, ad interrogarsi sulla nozione di evidenza cui ha acceduto il

codificatore sia del 1930 che del 1988 dettando rispettivamente gli articoli 152, comma 2, e 129, comma 2. Conformemente alla giurisprudenza affermatasi vigente la prima delle disposizioni citate, ritiene questa Corte che la “evidenza” della prova che impone l’assoluzione nel merito non riguardi il mezzo di prova, considerato di per sé, ma piuttosto la conclusione logico-giuridica cui conduce l’uso dello stesso mezzo. Come ha precisato il giudice di legittimità (Cass., Sez. 4, sentenza 16839 del 21 dicembre 1990 in *Ced Rv.* 186073), «non è necessario che la prova, valutata “*prima facie*”, dia immediatamente la certezza della innocenza dell’imputato, ma basta che sia “estremamente sicuro” il giudizio al quale si perviene attraverso l’adeguata valutazione degli elementi probatori già acquisiti agli atti. In definitiva la pronta individuabilità e la preesistenza in atti della prova dell’incolpevolezza, impongono, nel caso in esame, una pronuncia di merito favorevole all’imputato pur in presenza di causa di estinzione del reato. A tale impostazione, peraltro, sembra implicitamente aderire, sotto il profilo che ora si considera, il rappresentante della Procura generale rassegnando, all’odierna udienza, conclusioni che richiedono l’assoluzione nel merito dal reato sub c).

Nello scrutinare l’imputazione di cui al capo a) (art. 479 c.p. – falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale in atto pubblico–), un primo profilo deve essere affrontato circa la stessa riconducibilità di quanto contestato al paradigma normativo del falso in atto pubblico, e ciò anche ammesso che la volontà del pubblico ufficiale si fosse determinata nel senso di rendere un parere infedele. Non vi è dubbio che il parere formulato abbia implicato un esercizio di valutazioni tecnico giuridiche, laddove, invece, il paradigma della norma incriminatrice porta a ritenere integrare gli estremi della falsità ideologica soltanto le false attestazioni del pubblico ufficiale che abbiano ad oggetto fatti da lui compiuti o caduti sotto la sua diretta e personale percezione. Restano, pertanto, al di fuori della fattispecie criminosa di cui all’articolo 479 c.p. tutte le manifestazioni di giudizio, con l’unico limite – che nel caso non si coglie – costituito da quelle manifestazioni di giudizio che sottendano, anche implicitamente, attività che si assumano falsamente compiute dal pubblico ufficiale (cfr Cass., Sez. sesta, sentenza 20 maggio 1992 nr. 6018, in *CED Rv.* 190482). Orbene nel parere per cui è processo non vi è traccia di attestazione di un fatto dal pubblico ufficiale compiuto o avvenuto alla sua presenza. Infine, la stessa natura del “parere” è tale da escludere che ad esso possa riconnettersi quella fede privilegiata che la norma incriminatrice tutela.

Il PM appellante, con argomento non privo di suggestione, sembra, come detto, individuare il fatto falsamente attestato nell’aver dato atto che si fosse pervenuto alla “aggiudicazione” già con la stipula della “convenzione normativa”. A tale argomento, però, non può non replicarsi che l’individuazione del momento della “aggiudicazione” costituisce momento centrale, se non *in sé*, di quella valutazione che al pubblico ufficiale era stata richiesta, derivando, poi, dall’individuazione del momento dell’aggiudicazione conseguenze inevitabili, sul piano logico, in punto di individuazione della normativa applicabile tra quelle succedutesi nel tempo. Non può essere, infine, sottaciuto, anche, e soprattutto, per assumere le dovute determinazioni in ordine ai capi b) e c), che il parere espresso dall’imputato, all’epoca in assenza di precedenti, si è rivelato in linea con le successive determinazioni giurisprudenziali che hanno negato la possibilità di far ricorso alla “revisione prezzi” solo in presenza di intese del tutto “autonome” rispetto ad accordi intervenuti prima dell’entrata in vigore della norma che ha abolito l’istituto della revisione prezzi (cfr. Consiglio di Stato, Sezione quarta, sentenza nr. 350 del 27 febbraio 1998).

Quanto ai fatti di cui ai capi b) e c), occorre evidenziare che i correlativi reati contestati sarebbero stati, per ciò che concerne l’Avvocato G.A., commessi col porre in essere la condotta sub a); in tale condotta risiederebbe l’apporto causale fornito sia per il reato di abuso in atti di ufficio che per quello di peculato. L’insussistenza del fatto sub a), dunque, non può non travolgere la stessa possibilità di provare gli altri reati contestati. Ed infatti, in assenza di qualsivoglia ulteriore elemento, rimane esclusivamente il dato costituito dalla mera sintonicità del parere espresso rispetto agli interessi della società M. Ma ciò, in assenza di dati ulteriori da cui desumere una qualche cointeressenza tra l’Avvocato G.A. e gli esponenti della società citata, non fornisce prova alcuna dei fatti specificamente attribuiti all’Avvocato dello Stato. Tutto ciò, peraltro, al di là della tecnica impiegata per la redazione delle imputazioni, che cumula in un solo capo condotte eterogenee riferibili a diverse persone, non pregiudica la valutazione delle condotte degli altri coimputati, condotte qui neanche incidentalmente scrutinate (*omissis*)».

L'Avvocatura dello Stato e i processi per reati ministeriali

(Corte Costituzionale, sentenze 11-24 aprile 2002, n. 134; 23-25 maggio 1990, n. 265. Corte d'appello di Roma, sezione seconda penale, sentenza 16 giugno 2003, n. 4759).

La «giustizia politica» è il punto cruciale di ogni ordinamento costituzionale perché riflette lo stato dei rapporti tra poteri dello Stato, da una parte e, dall'altra, il grado di responsabilità o immunità dei titolari del potere.

L'originario disegno costituzionale rimetteva alla Corte Costituzionale i giudizi sui reati ministeriali, ritenendosi tale altissima sede quella opportuna per l'importanza della materia trattata e, soprattutto, per la dignità delle persone coinvolte. Ma l'accesso alla Corte (che, come si ricorderà, era integrata da giudici estratti da un elenco di 45, eletti dalle Camere in seduta comune, e presso la quale fungeva da P.M. un collegio di tre commissari d'accusa) era subordinato a un'istruttoria rimessa alla c.d. Commissione (bicamerale) inquirente che, in particolare, venne contestata per la tendenza alla archiviazione delle denunce contro i ministri, tutti appartenenti allo stesso schieramento politico, rimasto immoto tra il 1946 e il 1994. Nel primo processo (la Commissione poteva proporre la messa in stato di accusa, che era deliberata dal Parlamento in S.C.) contro due ministri, il c.d. *affare Lockheed*, il sistema dimostrò, all'atto pratico, di non tenere, paralizzando per anni l'attività della Corte i cui giudici, peraltro, mantenevano (trattandosi di giudice speciale ed organo straordinario) tale veste anche *dopo* la naturale scadenza del loro mandato (art. 26, u.c., legge 20/62). Prevalse, infine, l'idea che la Corte non fosse l'organo adatto. La legge costituzionale 1/1989, lasciata alla Corte l'improbabile funzione di giudicare il Capo dello Stato, rimette, in linea generale, all'A.G. ordinaria (ed in particolare al Tribunale, in composizione collegiale, del capoluogo del distretto cui appartiene il giudice competente secondo le norme ordinarie) la giurisdizione sui reati ministeriali.

È prevista, per l'esame delle notizie di reato, l'istituzione di un Collegio di magistrati estratti a sorte, cui il P.M., *omessa ogni indagine* (si tratta di un divieto di indagare, con conseguente inutilizzabilità), rimette quanto pervenutogli. Nelle indagini il Colle-

gio cumula le funzioni di P.M. e G.I.P. e, ove non archivi, investe la Camera di appartenenza dell'indagato (o il Senato, se questi non è parlamentare) della questione. La Camera autorizza (o meno) l'esercizio dell'azione penale; può negarlo (art. 9, Legge cost. 1/89) solo se ritenga, *con valutazione insindacabile*, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse costituzionalmente rilevante o per il perseguimento di un preminente interesse pubblico.

Fin qui, il sistema. Ora, i dettagli. Se l'autorizzazione interviene, l'Assemblea (art. 9, u.c., Legge cost. 1/89) rimette gli atti al Collegio «perché continui il procedimento secondo le norme vigenti».

L'art. 3 della legge (di attuazione della Legge cost. 1/89) 219/89 aggiunge che, avvenuta la *rimessione* al Collegio, «il procedimento *continua* secondo le norme ordinarie vigenti» e che (co. 2) il Collegio trasmette gli atti al P.M.

Ora, ad interpretare il «continua» in senso *transitivo* (soggetto: il Collegio *continua*) è lo speciale Organo a dover concludere il procedimento, unendo le funzioni di P.M. e G.I.P.; nel senso *intransitivo* (soggetto: il *procedimento*) si può (ma non necessariamente *si deve*) argomentare che invece a proseguire è il P.M. (e il G.I.P.).

La Magistratura ha responsabilmente investito la Corte Costituzionale.

Invero in un primo caso in cui gli atti, in un momento di transizione fra il vecchio ed il nuovo codice di procedura penale, erano stati restituiti dalla camera dei deputati al collegio per i reati ministeriali con la concessa autorizzazione a procedere, il Collegio stesso aveva rimesso gli atti al P.M., il quale a sua volta aveva sollevato conflitto di competenza. La Corte di Cassazione, investita del conflitto, aveva sollevato questione di incostituzionalità dell'art. 3 della legge 219/89. La Corte Costituzionale con sentenza 23-25 maggio 1990, n. 265, aveva dichiarato non fondata la questione proposta, risolvendosi questa in un mero problema di interpretazione, problema che trovava la sua soluzione nel fatto che il suddetto articolo 3 andava inteso nel senso che la trasmissione degli atti dal Collegio al P.M. era avvenuta non perché quest'ultimo provvedesse allo svolgimento di tutta l'attività conse-

guente alla concessa autorizzazione ma soltanto perché partecipasse all'attività spettante al Collegio esercitando i suoi poteri. La Corte di Cassazione con sentenza 26 giugno 10 luglio 1990, n. 1817, si conformava alla pronuncia della Consulta e nella specie il Collegio per i reati ministeriali provvedeva esso stesso con ordinanza 2-18 marzo 1991 al rinvio a giudizio degli imputati.

Questa soluzione non parve all'Avvocatura dello Stato sicura ed inconfutabile, dopo il consolidarsi del passaggio al nuovo codice di procedura penale. Sollevato nuovamente conflitto di competenza, l'Avvocatura, nell'auspicare un definitivo intervento chiarificatore della Corte suprema, prospettò nel lontano anno 1993, la tesi, pur non nascondendone l'opinabilità, che, entrato in vigore il nuovo codice, coerenza avrebbe voluto che la competenza del Collegio per i reati ministeriali dovesse intendersi limitata alla fase relativa alla concessione o al diniego dell'autorizzazione a procedere. Ma la tesi non fu condivisa dalla Corte di Cassazione la quale, con sentenza sez. 1 del 4 marzo-21 aprile 1994 n. 1099 (in *questa Rassegna*, 1994, I, 171, con nota di FIUMARA e in calce la trascrizione della memoria dell'Avvocatura dello Stato) statuì che «nel procedimento penale per i reati ministeriali la competenza allo svolgimento di specifici atti istruttori, successivi alla concessione dell'autorizzazione a procedere ed alla decisione sulla richiesta di rinvio a giudizio, spetta al Collegio per i reati ministeriali». La Corte ritenne la «conservazione» del Collegio anche successivamente alla concessione dell'autorizzazione a procedere, precisando che nella fase ad essa successiva il Collegio «svolga le funzioni che erano proprie del G.I., con applicazione delle norme procedurali del previgente codice del 1930, giacché soltanto queste si conformano alla sua struttura e consentono l'esplicazione della funzione, per la quale è stato creato dalla volontà legislativa costituzionale». La Corte, però, non mancò di sottolineare che «le non poche perplessità che sorgono dalla soluzione scelta e i non lievi problemi processuali che dalla stessa potranno scaturire rendono auspicabile un ulteriore intervento chiarificatore del legislatore che, alla luce anche delle esperienze sopravvenute alla pratica applicazione delle disposizioni del nuovo codice di rito, fissi in modo organico e preciso la disciplina delle attribuzioni del Collegio nelle due fasi delle indagini».

L'auspicato intervento legislativo, però, non venne e l'indirizzo segnato dalla Corte Suprema si consolidò con numerose successive sentenze della Corte medesima (citate nella memoria dell'Avvocatura che qui di seguito viene trascritta).

Molti anni dopo, e con svariati processi ministeriali in corso, costati anni di dibattimento, la Consulta (disattendendo le argomentazioni dell'Avvocatura intervenuta in rappresentanza della Presidenza del Consiglio, a difesa del «diritto vivente» quale risultante dalla interpretazione giurisprudenziale ormai consolidata) ha riconsiderato il problema ed è pervenuta alla soluzione opposta valorizzando l'argomento che, se fosse accolta l'opinione corrente, funzioni di G.U.P. e funzioni di P.M. (nella specie: di *indagine*) sarebbero incentrate nello stesso organo, con pregiudizio dei valori di terzietà che oggi l'art. 111 Cost. esige, con conseguenze incostituzionali.

La decisione (n. 134/02, in calce riportata) è stata presa a spunto in *tutti* i processi ministeriali già talvolta conclusi in un grado, per eccepire la nullità del decreto di citazione a giudizio.

Anche nel caso qui in esame ciò è avvenuto.

Ci sono alcune considerazioni da fare (come nota critica valga la memoria di seguito pubblicata).

La sentenza della Corte d'appello di Roma non è originale, «non può non applicare» la 134/02 (mentre le «interpretative» non si applicano, forse: persuadono). È accettabile la sconfitta, ma non l'assenza di un confronto che, ci sia consentito, lo scritto difensivo sottoesteso forse meritava. L'Avvocatura – spesso criticata, e anzi addotta ad esempio da taluni polemisti a cosa potrebbe divenire il P.M. se, putacaso, diventasse un'Agenzia sotto il controllo dell'Esecutivo – ha ancora una volta dato prova di assoluta indipendenza perché, con l'accoglimento della questione di nullità, tutti gli imputati, per reati per lo più prescrivibili in 15 anni, vengono a lucrare una sostanziale *amnistia*, che non appare certo la soluzione migliore.

La Corte d'Appello non considera che il c.d. G.U.P. (distinto dal G.I.P. e destinato alla *sola* udienza preliminare) è nato nel 1998 e *non poteva* figurare in motivazione, perché nel 1997 era – semmai – il G.I.P., organo *plurifunzionale*, a dover provvedere.

Quanto alla Consulta, essa non ha ritenuto che il nuovo testo dell'art. 111 Cost. avesse *abrogato* l'art. 9, co. 4, Legge cost. 1/89, nella parte in cui disponeva che il Parlamento rimettesse gli atti al Collegio (che non è un passacarte e che, se lo deve ricevere, *continua* il procedimento) anziché al P.M. Tale soluzione avrebbe avuto il vantaggio di *salvare* questo, come altri processi con rinvio a giudizio *ante* art. 111 Cost. nuova versione.

In conclusione è spettato all'Avvocatura dello Stato assumere in questi giudizi la funzione di «parte imparziale», coprendo un'area d'interessi generali che la vicenda, nella sua oggettività, ha relegato in secondo piano.

Avv. Roberto de Felice

Corte Costituzionale, sentenza 11 – 24 aprile 2002 n. 134 – Presidente: C. Ruperto – Redattore: Zagrebelsky – F.D.L. (G. Pansini e C. F. Grosso) c/ Presidente del Consiglio dei Ministri (Avv. dello Stato P. Cosentino) – Questione di legittimità costituzionale in via incidentale.

Spetta al P.M. svolgere le indagini preliminari e formulare le richieste relative all'azione penale, nei procedimenti per i reati ministeriali, dopo l'autorizzazione della Camera competente, e spettano al G.I.P. o (G.U.P.) e non al Collegio per i Reati Ministeriali, le rispettive funzioni, previste dal rito penale, durante e dopo le indagini preliminari svolte in seguito alla predetta autorizzazione. Non è, pertanto, fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, co.4, legge 219/1989, laddove – ad avviso del remittente – dispone che il procedimento prosegua (dopo l'autorizzazione parlamentare a procedere) avanti il medesimo Collegio per i Reati Ministeriali, che cumula le funzioni di P.M. e di G.I.P.

(Art. 90 Cost.; L. Cost. 16 gennaio 1989 n. 1, art. 9, co.4; L. 5 giugno 1989 n. 219, art. 3).

«(omissis) 1. — Il Collegio per i procedimenti relativi ai reati previsti dall'art. 96 della Costituzione istituito presso il Tribunale di Napoli solleva questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 27, secondo comma, e 111 della Costituzione, della legge 5 giugno 1989, n. 219 (Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione), il cui art. 3 stabilisce che, quando gli atti del procedimento a carico di ministri siano stati rimessi al collegio a seguito della concessione dell'autorizzazione a procedere (art. 9, comma 4, della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1), «il procedimento continua secondo le norme ordinarie vigenti al momento della rimessione».

Il giudice rimettente ritiene che la norma dell'art. 3 della legge n. 219 del 1989 ora indicata comporti che l'ulteriore corso del procedimento abbia luogo innanzi al collegio, anziché davanti agli organi giudiziari ordinariamente competenti secondo il codice di procedura penale, e che quindi il giudice dell'udienza preliminare sia il medesimo collegio che, nella fase precedente, ha esercitato le funzioni di pubblico ministero. Ciò determinerebbe per l'imputato un irragionevole affievolimento di quelle garanzie che si compendiano nell'espressione «giusto processo» (art. 111, primo comma, della Costituzione), comprendenti innanzitutto il contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale (art. 111, secondo comma, della Costituzione).

2. — La legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1 (Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'articolo 96 della Costituzione), ha riformato il precedente sistema di «giustizia penale costituzionale» facente capo alla giurisdizione della Corte

costituzionale prevista dagli originari artt. 96, 134 e 135 della Costituzione, nel dichiarato intento di ricondurre all'ambito dell'ordinario diritto processuale penale il processo a carico del Presidente del Consiglio dei ministri e dei Ministri per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni.

Il nuovo art. 96 della Costituzione (art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1989) dispone che «il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i Ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria». L'assimilazione di quella che un tempo si denominava la giustizia politica alla giustizia comune è peraltro avvenuta con due particolarità. Lo stesso nuovo art. 96 della Costituzione prevede la previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale e gli artt. 7 e 8 della legge costituzionale n. 1 del 1989 istituiscono, presso il tribunale del capoluogo del distretto di corte d'appello competente per territorio, un collegio di tre magistrati per il compimento di indagini preliminari al quale, nell'ipotesi che non si debba disporre l'archiviazione della notizia di reato, spetta richiedere la predetta autorizzazione parlamentare.

L'Assemblea parlamentare competente svolge le sue valutazioni e prende le sue determinazioni secondo le disposizioni dell'art. 9, commi da 1 a 3, della legge costituzionale n. 1 del 1989 e, ove conceda l'autorizzazione, «rimette gli atti al collegio di cui all'articolo 7 perché continui il procedimento secondo le norme vigenti» (comma 4 dello stesso art. 9). A sua volta, l'impugnato art. 3 della legge ordinaria di attuazione (n. 219 del 1989) stabilisce che «quando gli atti siano stati rimessi ai sensi del comma 4 dell'articolo 9 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, al collegio ivi indicato, il procedimento continua secondo le norme ordinarie vigenti al momento della rimessione».

Il giudice rimettente in questo giudizio di costituzionalità è per l'appunto il collegio il quale, essendo stati rimessi gli atti dalla Assemblea parlamentare a seguito della concessione dell'autorizzazione a procedere nei confronti di un ex ministro della Repubblica, si trova a celebrare l'udienza preliminare. Dalla constatazione della propria doppia funzione – quella già svolta, quale organo delle indagini preliminari che richiede l'autorizzazione a procedere dopo avere esclusa l'archiviazione; quella da svolgere, quale giudice dell'udienza preliminare cui, sulla base degli atti d'indagine compiuti (ed eventualmente delle integrazioni d'indagine e probatorie ora consentite dagli artt. 421-*bis* e 422 cod. proc. pen., secondo ciò che è disposto dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479), spetta decidere il non luogo a procedere ovvero disporre il giudizio (art. 424 cod. proc. pen.) – la censura di incostituzionalità sottoposta all'esame della Corte costituzionale.

3. — Il Presidente del Consiglio dei ministri, tramite l'Avvocatura generale dello Stato, eccepisce preliminarmente l'inammissibilità della questione, sulla base di due considerazioni: la ritenuta genericità dell'ordinanza di remissione, dalla quale risulterebbe l'impugnazione dell'intera legge n. 219 del 1989; il carattere sostanzialmente legislativo dell'intervento che si richiede alla Corte costituzionale, la quale sarebbe indotta sul terreno delle scelte normative riservate al legislatore. L'eccezione, sotto entrambi i profili, non è fondata. Dal tenore della pur sintetica ordinanza di remissione e, in particolare, dall'esposizione delle circostanze che hanno dato luogo al dubbio di costituzionalità, si evince con chiarezza che denunciata è la disciplina della fase processuale seguente la concessione dell'autorizzazione parlamentare, per quanto riguarda l'organo giudiziario competente a condurla, cioè il già ricordato art. 3, comma 1, della legge n. 219 del 1989. Quanto al secondo profilo di inammissibilità, la sua inconsistenza risulterà dal seguito della motivazione.

4. — Nel merito, la questione non è fondata.

4.1. — Il dubbio di costituzionalità prospettato riguarda la sovrapposizione nel medesimo organo giudiziario (il collegio istituito dall'art. 7 della legge costituzionale n. 1 del 1989) della funzione di giudice dell'udienza preliminare con quella di organo delle indagini preliminari, competente a disporre l'archiviazione e, in mancanza, a richiedere all'Assemblea parlamentare l'autorizzazione a procedere. Tale sovrapposizione deriva da un'interpretazione delle norme vigenti in materia che trova conforto nella giurisprudenza della Corte di cassazione (che ha altresì respinto come manifestamente infondate le questioni di legittimità sollevate in proposito) e di alcuni Collegi per i reati ministeriali. Ma, quel che più conta in questa sede, tale interpretazione è stata accolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 265 del 1990.

In questa decisione si affermava che la predetta interpretazione si ricava «con certezza» dalla lettera della disposizione della legge costituzionale, là dove essa afferma che il collegio competente nella prima fase del procedimento lo continua secondo le norme vigenti. A questa osservazione, si faceva seguire, a conferma, il rilievo che l'originaria formulazione della legge costituzionale (la rimessione degli atti al Procuratore della Repubblica «perché [avesse] corso il procedimento secondo le norme vigenti») era stata dalla Camera dei deputati modificata in quella attuale mediante un apposito emendamento e che il tentativo operato dal Senato di ripristinare il testo originario non aveva avuto successo.

4.2. — L'orientamento predetto non può essere confermato, prima che per le sue ipotizzate conseguenze incostituzionali, perché così impone l'interpretazione sistematica dell'ordinamento, quale è venuto a configurarsi progressivamente nel tempo, un'interpretazione alla quale non si oppone — come si vedrà — né la lettera della legge, né la cosiddetta volontà del legislatore.

Dall'epoca in cui la responsabilità penale costituzionale dei ministri è stata riformata e la prima sentenza della Corte costituzionale su di essa pronunciata, il quadro normativo, relativamente all'eventualità che funzioni decisorie possano essere svolte da magistrati che abbiano promosso l'azione penale o esercitato poteri d'indagine, è profondamente mutato; anzi, è stato capovolto. Al momento dell'approvazione della riforma era ancora in vigore il precedente codice di procedura penale, il quale conosceva quella commistione di funzioni, tanto nel caso del processo pretorile quanto nell'istruzione formale condotta dal giudice istruttore. Il processo penale rinnovato dal codice del 1988 si è ispirato all'opposto principio della separazione dei due tipi di funzioni, separazione imposta al legislatore delegato dall'art. 2, numero 67, della legge 16 febbraio 1987, n. 81 (Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale), nonché dall'art. 6 (Diritto ad un processo equo) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo), richiamata dalla stessa legge-delega nella prima proposizione dell'art. 2. Da questa esigenza deriva la soppressione da parte del nuovo codice tanto del precedente tipo di processo pretorile quanto della figura del giudice istruttore, in conseguenza della scelta di modelli processuali di tipo accusatorio. Con riferimento ai riti previsti dal nuovo codice, poi, l'art. 34 cod. proc. pen., al comma 3, tra i vari casi di incompatibilità all'ufficio di giudice, prevede quello di chi ha esercitato nel medesimo procedimento funzioni di pubblico ministero.

L'anzidetto sviluppo della legislazione processuale penale circa il rapporto tra funzioni di pubblico ministero e funzioni di giudice non è indipendente dal parallelo rafforzamento del principio di «terzietà» del giudice sul piano costituzionale, manifestatosi di pari passo negli orientamenti degli studiosi e tradottosi nella giurisprudenza e nella legislazione costituzionali. Donde la difficoltà di separare con nettezza il piano delle norme poste dal legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, da quello del principio costituzionale presupposto, che esso è tenuto a svolgere.

Dopo una prima fase di acquiescenza di fronte alla confusione funzionale che, per vari aspetti, segnava il codice processuale abrogato (sentenze n. 61 del 1967, n. 123 del 1970, n. 101 del 1973, in tema di procedimento penale pretorile), la giurisprudenza della Corte costituzionale si è decisamente orientata nel senso di ritenere la separazione funzionale coesistente alla struttura stessa del processo penale, secondo i principi di parità fra accusa e difesa e di «terzietà» del giudice rispetto all'una e all'altra (sentenze n. 268 del 1986 e n. 172 del 1987, anch'esse in tema di processo penale pretorile, nonché, in generale, sentenze n. 330 del 1997 e n. 292 del 1992). Con la sentenza n. 131 del 1996, i medesimi principi assumono a elementi costitutivi del «giusto processo», espressione che compendia la disciplina che la Costituzione detta circa i caratteri della giurisdizione e i diritti di azione e difesa in giudizio. Il processo può dirsi giusto in quanto, tra l'altro, sia assicurata l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di «terzietà» che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella degli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e difesa in giudizio. Il medesimo ordine di esigenze costituzionali è alla base, poi, della giurisprudenza di questa Corte in tema di incompatibilità al giudizio, *ex art. 34 cod. proc. pen.* (a partire dalla sentenza n. 432 del 1995), e di astensione e ricsuzione (sentenza

n. 283 del 2000), per possibile pre-giudizio del giudice. Questi sviluppi hanno da ultimo trovato la loro sanzione costituzionale formale nel nuovo testo dell'art. 111 della Costituzione, posto con l'art. 1 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» (primo comma); «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale» (secondo comma).

4.3. — Di fronte al quadro ordinamentale così venutosi a configurare, il rapporto tra il procedimento a carico dei ministri per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni e il diritto processuale comune che si determinerebbe in base all'interpretazione adottata a suo tempo dall'art. 9, comma 4, della legge costituzionale n. 1 del 1989 e, ora, fatta propria dal giudice rimettente, comporterebbe conseguenze assolutamente singolari. Non lo erano al tempo dell'approvazione di tale legge, quando la commistione delle funzioni di pubblico ministero e di giudice non era stata ancora superata dal nuovo codice, il quale versava allora in regime di *vacatio legis*. Il principio della anzidetta distinzione incontrerebbe invece, oggi, in base a quell'interpretazione, una rottura evidente, in quanto l'organo che ha compiuto le indagini preliminari e ha richiesto l'autorizzazione parlamentare avendo escluso la possibilità di procedere all'archiviazione della notizia di reato sarebbe investito della celebrazione dell'udienza preliminare: dovrebbe cioè, sulla base delle risultanze delle indagini da esso stesso condotte, adottare la sentenza di non luogo a procedere o il decreto che dispone il giudizio (art. 424 cod. proc. pen.), nonché celebrare, quando ne ricorrano le condizioni, il giudizio abbreviato a norma dell'art. 438 cod. proc. pen., ovvero applicare la pena su richiesta a norma dell'art. 444 cod. proc. pen.

Una simile conseguenza – salva comunque la possibilità di una sua valutazione alla luce dei principi supremi della Costituzione (sentenza n. 1146 del 1988) – dovrebbe accettarsi solo se fosse disposta esplicitamente e inconfutabilmente da una norma di revisione della Costituzione, il che non è.

4.4. — In primo luogo, come indicazione generale, deve considerarsi che, per quanto riguarda la responsabilità penale dei ministri, la legge costituzionale n. 1 del 1989 – con l'esclusione degli artt. 1 e 2 – non è legge di revisione della Costituzione ma contiene norme per l'attuazione dell'art. 96 riformato. Ciò, già di per sé, induce a ricercare l'interpretazione che ne permetta il più facile e armonico inserimento nel quadro costituzionale vigente, tanto più in presenza dell'intento normativo, esplicito nel nuovo art. 96 della Costituzione (introdotto dall'art. 1 della legge costituzionale in questione), di valorizzare in materia il diritto processuale comune.

La norma dell'art. 9, comma 4, – «L'assemblea, ove conceda l'autorizzazione, rimette gli atti al collegio di cui all'articolo 7 perché continui il procedimento secondo le norme vigenti» – deriva dall'approvazione da parte della Camera dei deputati (*Atti parlamentari, Camera dei deputati*, X legislatura, discussioni, seduta del 12 maggio 1988) di un emendamento sostitutivo della corrispondente norma approvata dal Senato della Repubblica: «L'assemblea, ove conceda l'autorizzazione, rimette gli atti al procuratore della Repubblica perché abbia corso il procedimento secondo le norme vigenti». L'innovazione, della cui *ratio* i promotori non dettero spiegazione, consiste in questo: la rimessione degli atti al collegio, anziché al procuratore della Repubblica; la «continuazione del procedimento» anziché «l'aver corso del procedimento».

Nella seconda «lettura» del Senato, si levarono voci contrarie all'innovazione apportata dalla Camera dei deputati (*Atti parlamentari – Senato della Repubblica – X legislatura*, 132^a seduta, Assemblea, 1° luglio 1988), che riprendevano una critica, già emersa nell'altra Camera, rivolta alla possibilità che alla stregua della lettera della norma il collegio «continui il procedimento», secondo le norme vigenti. In tal modo, si disse, si veniva a contraddire il significato generale della riforma, impostata su una deroga al diritto comune solo fino al e non oltre il momento della concessione dell'autorizzazione a procedere da parte della Camera competente. Nello stesso ordine di idee si espresse il relatore il quale, peraltro, ritenne che la criticata espressione introdotta dalla Camera dei deputati – «perché continui il procedimento» – potesse e dovesse leggersi: «perché il procedimento continui». In tal modo, sulla base della sola lettura testuale, si veniva a sostituire il soggetto della proposizione («il procedimento» in luogo de «il collegio») e a intendere in senso intransitivo il significato del verbo «continuare», consentendo l'ingresso nel procedimento a carico dei ministri

delle norme processuali penali comuni («secondo le norme vigenti») già dal momento immediatamente successivo alla rimessione degli atti da parte della Assemblea parlamentare. L'apertura di questa possibilità interpretativa nel dibattito parlamentare al Senato fu fatta valere per superare le ragioni che avrebbero militato per il ripristino del testo originario, approvato in prima lettura dal Senato stesso, ciò che avrebbe peraltro comportato un rischio, con il ritorno all'altra Camera, per l'approvazione come tale o, comunque, per l'approvazione tempestiva della legge costituzionale.

Da ciò risulta dunque che la lettera della disposizione dell'art. 9, comma 4, della legge costituzionale non è risolutiva. E, quanto all'intenzione del legislatore costituzionale, al non espresso intento della Camera dei deputati che ha introdotto l'emendamento da cui tale disposizione è derivata, può contrapporsi l'opposto intendimento espresso, senza incontrare dissensi, da parte del Senato della Repubblica e dal relatore della legge in particolare. Né può attribuirsi – come fatto nella sentenza n. 265 del 1990 di questa Corte – peso eccessivo alla circostanza che il Senato, nella seduta predetta, ebbe a respingere senza esplicite motivazioni un emendamento volto a ripristinare l'originario art. 9, comma 4: la spiegazione di tale rigetto può ragionevolmente trovarsi in quella stessa esigenza di conclusività del procedimento legislativo che aveva indotto ad approvare comunque il testo che proveniva dalla Camera dei deputati.

4.5. — L'obiettivo incertezza derivante dalla lettera della legge e dall'intenzione del legislatore induce allora a far prevalere le ragioni sistematiche che sopra si sono dette e a ritenere conclusivamente che, una volta concessa l'autorizzazione dall'Assemblea parlamentare, nella forma prevista dal comma 3 dello stesso art. 9, gli atti siano restituiti al collegio che a essa li aveva inviati, affinché il procedimento prosegua secondo le forme ordinarie, vale a dire per impulso del pubblico ministero e davanti agli ordinari organi giudicanti competenti. Ciò è per l'appunto quanto risulta pianamente dall'impugnato art. 3 della legge n. 219 del 1989, la cui compatibilità con l'interpretazione fino a ora data alla corrispondente norma della legge costituzionale non risulterebbe invece evidente. Tale art. 3, commi 1 e 2, infatti, stabilisce che «quando gli atti siano stati rimessi ai sensi del comma 4 dell'articolo 9 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, al collegio ivi indicato, il procedimento continua secondo le norme ordinarie vigenti al momento della rimessione» e aggiunge che, in tal caso, «il collegio provvede senza ritardo a trasmettere gli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale indicato nell'articolo 11 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1».

5. Così ricostruito il sistema e, in esso, così precisata la portata della norma impugnata, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Collegio per i procedimenti relativi ai reati previsti dall'art. 96 della Costituzione istituito presso il Tribunale di Napoli deve essere dichiarata non fondata per l'erroneità del presupposto interpretativo dal quale il giudice rimettente è partito. (*omissis*)».

Il primo «caso», di opposta soluzione.

Corte Costituzionale, sentenza 23 – 25 maggio 1990 n. 265 – *Presidente: G. Conso Redattore: F. Greco*

Nel procedimento per i reati ministeriali previsto dalla Legge costituzionale 1/89 e dalla legge 219/1989, competente alla prosecuzione delle indagini preliminari, dopo l'autorizzazione parlamentare a procedere, è lo stesso collegio previsto dall'art. 7 legge Costituzionale 1/89.

«(*omissis*) 1. — Si dubita che l'art. 3, secondo comma, della legge 5 giugno 1989, n. 219 – stabilendo che il collegio di cui all'art. 7 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, dopo la concessione della autorizzazione a procedere *ex art. 9* della stessa legge costituzionale e la conseguente trasmissione degli atti ad esso, debba provvedere, a sua volta, alla trasmissione degli stessi senza ritardo al Procuratore della Repubblica competente per l'ulteriore corso del procedimento – violi il disposto del citato art. 9, quarto comma, della legge costituzionale n. 1 del 1989, il quale prevede, invece, che detta competenza spetta al collegio.

2. — Non si può non condividere la interpretazione del quarto comma dell'art. 9 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, accolta dalla Corte di cassazione nel senso che «L'Assemblea, ove conceda l'autorizzazione, rimette gli atti al collegio perché continui il procedimento secondo le norme vigenti». Si tratta dello stesso collegio speciale previsto dal-

l'art. 7 della stessa legge, il quale ha già compiuto le indagini preliminari che hanno, poi, dato luogo al procedimento svoltosi dinanzi all'Assemblea della Camera competente per la concessione o meno dell'autorizzazione a procedere.

La suddetta interpretazione si ricava con certezza dalla lettera della disposizione in esame, là dove è detto testualmente che lo stesso collegio competente nella prima fase del procedimento lo continua secondo le norme vigenti. Il significato letterale non cambia anche se il verbo «continui» si ritenga riferito al procedimento, in quanto è sempre chiara la designazione a compiere l'istruttoria del collegio al quale sono stati rimessi gli atti dall'Assemblea.

Il testo originario stabiliva «che l'Assemblea, ove conceda l'autorizzazione, rimette gli atti al Procuratore della Repubblica perché abbia corso il procedimento secondo le norme vigenti».

La disposizione è stata radicalmente modificata in quella attuale a seguito dell'approvazione di un apposito emendamento da parte della Camera dei deputati.

In sede di seconda lettura al Senato, vi è stato il tentativo di ripristinare il testo originario, ma è stato confermato quello emendato.

Pertanto, in aderenza alla disposizione costituzionale, il secondo comma dell'art. 3 della legge 5 giugno 1989, n. 219, il quale statuisce che, in caso di concessione dell'autorizzazione a procedere, «il collegio, provvede, senza ritardo, a trasmettere gli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale», va interpretato nel senso che tale trasmissione degli atti dal collegio al pubblico ministero avviene non perché questi provveda «allo svolgimento di tutta l'attività conseguente alla concessa autorizzazione», ma perché partecipi all'attività spettante al collegio esercitando i suoi poteri. (*omissis*).

Corte di Appello di Roma, sezione seconda penale – Memoria dell'Avvocatura Generale dello Stato – Anas e Ministero delle Infrastrutture (Avv. dello Stato R. de Felice, cont. 19458/1997) c/ P. ed altri e nei confronti del Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Roma (Sost. P.G. Cons. Salvatore Cantaro).

«Diritto: Si allega, *ex adverso*, la sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale del 24 aprile 2002, n. 134, in base alla quale gli imputati asseriscono la nullità del decreto che dispose il presente giudizio e degli atti successivi, perché adottati da Organo supposto incompetente.

Il rispetto delle Istituzioni, e ancor più quello del Popolo, fanno sì che sia compito dei Giudici di questo processo disattendere le indicazioni e le doglianze degli imputati.

Queste ultime inducono a svolgere almeno un triplice ordine di considerazioni: il primo di natura squisitamente giuridico-costituzionale, gli altri due inerenti problematiche di natura sistematica, strettamente connesse con il merito del presente processo.

In primo luogo, come già rilevato, il provvedimento della Corte Costituzionale *ex adverso* invocato ha natura di sentenza interpretativa di rigetto. È noto come questo tipo di intervento non conferisca al pronunciato costituzionale valore vincolante *erga omnes* (cfr., *ex plurimis*, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, IX ed., Milano, 1997, 636 e 637), anche perché, se così fosse, la Corte si sostituirebbe indebitamente al legislatore ordinario con una sorta di interpretazione autentica del testo legislativo (cfr. sent. n. 40 del 1979).

Tali rilievi sono destinati ad avere un peso ancora più decisivo considerato che sono condivisi dallo stesso Giudice redattore della sentenza, Prof. Zagrebelsky: cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, III ed., Il Mulino, 1977, 256; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 652 e 653.

Per completezza espositiva, giova rilevare come, oltretutto, non sia pacifico nemmeno il valore da attribuire a tale tipologia di sentenza nei confronti dello stesso Giudice remittente. Rispetto alla (minoritaria) tesi (cfr. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giur. cost.* 1966, 1715 ss.) del c.d. vincolo positivo, secondo la quale il Giudice è tenuto ad applicare la norma quale la Corte l'ha individuata, è, infatti, prevalente quella di chi (cfr. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.* 1962, 605 ss.) ritiene che il vincolo sia soltanto negativo, giacché la sentenza vieterebbe al

Giudice di interpretare il testo nel senso disatteso dalla Corte, ma lo lascerebbe libero di dargli qualsiasi altra interpretazione (purché ritenga manifestamente infondata ogni questione di legittimità costituzionale rispetto alla norma da lui tratta dal testo).

Quanto al secondo ordine di considerazioni cui prima si faceva cenno, esso prende le mosse dall'esplicito riconoscimento, effettuato più volte dalla stessa Corte Costituzionale (cfr., ad esempio, sentenze n. 167 del 1976, n. 88 del 1977 e 34 del 1979), a mente del quale il potere di reinterpretare il testo si arresta innanzi alla costante esegesi giurisprudenziale che attribuisce al precetto legislativo un determinato significato (c.d. diritto vivente: cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, III ed., Padova, 1998, 778). Al riguardo, infatti, la Corte ha rilevato che essa, «pur nella sua piena autonomia di giudizio, non può non tenere il debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisce al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica se è vero, come è vero, che le norme sono non quali proposte in astratto ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci» (sent. n. 88 del 1977); *con ciò privilegiando gli orientamenti della Corte di Cassazione* (v., ad esempio, la sent. n. 254 del 1992).

All'uopo giova rilevare come l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 3, comma I, della legge 5 giugno 1989, n. 219, in uno con quella dell'art. 9, comma quarto, della legge Cost. 16 gennaio 1989, n. 1 dal quale deriva, sia stata sempre univoca nel ritenere che al Tribunale «ministeriale» competesse anche la celebrazione dell'udienza preliminare: cfr. Cass., sez. I pen., 4 marzo 1994, in *Giust. pen.* 1994, III, 301; Cass., sez. I pen., 2 luglio 1996; Cass., sez. VI pen., 10 ottobre 1997, Grandini; Cass., sez. VI pen., 15 giugno 1998, Buda; Cass., sez. VI pen., 17 febbraio 1999, De Lorenzo; Cass., sez. VI pen., 14 giugno 2001, De Lorenzo.

L'interpretazione del Giudice di legittimità (più rispondente alla *ratio legis* e anche più garantista, come si esporrà in seguito) trova giustificazione in base a due argomenti principali, tra loro collegati. Da un lato, trattandosi di disciplina di rango costituzionale (attuativa della legge di revisione dell'art. 96 Cost.), non sono ad essa applicabili le regole del procedimento penale ordinario, ove non espressamente richiamate; sicché, al procedimento per i reati ministeriali non può estendersi la regola di incompatibilità di cui all'art. 34, comma III, c.p.p. Dall'altro lato, è proprio l'art. 9, comma IV, legge Cost. 1/1989 a statuire letteralmente che, una volta autorizzata la procedibilità, il Parlamento rimette gli atti al collegio perché questo «continui il procedimento secondo le norme vigenti», dovendo, quindi, gestire esso stesso anche la fase successiva alla chiusura delle indagini.

Sul punto giova, inoltre, richiamare le considerazioni di cui alla sentenza 22 ottobre 1997, n. 311 della Corte Costituzionale (il cui redattore è stato lo stesso Giudice Zagrebelsky), resa a mente della pregressa disciplina dell'art. 34 c.p.p., *nel vigore del quale è stato instaurato il presente giudizio*. La pronuncia da ultimo richiamata ha affermato che «può farsi questione d'incompatibilità del giudice in conseguenza di precedenti decisioni prese nel corso del procedimento solo in quanto egli sia chiamato a rendere un giudizio sul merito dell'accusa». Sulla base di tale presupposto il Giudice delle Leggi ha concluso che all'attività cui il giudice è chiamato nell'udienza preliminare debba riconoscersi (anche dopo la modifica dell'art. 425 cod. proc. pen. operata dalla legge 8 aprile 1993, n. 105: v. sentenza n. 71 del 1996), una funzione essenzialmente processuale, in quanto controllo sulla legittimità della domanda di giudizio avanzata dal pubblico ministero e non quale giudizio anticipato rispetto a quello dibattimentale (cfr. sentenza n. 82 del 1993). Pertanto non è ad esso estensibile la regola dell'incompatibilità prevista nel comma II dell'art. 34 c.p.p., vecchia formulazione (cfr. sentenza n. 64 del 1991; ordinanze nn. 24, 232, 279, 333 e 410 del 1996, e n. 97 del 1997). *Risulta evidente come tale ragionamento valga, mutatis mutandis, anche per il procedimento per i reati ministeriali, di cui in parola*.

A conferma di ciò, per quel che concerne le affermazioni che precedono circa la natura di alcune delle decisioni che il giudice dell'udienza preliminare è chiamato a prendere, il riferimento più pertinente è alla sentenza n. 155 del 1996 della Corte Costituzionale, con la quale è stato affermato che la precedente pronuncia in ordine a una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato determina un pregiudizio dell'imparzialità del giudice, qualora lo stesso venga chiamato nell'udienza preliminare, su iniziativa delle parti, a pronunciarsi in sede di giudizio abbreviato (art. 438 ss. c.p.p.), ovvero a disporre l'applicazione della pena su richiesta (art. 444 ss. c.p.p.). Pur nella diversità delle situazioni, il punto comune è rappresentato da pronunce terminative del giudizio che contengono o presuppongono l'affer-

mazione di responsabilità dell'imputato. La possibilità di tali pronunce priva l'udienza preliminare della sua funzione *naturaliter* processuale e dimostra (nelle due ipotesi considerate) l'esistenza di un giudizio, la cui partecipazione è inibita, per esigenze di imparzialità, al giudice che in precedenza si sia pronunciato in ordine a una misura cautelare personale nei confronti del medesimo imputato.

Al contrario, la Corte Costituzionale (sempre nella citata sentenza n. 311 del 1997), ha affermato che nel processo penale minorile l'udienza preliminare si presenta con caratteristiche tali da escludere la riferibilità ad essa delle considerazioni svolte per il processo penale comune. Rileva, infatti, la Corte come nel processo penale a carico dei minori, il giudice dell'udienza preliminare – costituito da un collegio composto da un magistrato e da due giudici onorari, a norma dell'art. 50-*bis*, comma 2, del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (inserito dall'art. 14 delle «Norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni», in allegato al d.P.R. 22 settembre 1988, n. 449) – sia chiamato a prendere decisioni che non trovano riscontro nell'udienza preliminare del giudizio penale comune. In particolare, oltre a poter pronunciare d'ufficio sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto (artt. 27 e 32 del d.P.R. n. 448 del 1988), può sospendere il processo e mettere alla prova l'imputato e, dopo non oltre tre anni o un anno a seconda dei casi, dichiarare l'estinzione del reato, prendendo provvedimenti conseguenti circa l'affidamento del minorenne ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e impartendo prescrizioni dirette alla riparazione delle conseguenze del reato e alla conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato (artt. 28 e 29); può pronunciare sentenza di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale (art. 32, comma I) o (in conseguenza del rinvio operato dall'art. 32, comma I, all'art. 425 c.p.p.) per difetto di imputabilità (v. sentenza n. 41 del 1993), nonché sentenza di condanna a sola pena pecuniaria o a sanzione sostitutiva (art. 32, comma II). Questa più ampia gamma di esiti dell'udienza preliminare nel processo penale minorile, che è giustificata dalla necessità di evitare fin dove è possibile la celebrazione del giudizio dibattimentale, in considerazione delle speciali esigenze di protezione della personalità dei minori coinvolti, fa sì che la funzione di tale udienza non possa ritenersi di natura analoga a quella dell'udienza preliminare nel giudizio penale comune, cioè esclusivamente processuale. Non potrebbe ritenersi che il giudice dell'udienza preliminare minorile sia chiamato a svolgere essenzialmente un'attività di controllo sull'azione del pubblico ministero al fine di aprire o chiudere la possibilità dello svolgimento del processo nella sede propria del dibattimento: la sua è infatti una funzione di giudizio che include la possibilità di adottare pronunce altrimenti riservate all'organo del dibattimento e che può perfino sfociare in una sentenza di condanna o in una sentenza che presuppone comunque l'accertamento della responsabilità (v. sentenza n. 77 del 1993). *Risulta evidente come nessuna delle suesposte considerazioni possa essere riferita al procedimento per i reati ministeriali.*

All'uopo giova rammentare come queste considerazioni siano state avallate dalla stessa Corte Costituzionale (cfr. sent. 25 maggio 1990, n. 265, in *Foro it.* 1990, I, c. 3362 ss.), che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma II, della legge 219/1989. Peraltro, la sentenza 134/2002, *ex adverso* allegata, non disconosce in alcun modo quanto statuito nella precedente pronuncia richiamata. Semplicemente si limita ad affermare che i mutamenti legislativi nel frattempo intervenuti («Il quadro normativo... è profondamente mutato; anzi, è stato capovolto») non consentono più una tale interpretazione, allora tuttavia pienamente giustificata.

È proprio da questa asserzione che doverosamente scaturisce il terzo ordine di considerazioni cui prima si faceva riferimento. La sentenza motiva affermando che l'interpretazione sostenuta dai Giudici di legittimità e dalla stessa pronuncia della Corte Costituzionale dianzi citata fosse in linea con i principi generali dell'ordinamento nel 1989, anno della *vacatio* (sino al 24 ottobre) del Codice Vassalli, quando ancora – si afferma – era diffusa la cultura della commistione tra accusatore, giudice e inquirente. Tuttavia, l'unica prova addotta a sostegno di tale asserzione è costituita dalla permanenza del vecchio rito pretorile.

L'affermazione è quantomeno apodittica. Il Codice Rocco, nell'istruzione (formale e sommaria) del Pubblico Ministero (nel prosieguo, P.M) prevedeva una netta distinzione di ruoli, riservando al P.M. la funzione di promuovere dell'azione penale, al Giudice Istruttore (nel prosieguo, G.I.) o al P.M. quella di indagare, e al Tribunale quella di giudicare.

Benché sia vero che il rito pretorile facesse in un certo qual modo eccezione a tale regola (solo in dibattimento esisteva un P.M., peraltro precario), ciò, tuttavia, si giustificava in virtù delle competenze bagatellari attribuite al Pretore (già nell'Ordinamento Grandi inquadrato in un ruolo «minore» della Magistratura – quello dei pretori e primi pretori – poi confluito in quello dei magistrati di Tribunale) e per ragioni di speditezza. Specularmente, oggi, in virtù delle medesime esigenze (celerità del giudizio e competenza bagatellare) è il rito del Giudice di Pace in materia penale (D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274) per più versi derogatorio rispetto ai principi generali del c.p.p.: si pensi all'archiviazione per particolare tenuità del fatto (*ex art. 34 del D. Lgs. 274/2000*) o alla citazione diretta a giudizio da parte della persona offesa in caso di reato perseguibile a querela (*ex art. 21 del D. Lgs. 274/2000*).

Tuttavia, nessuno di coloro che (giustamente) hanno rilevato tali discrepanze ha mai sostenuto che per ciò solo fossimo di fronte ad un sovvertimento del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale da parte del P.M., nell'un caso, o ad un'evoluzione a vantaggio dell'azione penale privata, nell'altro.

Alla luce dei rilievi formulati, non vi è dubbio che il rito pretorile costituisse un'eccezione al sistema: per di più, un'eccezione unanimemente criticata dalla dottrina.

Se solo si considera che il 24 ottobre 1988 era stato promulgato il Codice Vassalli, e che nell'anno di *vacatio* molte sue norme erano state estese al processo pretorile (tra cui quella dell'obbligo di contestare il fatto-reato prima di emettere il decreto di citazione a giudizio), è semplicistico e assurdo ritenere che un legislatore, che si accingeva a mutare *ad semper* la Costituzione (la legge costituzionale «incriminata» è del 1989), fosse influenzato da reminiscenze puramente inquisitorie.

Il quadro dei principi generali era, dunque, ben diverso da quello descritto dalla sentenza della Corte Costituzionale *ex adverso* allegata, venendo praticamente a coincidere con quello attuale. Sicché l'argomento prospettato con tanta enfasi nella pronuncia *de qua* si appalesa meramente impressionistico e, peraltro, non logico.

Né è di maggior pregio il rilievo concernente la riforma dell'art. 111 Cost., che, peraltro, data dal 1999 (legge Cost. 23 novembre 1999, n. 2), giacché essa è *successiva al decreto che dispone il giudizio* oggi oltraggiato (si ricordi come la stessa sentenza 134/2002 della Corte Costituzionale metta in discussione l'interpretazione di cui alla sent. 265/1990 solo dal momento in cui sarebbe intervenuto il preteso mutamento nel quadro dei principi generali) e soprattutto perché, come si vedrà, essa non incide minimamente sulla sostanza del discorso.

Il primo comma dell'art. 111 Cost. è un proclama di *political correctness*, in quanto un processo è giusto se in esso sono rispettate le regole – giuridiche – che lo governano; se è ingiusto per ragioni morali o politiche, ciò non spiega rilevanza ai fini processuali.

I *conditores* di tale articolo vollero impropriamente tradurre l'espressione, mutuata dal diritto angloamericano, di *due process to the law* ignorando, inesperti quali erano, che la parola *due* significa dovuto. Precisamente si tratta di un vocabolo superstite di quel *Ley French* o francese legale (in realtà anglonormanno) oggi parlato nelle isole del Canale e, sino al 1700, nelle Corti di *Westminster*.

Esso è, esattamente, il participio passato del verbo *devoir*, rimasto incastonato nella lingua inglese come un antico gioiello, e nella grafia del tempo. In poche parole, il brocardo inglese, tradotto e non tradito, significa che nessuno può essere condannato senza il processo dovuto secondo la legge. Un'aspirazione più modesta dei proclami di giustizia, che esprime il carattere di necessità e conformità alla legge del processo penale.

Il novellato secondo comma dell'art. 111 Cost. esige che il Giudice sia imparziale e terzo: requisiti che non aggiungono molto alla definizione di Giudice.

La sentenza in esame non considera, *in primis*, che l'imputazione, anche nel rito ministeriale, è atto del P.M., e che quindi il Collegio cumula solo le funzioni di investigatore (non raccogliendo, col rito Vassalli, prove, come una volta) e di Giudice per le indagini preliminari (nel prosieguo, G.I.P.). Orbene questo non lo rende parziale. A prescindere dalle scarse attribuzioni del G.I.P. (nell'udienza preliminare egli può solo assolvere, ma non condannare: si tratta di una quasi giurisdizione, e non di una giurisdizione piena), *tutti i giudici dibattimentali svolgono un'attività di accesso al fatto e di cognizione delle prove* (che è la stessa di chi indaga, a ben vedere) ed *essi possono procedere d'ufficio a tali indagini*, come nel caso dell'art. 507 c.p.p., *senza divenire meno terzi*.

La sentenza 134 del 2002 allude, poi, alla giurisprudenza della Corte Costituzionale sulle varie *incompatibilità* dei giudici pregiudicati dalla previa conoscenza di atti. *In primis*, non è persuasivo il rilievo secondo cui, se un Organo, che non è immutabile nelle persone, ha indagato, non può poi ricoprire il ruolo di G.I.P. e quindi tale ruolo deve essere ricoperto da un altro Organo. Il problema è nelle persone. E non risulta che vi siano state istanze di ricusazione accolte. Al contrario la Cassazione ha respinto, nel processo in esame, una simile questione. *Ergo*, il problema non si pone.

In secundis, il rito ministeriale è un sottosistema con suoi principi, che va indagato come tale. Si passa, com'è noto, dalla Commissione Inquirente, e dall'accusa politica avanti le Camere riunite, con giudizio della Corte Costituzionale, alla competenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria. Tuttavia, per norma costituzionale, è posta una preclusione al P.M.: egli non può indagare. Le investigazioni sono, infatti, svolte da un Collegio di Magistrati, che cumula le funzioni di indagine e di G.I.P. (eccetto quella di promozione della azione penale, che spetta al P.M.).

Il Collegio può archiviare o richiedere alla Camera competente l'autorizzazione a procedere. Nella seconda ipotesi, una volta ottenuta tale autorizzazione, gli atti ritornano al Collegio stesso.

Non occorre certo lunga esperienza in materia penale per sapere che, al ritorno degli atti, le indagini proseguono e possono scoprirsi ulteriori reati. Se è il Collegio a proseguire, potrà indagare e richiedere ulteriori autorizzazioni. Al contrario, se è il P.M. ordinario, come ritiene la sentenza 134/2002, si verifica una situazione di stallo completo. Egli, infatti, non può indagare sulle nuove notizie di reato ministeriali, ma deve nuovamente interessare il Collegio. Dunque, il procedimento si blocca sino a nuova autorizzazione della Camera, e tutto ciò che il P.M. ha raccolto è inutilizzabile per le nuove contestazioni.

Alla luce di queste considerazioni, *ex art. 97 Cost.*, è sicuramente più costituzionalmente orientata un'interpretazione che vede nel Collegio l'unico organo di indagine. Soprattutto, considerato che il Collegio, e non il paventato (ma esistente) P.M. d'assalto, è un organo che assicura maggiori *garanzie alla natura degli interessi coinvolti e agli stessi imputati*.

Tale è la *ratio* del sottosistema della legge Cost. 1/1989 e della legge attuativa 219/1989. E in tale sottosistema è *expressis verbis* consentito all'Organo cumulare le funzioni di P.M. e di G.I.P. Sicché è vano menare scandalo perché tale cumulo prosegue anche dopo la autorizzazione a procedere.

Conclusivamente, l'avversata tesi, da riprovare per le sue aberranti conseguenze, va respinta, non essendo razionale configurare un Organo diverso per il procedimento successivo alla autorizzazione a procedere, essendo consentito, in tale sottosistema normativo, il cumulo di funzioni, che, peraltro, non rende il Collegio meno terzo, visto che è già trino, ed essendo irrilevanti i richiami al nuovo (e posteriore ai fatti) 111 Cost., o al barbaro e inquisitorio clima processuale del 1989, certo non tale perché esisteva il povero Pretore e il relativo rito, eccezionale e riprovato da decenni. Infine, ogni problema d'incompatibilità si risolve con l'astensione. Meritano, al contrario, considerazione le argomentazioni della precedente decisione 265/1990 della Consulta, laddove si rileva che la disposizione di cui al quarto comma dell'art. 9 della legge Cost. 1/1989 non può non essere interpretata nel senso per cui è lo stesso Collegio speciale previsto dall'art. 7 della stessa legge, che ha già compiuto le indagini preliminari, che deve continuare il procedimento, una volta concessa l'autorizzazione a procedere. La Corte precisa, infatti, che «la suddetta interpretazione si ricava con certezza dalla lettera della disposizione in esame, là dove è detto testualmente che lo stesso collegio competente nella prima fase del procedimento lo continua secondo le norme vigenti». Aggiunge, poi, che «il significato letterale non cambia anche se il verbo «continui» si ritenga riferito al procedimento, in quanto è sempre chiara la designazione a compiere l'istruttoria del collegio al quale sono stati rimessi gli atti dall'assemblea».

Tale interpretazione è suffragata – come rileva la stessa Consulta nella sentenza 265/1990 – dai lavori preparatori, laddove danno rilievo alla significativa modifica apportata al testo originario dell'art. 9, comma quarto, legge Cost. 1/1989. Tale testo prevedeva «che l'assemblea, ove conceda l'autorizzazione, rimette gli atti al procuratore della repubblica perché abbia corso il procedimento secondo le norme vigenti». La disposizione è stata radicalmente modificata in quella attuale («l'assemblea, ove conceda l'autorizzazione,

rimette gli atti al collegio perché continui il procedimento secondo le norme vigenti») a seguito dell'approvazione di un apposito emendamento da parte della Camera dei deputati. In sede di seconda lettura al Senato, vi fu il tentativo di ripristinare il testo originario, ma fu confermato quello emendato.

Infine militano a favore di detta ricostruzione una serie di motivazioni di carattere logico-sistematico. In primo luogo, come già rilevato, trattandosi di disciplina di rango costituzionale (attuativa della legge di revisione dell'art. 96 Cost.), non sono ad essa applicabili le regole del procedimento penale ordinario, ove non espressamente richiamate.

Inoltre, il rito ministeriale è uno speciale sottosistema da indagare secondo i suoi specifici principi. È posta, per norma costituzionale, una preclusione al P.M.: egli non può indagare. L'attività investigativa è, infatti, svolta da un Collegio di Magistrati, che cumula le funzioni di indagine e di G.I.P. (eccetto quella di promozione della azione penale, che spetta al P.M.). Sul punto giova ribadire come, qualora, una volta ottenuta l'autorizzazione a procedere, fosse il P.M. a proseguire le indagini (come argomenta la sentenza n. 134 del 2002), egli non potrebbe indagare autonomamente su eventuali nuove notizie di reati ministeriali, ma dovrebbe interessare il Collegio, determinandosi così un deleterio immobilismo. Il procedimento sarebbe, infatti, sospeso sino a nuova autorizzazione della Camera; mentre quanto raccolto dal P.M. sarebbe inutilizzabile per le nuove contestazioni. Al contrario, se è il Collegio a proseguire (come ritenuto dall'orientamento pacifico della giurisprudenza di legittimità in precedenza richiamato e dalla stessa Corte Costituzionale nel 1990), potrà indagare e richiedere ulteriori autorizzazioni, con notevole celerità e benefici per il procedimento.

Dalle suesposte considerazioni si evince, pertanto, come un'interpretazione realmente costituzionalmente orientata (specie in relazione ai parametri di cui all'art. 97 Cost.) del sottosistema della legge Cost. 1/1989 e della legge attuativa 219/1989 non possa che vedere nel Collegio l'unico organo di indagine, al quale è *expressis verbis* consentito cumulare le funzioni di P.M. e di G.I.P.

Roma, 1 giugno 2003

Avv. Roberto de Felice»

Si aggiunge, per completezza, l'esito definitivo della vicenda.

Corte d'Appello di Roma, sezione seconda penale, sentenza 16 giugno 2003 n. 4759 – Presidente G.Tavolaro - Relatore M. Michelozzi.

Non può essere disattesa la sentenza interpretativa di rigetto 134/02 della Corte costituzionale e, di conseguenza, il decreto che dispone il giudizio a carico di un ministro, emesso dal collegio dei Reati Ministeriali in luogo del G.U.P. è nullo, e con esso la sentenza successiva del Tribunale. Gli atti vanno rimessi al P.M.

«(omissis). Il giorno 16 del mese di giugno dell'anno 2003 la Corte d'Appello di Roma, Seconda Sezione Penale, composta dai seguenti magistrati: dott. Giuseppe Tavolaro, Presidente; dott. Massimo Michelozzi, Consigliere; dott. Piero De Crescenzo, Consigliere; Relatore dott. Massimo Michelozzi, con l'intervento del Pubblico Ministero in persona del Sostituto Procuratore dott. Salvatore Cantaro (...) ha pronunciato in pubblica udienza la seguente sentenza (omissis).

Motivazione contestuale. — Gli imputati P. e B. hanno riproposto nei rispettivi gravami eccezione di nullità del decreto che dispone il giudizio sotto il profilo dell'incompetenza funzionale del Collegio per i reati ministeriali a svolgere le funzioni di giudice dell'udienza preliminare, prospettando, tra l'altro, l'erroneità dell'interpretazione, pur consolidata, offerta dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità delle norme regolatrici del giudizio a carico dei Ministri per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, ed il contrasto di tali norme, nella anzidetta interpretazione, con numerosi principi costituzionali.

Con sentenza n. 134 in data 11-14 aprile 2002 la Corte Costituzionale, decidendo nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 3, primo comma, legge 219/1989 promosso da Collegio per i reati ministeriali presso il Tribunale di Napoli, ha osservato che l'interpretazione fino ad allora fornita delle norme regolatrici di detto giudizio, secondo la quale al Collegio per i reati ministeriali competerebbe sia la funzione inquirente che quella di giudice dell'udienza preliminare, risulta incompatibile con «lo sviluppo della legislazione proces-

suale penale circa il rapporto tra funzioni di pubblico ministero e funzioni di giudice» nonché con il constatato «rafforzamento del principio di terzietà del giudice sul piano costituzionale da ultimo nel nuovo testo dell'art. 111 Costituzione».

Con la citata sentenza la Corte Costituzionale, dopo aver rilevato l'obiettiva incertezza derivante dalla lettera della legge e dall'intenzione del legislatore e la necessità di far prevalere ragioni sistematiche, ha così ritenuto che la nuova norma, per non incorrere nella declaratoria certa di illegittimità costituzionale, debba essere interpretata nel senso che, «una volta concessa l'autorizzazione dall'Assemblea parlamentare, gli atti siano restituiti al Collegio che ad essa li aveva inviati, affinché il procedimento prosegua secondo le forme ordinarie, vale a dire per impulso del pubblico ministero e davanti agli ordinari organi giudicanti competenti».

Tale sentenza interpretativa di rigetto non può essere disattesa, risultando dal contesto della sua motivazione che la soluzione adottata è l'unica compatibile con i parametri costituzionali invocati.

Deve pertanto ritenersi che il decreto che dispone il giudizio, emesso dal Collegio per i reati ministeriali in luogo del G.U.P. ordinario, sia affetto da nullità assoluta per incompetenza funzionale e che conseguentemente sia nulla anche la sentenza emessa dal Tribunale.

Gli atti devono essere restituiti, per quanto di competenza, al pubblico ministero - (*omissis*)».

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Attività dell'Ufficio dell'Agente del Governo italiano nei procedimenti dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee.

Relativamente al contenzioso comunitario, il Servizio del Contenzioso Diplomatico – *Ufficio dell'Agente del Governo italiano* – espletando le competenze previste dall'art. 20 del D.M. 18 febbraio 2003 (G.U. 28 aprile 2003, n. 97) cura, di concerto con l'Ufficio VI della Direzione Generale per l'Integrazione Europea, l'attività istruttoria necessaria per la preparazione delle cause ed il coordinamento con le altre Amministrazioni, ai fini della difesa in giudizio dello Stato e dei suoi interessi.

Per quanto riguarda i rinvii pregiudiziali (di cui all'art. 234 CE) appare utile ricordare che le sentenze interpretative della Corte di Giustizia sono vincolanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri della Comunità europea, e che, pertanto, l'intervento in tali procedimenti, anche se non proposti da giudici italiani, costituisce un fondamentale strumento attraverso cui è possibile prospettare al giudice comunitario istanze in difesa degli interessi nazionali.

Per questo motivo l'Ufficio dell'Agente svolge un'azione di sensibilizzazione nei confronti delle Amministrazioni italiane al fine di promuovere una sempre maggiore partecipazione del governo italiano anche nelle questioni sollevate dai giudici di altri Paesi.

Al fine di rendere più incisiva ed efficace la propria azione istituzionale, già da qualche anno l'Ufficio dell'Agente del

Governo italiano organizza, di concerto con l'Ufficio VI della Direzione Generale per l'Integrazione Europea, con il Dipartimento delle Politiche Comunitarie della Presidenza del Consiglio e con l'Avvocatura Generale dello Stato, delle «riunioni pacchetto» sul contenzioso comunitario, invitando gli Uffici Legislativi delle Amministrazioni coinvolte nella trattazione dei ricorsi e dei rinvii pregiudiziali pendenti dinanzi alla Corte di giustizia a riunioni periodiche finalizzate all'individuazione della migliore linea di difesa nei ricorsi per inadempimento nonché dell'interesse del Governo italiano ad intervenire con osservazioni scritte od orali nelle cause pregiudiziali.

Simona Prunali

Si riportano di seguito, in tabelle sintetiche, i dati relativi ai ricorsi ed ai rinvii pregiudiziali trattati negli ultimi 5 anni dall'Ufficio dell'Agente del Governo italiano.

RICORSI DIRETTI EX ARTT. 226 E 228 DEL TRATTATO CE
(Commissione contro Stati Membri per infrazione al diritto comunitario)

Anno	Numero di ricorsi trattati	Di cui interventi italiani in ricorsi promossi contro altri Stati membri
1999	29	—
2000	22	—
2001	21	—
2002	27	2
2003 *	17	1

* dati al 31 ottobre 2003.

RICORSI EX ART. 230 DEL TRATTATO CE
(Stato italiano contro Commissione o interventi a favore di altro Stato membro, della Commissione ovvero nell'interesse di un privato)

Anno	Numero di ricorsi trattati	Di cui interventi italiani in ricorsi promossi da altri Stati membri o da privati
1999	14	1
2000	12	8
2001	4	1
2002	12	5
2003 *	12	2

* dati al 31 ottobre 2003.

RINVII PREGIUDIZIALI EX ART 234 DEL TRATTATO CE
(questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte dai giudici nazionali)

Anno	Numero rinvii pregiudiziali trattati	Numero rinvii pregiudiziali originati in Italia	Interventi del Governo italiano
1999	205	24	19
2000	191	28	33
2001	202	30	45
2002	189	22	25
2003 *	124	23	15

* dati al 31 ottobre 2003.

Il principio del *ne bis in idem* nell'Accordo di Schengen

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Plenum, 11 febbraio 2003,
nelle cause riunite C-187/01 e C-385/01)

1. — Con la suddetta sentenza, la Corte si è pronunciata per la prima volta, ai sensi dell'art. 35 del TUE, sull'interpretazione di uno strumento di «terzo pilastro», ed in particolare dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1985, firmata il 19 giugno 1990, che sancisce l'applicazione transfrontaliera, fra gli Stati membri firmatari di tale accordo, del principio del *ne bis in idem*. In base a tale articolo «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».

Nel caso di specie, le questioni pregiudiziali vertenti sull'applicazione del summenzionato articolo erano state sollevate dalla Corte d'appello di Colonia e dal Tribunale di primo grado di Furnes (Belgio) nell'ambito di procedimenti penali promossi per reati commessi rispettivamente nei Paesi Bassi e in Belgio, rispetto ai quali si era verificata l'estinzione dell'azione penale a seguito di procedura transattiva promossa dal pubblico ministero, dopo il versamento di una somma di denaro.

In particolare, i giudici del rinvio chiedevano alla Corte di pronunciarsi in merito all'applicabilità al caso in questione del summenzionato art. 54, con conseguente impossibilità di avviare un procedimento penale per i medesimi fatti e nei confronti degli stessi soggetti, sebbene la procedura di estinzione dell'azione penale avesse avuto luogo in assenza di una sentenza pronunciata da un giudice.

La Corte di giustizia, pronunciandosi sulle questioni sottoposte, ha dichiarato che il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen, «si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal pubblico ministero».

2. — La pronuncia della Corte si inserisce nel quadro degli obiettivi stabiliti dal Trattato di Amsterdam e dal Consiglio europeo di Tampere in materia di cooperazione giudiziaria penale, ed in particolare dall'art. 31 del TUE, che prevede, fra l'altro, la facilitazione della cooperazione fra autorità degli Stati membri in relazione ai procedimenti penali e all'esecuzione delle decisioni.

Il suddetto principio è inoltre espressamente richiamato dal piano d'azione del Consiglio e della Commissione adottato a Vienna nel dicembre 1998, che, al punto 49, prevede l'adozione, entro cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, di misure «per il coordinamento delle indagini giudiziarie e dei procedimenti in corso negli Stati membri, al fine di evitare sovrapposizioni e decisioni contraddittorie e tenendo conto di una migliore utilizzazione del principio *ne bis in idem*.

Il principio in questione è altresì incluso fra le priorità del programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali del gennaio 2001, che prevede un riesame degli articoli da 54 a 57 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen, nella prospettiva di una piena applicazione del principio del mutuo riconoscimento.

La Presidenza greca, nel quadro delle priorità stabilite per il primo semestre del 2003 in materia di cooperazione giudiziaria penale, ha presentato una proposta di decisione quadro sull'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

3. — La sentenza in esame deve altresì essere segnalata in quanto offre un'interpretazione degli effetti che, sul territorio comunitario, possono derivare dalle pronunce di estinzione della pena emesse in via transattiva. Il riconoscimento della necessità che a decisioni siffatte si applichi il menzionato principio *ne bis in idem* pone una nuova luce sull'istituto del patteggiamento della pena, la cui esatta natura giuridica, in Italia, risulta ancora oggetto di qualche disputa dottrinarica (ma anche giurisprudenziale, si veda *ex multis* TAR Friuli Venezia Giulia 30 agosto 2001 n. 563).

Infine, oltre agli aspetti di «merito» sopra indicati, la sentenza ha una grande rilevanza in quanto, per la prima volta nella storia dell'ordinamento comunitario, la Corte di giustizia delle Comunità europee adotta una decisione concernente il settore del diritto penale.

Come già accennato, ai sensi dell'art. 35 TUE, introdotto dal Trattato di Amsterdam, alla Corte di giustizia è stata riconosciuta una specifica competenza interpretativa nelle materie contemplate dal Titolo VI TUE e con riguardo agli strumenti di diritto derivato previsti in tale medesimo Titolo (decisioni, decisioni-quadro, convenzioni). Tale competenza è stata espressamente conferita alla Corte a norma del combinato disposto dell'art. 35 par. 2 e par. 3 lett. b) TUE, tramite dichiarazione all'atto della firma del Trattato di Amsterdam con la quale alcuni Stati membri (in particolare, ad oggi, Belgio, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Austria, Portogallo, Finlandia e Svezia) hanno ammesso che qualunque giurisdizione interna possa chiedere alla Corte di pronunciarsi in ordine all'interpretazione o alla validità di uno degli atti sopra indicati. La Spagna ha rimesso invece una dichiarazione ai sensi dell'art. 35 par. 3 lett. a), che prevede la stessa possibilità, ma per le sole giurisdizioni nazionali avverso le cui decisioni non è ammesso ricorso.

L'art. 35 TUE prevede, in pratica, un mezzo che trasferisce nel settore materiale sopra richiamato alcune competenze attualmente esercitate dalla Corte di Lussemburgo nel primo pilastro, conformemente agli artt. 230 e 234 TCE. Al fine di completare il quadro di competenze della Corte di giustizia si deve segnalare anche il disposto dell'art. 46 TUE.

Il quadro giuridico sopra solamente accennato consente di cogliere l'indubbia rilevanza della pronuncia che si segnala. Si tratta, in buona sintesi, del primo caso in cui il processo di integrazione comunitario riguardante il settore della giustizia penale manifesta in pieno i suoi concreti effetti, individuandosi nella Corte di giustizia CE l'organo giurisdizionale supremo dell'ordinamento giuridico creato dalle norme contenute nel terzo pilastro.

Si ricorda infine che, ai sensi dell'art. 6 TUE, nel contesto di norme e regole sopra richiamate la Corte di giustizia opererà nel pieno rispetto dei principi dello stato di diritto nonché dei diritti fondamentali come già garantiti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e dalle pertinenti disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani (che notoriamente la Corte comunitaria fa proprie riconducendole nell'alveo dei principi generali del diritto di cui la stessa ha sino ad oggi garantito l'osservanza).

(a cura della Direzione Generale per l'Integrazione Europea del Ministero degli Esteri)

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Plenum, 11 febbraio 2003, nelle cause riunite C-187/01 e C-385/01 – *Presidente Rodriguez Iglesias – Relatore Schintgen – Avv. Gen. Ruiz Jarabo Colomer* – Domande di pronuncia pregiudiziale dell'Oberlandesgericht di Köln (Germania) e del Rechtbank van eerste aanlegte di Veurne (Belgio) nei procedimenti penali contro Götütok e Brügge – Interv.: Governi belga, francese, italiano (Avv. dello Stato G. Aiello), olandese e tedesco, nonché Commissione delle Comunità europee.

(Convenzione 19 giugno 1990 per l'applicazione dell'accordo di Schengen 14 giugno 1985, art. 54).

Il principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen 14 giugno 1985, tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal pubblico ministero.

«(Omissis) 25. — Con le loro questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, i giudici del rinvio chiedono in sostanza se il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della CAAS, si applichi anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali.

26. — Dal dettato stesso dell'art. 54 della CAAS discende che nessuno può essere sottoposto a procedimento penale in uno Stato membro per i medesimi fatti per i quali è stato già «giudicat[o] con sentenza definitiva» in un altro Stato membro.

27. — Orbene, una procedura di estinzione dell'azione penale, del tipo di quelle in essere nelle cause principali, è una procedura mediante la quale il pubblico ministero, legittimato a tal fine dall'ordinamento giuridico nazionale competente, decide di chiudere i procedimenti penali a carico dell'imputato dopo che quest'ultimo ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal detto pubblico ministero.

28. — Di conseguenza, occorre in primo luogo rilevare che, nell'ambito di una siffatta procedura, l'azione penale si estingue mediante una decisione emessa da un'autorità incaricata di amministrare la giustizia penale nell'ordinamento giuridico nazionale interessato.

29. — In secondo luogo, è importante rilevare che una procedura di tale tipo, i cui effetti, quali previsti dalla legge nazionale applicabile, sono subordinati all'impegno dell'imputato di eseguire determinati obblighi prescritti dal pubblico ministero, colpisce il comportamento illecito contestato all'imputato.

30. — Alla luce di ciò, è giocoforza concludere che quando, a seguito di un procedimento del tipo di quelli di cui trattasi nella causa principale, l'azione penale si estingue definitivamente, l'interessato dev'essere considerato «giudicat[o] con sentenza definitiva», ai sensi dell'art. 54 della CAAS, per i fatti al medesimo contestati. Inoltre, una volta eseguiti gli obblighi a carico dell'imputato, la pena collegata alla procedura di estinzione dell'azione penale dev'essere considerata «eseguita», ai sensi della medesima disposizione.

31. — Il fatto che nessun giudice intervenga nel corso di una siffatta procedura e che la decisione presa al termine di quest'ultima non assuma le forme di una sentenza non è tale da inficiare questa interpretazione, in quanto siffatti elementi di procedura e di forma non possono avere la benché minima incidenza sugli effetti di questa procedura, descritti nei punti 28 e 29 della presente sentenza, i quali, in assenza di un'espressa indicazione contraria nell'art. 54 della CAAS, devono essere considerati sufficienti a consentire l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, previsto da questa disposizione.

32. — Peraltro, è importante rilevare che nessuna disposizione del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, i cui artt. 34 e 31 sono stati indicati come fondamento normativo degli artt. 54-58 della CAAS, né dell'Accordo di Schengen o della stessa CAAS assoggetta l'applicazione dell'art. 54 di quest'ultima all'armonizzazione o, quanto meno, al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri nel settore delle procedure di estinzione dell'azione penale.

33. — Alla luce di ciò, il principio del *ne bis in idem*, sancito nell'art. 54 della CAAS, a prescindere dal fatto che sia applicato nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale che necessitino o meno dell'intervento di un giudice o di pronunce giudiziali, implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di questi ultimi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse.

34. — Per i medesimi motivi l'applicazione da parte di uno Stato membro del principio del *ne bis in idem*, quale enunciato nell'art. 54 della CAAS, a procedimenti di estinzione dell'azione penale svoltisi in un altro Stato membro senza l'intervento di un giudice non può essere subordinato alla condizione che nemmeno l'ordinamento giuridico del primo Stato richieda un simile intervento giurisdizionale.

35. — Questa interpretazione dell'art. 54 della CAAS acquista ancor più valore in quanto è la sola a far prevalere l'oggetto e lo scopo di questa disposizione su aspetti procedurali o meramente formali, che variano del resto secondo gli Stati membri interessati, e a garantire una proficua applicazione di detto principio.

36. — A tale proposito, da un lato, occorre rilevare che, come risulta dall'art. 2, primo comma, quarto trattino, UE, con il Trattato di Amsterdam l'Unione europea si è prefissa lo scopo di conservare e sviluppare quest'ultima quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone.

37. — Inoltre, come si desume dal primo capoverso del preambolo del protocollo, l'attuazione nell'ambito dell'Unione europea dell'*acquis* di Schengen, di cui fa parte l'art. 54 della CAAS, mira a promuovere l'integrazione europea e, in particolare, a consentire all'Unione di trasformarsi più rapidamente in uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, che quest'ultima ha lo scopo di conservare e sviluppare.

38. — Orbene, l'art. 54 della CAAS, che ha lo scopo di evitare che una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri, può validamente contribuire alla realizzazione compiuta di questo scopo solo se applicabile anche a decisioni che chiudono definitivamente i procedimenti penali in uno Stato membro, benché siano adottate senza l'intervento di un giudice e non assumano le forme di una sentenza.

39. — D'altronde, gli ordinamenti giuridici nazionali che prevedono il ricorso a procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, lo fanno solo in determinate circostanze o per determinati reati tassativamente elencati o individuati, i quali, in linea generale, non sono tra i più gravi e sono punibili solo con sanzioni di limitata severità.

40. — Alla luce di ciò, la limitazione dell'applicazione dell'art. 54 della CAAS alle sole decisioni di archiviazione dell'azione penale adottate da un giudice o emanate sotto forma

di sentenza avrebbe il risultato di far beneficiare del principio del *ne bis in idem* previsto da questa disposizione, e pertanto della libera circolazione che quest'ultima mira ad agevolare, i soli imputati colpevoli di reati per i quali, a causa della loro gravità o delle sanzioni per essi applicabili, è impossibile far ricorso alla definizione semplificata di certi procedimenti penali, in cui consiste una procedura di estinzione dell'azione penale del tipo di quelle di cui trattasi nelle cause principali.

41. — I governi tedesco, belga e francese obiettano tuttavia che non solo il disposto dell'art. 54 della CAAS, ma anche la *ratio* di questa disposizione e, in particolare, i suoi rapporti con gli artt. 55 e 58 della detta convenzione, nonché la volontà delle parti contraenti di quest'ultima e certi altri atti internazionali aventi un oggetto analogo ostano a che il detto art. 54 sia interpretato nel senso di una sua applicabilità nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, che non prevedano l'intervento di alcun giudice. Il governo belga aggiunge che, ai fini dell'applicazione di quest'ultima disposizione, una decisione presa al termine di un procedimento, quale quello di cui trattasi nella causa Brüggge, sarebbe assimilabile ad una sentenza definitiva solo qualora, in via preliminare, i diritti della vittima siano stati debitamente tutelati.

42. — Per quanto concerne, in primo luogo, il disposto dell'art. 54 della CAAS, occorre ricordare, come risulta dai punti 26-38 della presente sentenza, che, in considerazione dell'oggetto e della finalità di questa disposizione, l'uso dei termini "giudicata con sentenza definitiva" non osta a che quest'ultima sia interpretata nel senso che essa è parimenti applicabile nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, che non prevedono l'intervento di nessun giudice.

43. — In secondo luogo, lungi dall'imporre che l'art. 54 della CAAS sia applicabile unicamente nell'ambito di sentenze o di procedure di estinzione dell'azione penale che prevedano l'intervento di un giudice, gli artt. 55 e 58 della CAAS sono compatibili con l'interpretazione di tale disposizione quale formulata nei punti 26-38 della presente sentenza.

44. — Infatti da un lato, l'art. 55 della CAAS, poiché consente agli Stati membri di derogare all'applicazione del principio del *ne bis in idem* per taluni fatti tassativamente elencati, oggetto di sentenze straniere, deve logicamente vertere sui medesimi atti e procedure di quelli mediante i quali, per i detti fatti, una persona può essere "giudicata con sentenza definitiva" ai sensi dell'art. 54 della CAAS. Questa conclusione appare tanto più valida se si tiene presente che gli artt. 54 e 55 della CAAS utilizzano, nella maggior parte delle versioni linguistiche, i medesimi termini per designare tali atti e procedure.

45. — Dall'altro, l'applicazione dell'art. 54 della CAAS nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale quali quelle di cui trattasi nelle cause principali non è tale da privare l'art. 58 della CAAS della sua efficacia pratica. Secondo il suo dettato, infatti, questa disposizione consente agli Stati membri di applicare norme nazionali di portata più ampia di quelle contenute non solo nell'art. 54 della CAAS, ma anche in tutte le disposizioni di quest'ultima relative all'applicazione del principio del *ne bis in idem*. Inoltre, essa non consente loro soltanto di applicare quest'ultimo a decisioni giudiziali diverse da quelle rientranti nel campo di applicazione del detto art. 54, bensì riconosce loro, a livello generale, il diritto di applicare disposizioni nazionali che diano a questo principio una portata più ampia o assoggettino la sua applicazione a condizioni meno restrittive, senza nessun rapporto con la natura delle decisioni straniere in questione.

46. — Per quanto concerne, in terzo luogo, la volontà delle parti contraenti, quale sarebbe desumibile da taluni lavori parlamentari nazionali riguardanti la ratifica della CAAS o della convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee 25 maggio 1987, relativa all'applicazione del principio "*ne bis in idem*", che contiene nel suo art. 1 una disposizione sostanzialmente identica a quella dell'art. 54 della CAAS, basti rilevare che questi lavori sono anteriori all'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, operata mediante il Trattato di Amsterdam.

47. — In ultimo, per quanto concerne la tesi del governo belga secondo la quale l'applicazione dell'art. 54 della CAAS a transazioni penali rischierebbe di ledere i diritti della vittima di un reato, è importante rilevare che il principio del *ne bis in idem*, quale enunciato da questa disposizione, ha l'unico effetto di evitare che una persona giudicata con sentenza definitiva in uno Stato membro possa essere sottoposta a nuovi procedimenti penali per i

medesimi fatti in un altro Stato membro. Il detto principio non vieta alla vittima o a chiunque altro sia stato danneggiato dal comportamento dell'imputato di promuovere o di continuare un'azione civile diretta ad ottenere un risarcimento per il danno sofferto.

48. — Alla luce di tutte le precedenti considerazioni occorre rispondere alle questioni proposte dichiarando che il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della CAAS, si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il pubblico ministero di uno Stato membro chiude senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal pubblico ministero (*omissis*)».

La tutela dei prodotti alimentari di qualità dinanzi ai giudici comunitari: le operazioni *in loco* di affettamento del Prosciutto di Parma e di grattugia del Grana padano.

(Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Plenum, 20 maggio 2003, nelle cause C-108/01 e C-469/00).

La Corte di Cassazione francese e la *House of Lords* del Regno Unito avevano posto alcuni quesiti al giudice comunitario per sapere se fossero legittime e opponibili agli operatori stranieri le prescrizioni contenute nei disciplinari italiani richiamati nella normativa comunitaria a tutela dei prodotti con denominazione di origine protetta (dop). Queste impongono, per la commercializzazione di confezione dei prodotti con le denominazioni «*Grana Padano grattugiato fresco*» e «*Prosciutto di Parma affettato*», che le operazioni di grattugia e di affettamento siano eseguite nel luogo italiano di produzione.

Le controversie si sono inserite in un contesto che vede alcuni Paesi del Sud Europa, che intendono tutelare i numerosi prodotti di qualità, in contrasto con altri Paesi del Nord Europa, che tendenzialmente vedrebbero invece con favore una disciplina meno rigida e più permissiva. Il rischio di un depauperamento di prodotti prestigiosi, fortemente apprezzati dai consumatori, e il conseguente danno per la bilancia commerciale dell'Italia, che vanta numerosissimi prodotti da proteggere, hanno indotto il Governo italiano a sostenere dinanzi alla Corte in Lussemburgo con fermezza la necessità di una piena e accurata tutela dei prodotti di qualità.

Si è rilevato in particolare che le prescrizioni contenute nei disciplinari rispondono a precise esigenze di garantire la qualità del prodotto. Non basta affatto, perché il prodotto sia affettato o grattugiato a regola d'arte, che esso sia un autentico «*Grana padano*» o un autentico «*Prosciutto di Parma*». Le operazioni di grattugia o di affettamento sono molto delicate e debbono riguardare un prodotto assolutamente integro e con particolari caratteristiche che lo rendano idoneo a un procedimento di elaborazione che non ne alteri le caratteristiche con l'inevitabile trascorrere del tempo sia pur breve fra l'elaborazione stessa e la vendita al pubblico. Il rispetto di tutte le caratteristiche e di tutti i passaggi è garantito dal controllo *in loco* ad opera dell'organismo appositamente abilitato secondo la normativa comunitaria, che richiama le prescrizioni nazionali. Non è assolutamente sufficiente dimostrare che il formaggio altrove grattugiato o il prosciutto altrove affettato provengono da forme autentiche di Grana padano o di Prosciutto di Parma. Innanzitutto ciò è ben difficile da verificare in concreto, perché è ben facile una aggiunta, sia pure in bassa percentuale, di prodotto diverso, difficilmente distinguibile. Ma, soprattutto, non è assolutamente possibile garantire che sia stato usato un prodotto che all'atto dell'elaborazione abbia avuto o abbia conservato le caratteristiche peculiari richieste per la maggior appetibilità di esso. È possibile che per una impropria utilizzazione del prodotto o un inesatto svolgimento dell'operazione, senza l'esperienza e i controlli della zona

di produzione, il prodotto subisca una caduta percentuale di qualità, più o meno vistosa, che può, a lungo andare, compromettere il suo buon nome nel mercato (che, per tali prodotti, è di pura e alta qualità), fino ad arrivare, addirittura, ad una possibile revoca della denominazione protetta.

La tesi del Governo italiano, in armonia con la difesa dei Consorzi dei prodotti interessati, è stata condivisa e sostenuta in giudizio anche dalla Commissione delle Comunità europee e dai Governi francese e spagnolo, intervenuti in causa. Di segno opposto sono state invece le osservazioni del Governo britannico e le conclusioni assunte dall'avvocato generale della Corte S. Alber, il quale ultimo ha osservato che il divieto posto dai disciplinari relativamente al luogo di confezionamento del prodotto grattugiato o affettato si porrebbe in contrasto con i principi comunitari in materia di libera circolazione delle merci, donde l'invalidità parziale della regolamentazione comunitaria che tale divieto consentisse.

La Corte, nella scia dell'indirizzo già delineato con la sua sentenza 16 maggio 2000, nella causa C-388/1995, Belgio c. Spagna, relativamente all'imbottigliamento del vino spagnolo Rioja nella zona di origine (in *questa Rassegna*, 2000, I, 162, con nota di BRAGUGLIA, *La tutela di vini di qualità in una regione determinata: l'imbottigliamento nella zona di produzione*), ha aderito alla tesi italiana, dichiarando che sono pienamente compatibili con la normativa comunitaria le prescrizioni contenute nei disciplinari italiani (opponibili, però, agli operatori economici solo se portati a loro conoscenza mediante una pubblicità adeguata).

È una grande vittoria per l'Italia e per i prodotti di qualità, che si affianca a quella ottenuta sulla protezione della denominazione «*parmigiano-reggiano*» insidiato dal ben diverso «*parmesan*» prodotto in altri paesi (sentenza 25 giugno 2002, nella causa C-66/00, in *questa Rassegna*, 2002, I, 58, con nota di FIUMARA, *La tutela comunitaria del parmigiano reggiano*). È un riconoscimento che va ben oltre il caso dei due prodotti in questione, perché segna un orientamento di quella più rigorosa tutela di tutti i prodotti tipici, auspicata in particolare dall'Italia, a difesa della forte e non sempre leale concorrenza di altri prodotti simili molto meno pregiati.

Quasi contemporaneamente alla sentenza della Corte è intervenuto il regolamento CE n. 692/2003 del Consiglio dell'8 aprile 2003, che ha modificato il regolamento 2081/1992, rafforzando la tutela dei prodotti tipici nel senso auspicato e sostenuto dall'Italia, prescrivendo che i disciplinari dei prodotti possono contenere la descrizione dei metodi di condizionamento da eseguirsi nella zona geografica delimitata, ritenuti necessari per preservare le caratteristiche tipiche dei prodotti ovvero assicurarne la rintracciabilità o il controllo. In tal modo viene ad essere eliminato anche il problema della adeguata conoscenza di disciplinari da parte degli operatori economici, che non potranno più sottrarsi al loro rispetto.

Di seguito si riporta solo la motivazione della sentenza sul prosciutto di Parma, in quanto quella sul grana padano, oltre a risolvere una problematica temporale ormai esaurita e di modesto rilievo, è dello stesso tenore *mutatis mutandis*.

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Plenum, 20 maggio 2003, nella causa C-108/01 – *Presidente Rodríguez Iglesias – Relatore Gulmann – Avvocato Generale Alber –* Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla House of Lords (Regno Unito) nella causa Consorzio Prosciutto di Parma e Salumificio S. Rita c. Asda Stores Ltd e Hygrade Foods Ltd – Interv.: Governi del Regno Unito, spagnolo, francese e italiano (Avv. dello Stato O. Fiumara) e Commissione delle C.E. (ag. Iglesias Buhigues). (Trattato CE, artt. 29 e 30; regolamento CEE del Consiglio 14 luglio 1992, n. 2081; art. 17, regolamento CE della Commissione 12 giugno 1996 n. 1107; legge 13 febbraio 1990 n. 26; decreto ministeriale 15 febbraio 1993 n. 253).

Il regolamento (CEE) del Consiglio 14 luglio 1992, n. 2081, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, modificato dall'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei Trattati sui quali si fonda l'Unione europea, dev'essere interpretato nel senso che non si oppone a che l'uso di una denominazione di origine protetta sia subordinato a una condizione di realizzazione, nella zona di produzione di operazioni quali l'affettamento e il confezionamento del prodotto, qualora una tale condizione sia prevista nel disciplinare.

Il fatto di subordinare l'uso della denominazione di origine protetta «prosciutto di Parma» per il prosciutto commercializzato a fette alla condizione che le operazioni di affettamento e di confezionamento siano effettuate nella zona di produzione costituisce una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'esportazione ai sensi dell'art. 29 CE, ma può essere considerato giustificato e quindi compatibile con quest'ultima disposizione.

Tuttavia, la condizione di cui trattasi non è opponibile agli operatori economici, se non è stata portata a loro conoscenza mediante una pubblicità adeguata nella normativa comunitaria.

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Plenum, 20 maggio 2003, nella causa C-469/00 – *Presidente Rodríguez Iglesias – Relatore Gulmann – Avvocato Generale Alber –* Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour de Cassation (Francia) nella causa Raval contro Bellon e Biraghi – Interv.: Governi francese, spagnolo e italiano (Avv. dello Stato O. Fiumara) e Commissione della C.E. (ag. Van Lier). (Trattato CE, artt. 29 e 30; regolamento CEE del Consiglio 14 luglio 1992, n. 2081, art. 17; regolamento CE della Commissione 12 giugno 1996, n. 1107; legge 10 aprile 1954, n. 125; d.P.R. 30 ottobre 1955, n. 1269).

Per quanto riguarda il periodo precedente l'entrata in vigore del regolamento (CE) della Commissione 12 giugno 1996, n. 1107, relativo alla registrazione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine nel quadro della procedura di cui all'articolo 17 del regolamento (CEE) n. 2081/1992 del Consiglio, l'art. 29 CE deve essere interpretato nel senso che non si oppone a che una convenzione conclusa fra due Stati membri A e B, quale la convenzione tra la Repubblica francese e la Repubblica italiana per la protezione delle denominazioni di origine, delle indicazioni di provenienza e delle denominazioni di alcuni prodotti, sottoscritta a Roma il 28 aprile 1964, renda applicabile nello Stato membro A una normativa nazionale dello Stato membro B, come quella cui si riferisce il giudice nazionale, in forza della quale la denominazione di origine di un formaggio, protetta nello Stato membro B, è riservata, per il formaggio commercializzato grattugiato, a quello grattugiato e confezionato nella zona di produzione.

Il regolamento (CEE) del Consiglio 14 luglio 1992, n. 2081, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, modificato dall'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei Trattati sui quali si fonda l'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che non si oppone a che l'uso di una denominazione di origine protetta sia subordinato a una condizione di realizzazione, nella zona di produzione, di operazioni quali la grattugiatura e il confezionamento del prodotto, qualora una tale condizione sia prevista nel disciplinare.

Il fatto di subordinare l'uso della DOP «Grana Padano» per il formaggio commercializzato grattugiato alla condizione che le operazioni di grattugiatura e di confezionamento siano effet-

tuata nella zona di produzione costituisce una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'esportazione ai sensi dell'art. 29 CE, ma può essere considerato giustificato e quindi compatibile con quest'ultima disposizione.

Tuttavia la condizione di cui trattasi non è opponibile agli operatori economici, se non è stata portata a loro conoscenza mediante una pubblicità adeguata nella normativa comunitaria. Nondimeno, il principio di certezza del diritto non esclude che questa condizione sia considerata dal giudice nazionale opponibile ad operatori che abbiano avviato un'attività di grattugiatura e di confezionamento del prodotto nel corso del periodo precedente l'entrata in vigore del regolamento n. 1107/1996, qualora questo giudice ritenga che, nel corso di tale periodo, il decreto 4 novembre 1991 fosse applicabile in forza della convenzione tra la Repubblica francese e la Repubblica italiana, di cui sopra, ed opponibile ai soggetti interessati in forza delle norme nazionali in materia di pubblicità.

«(Omissis) La causa principale

22. — L'Asda gestisce una catena di supermercati nel Regno Unito. In essi vende, in particolare, prosciutto recante la denominazione "prosciutto di Parma", acquistato già affettato presso la Hygrade, che acquista essa stessa il prosciutto disossato ma non affettato presso un produttore italiano membro del Consorzio. Il prosciutto viene affettato e confezionato ermeticamente dalla Hygrade in confezioni contenenti ciascuna cinque fette.

23. — Le confezioni riportano la seguente scritta: "ASDA A taste of Italy PARMA HAM Genuine Italian Parma Ham" ("ASDA Il sapore dell'Italia PROSCIUTTO DI PARMA autentico prosciutto di Parma italiano").

24. — Sul retro delle confezioni si legge "PARMA HAM All authentic Asda continental meats are made by traditional methods to guarantee their authentic flavour and quality" ("PROSCIUTTO DI PARMA. Tutte le carni genuine Asda che provengono dall'Europa continentale sono preparate secondo metodi tradizionali per garantire il loro sapore autentico e la loro autentica qualità") e "Produced in Italy, packed in the UIC for Asda Stores Limited" ("Prodotto in Italia, confezionato nel Regno Unito per la Asda Stores Limited").

25. — Il 14 novembre 1997, il Consorzio ha avviato nel Regno Unito un procedimento giudiziario contro la Asda e la Hygrade affinché fossero emanate, contro queste ultime, diverse ingiunzioni intese essenzialmente a che esse cessassero la loro attività, poiché quest'ultima sarebbe incompatibile con i regolamenti vigenti per il prosciutto di Parma.

26. — Il 17 novembre 1997 esso ha chiesto che fossero pronunciate nei confronti di queste società con provvedimenti d'urgenza le ingiunzioni richieste nella sua domanda principale e nell'atto di citazione.

27. — La Asda e la Hygrade hanno chiesto il rigetto delle domande sostenendo, in particolare, che il regolamento n. 2081/1992 e/o il regolamento n. 1107/1996 non conferivano al Consorzio i diritti da esso fatti valere.

28. — Le domande sono state respinte.

29. — Il Consorzio ha interposto appello dinanzi alla Court of Appeal (England & Wales) (Regno Unito). Il Salumificio è stato ammesso ad intervenire in questo procedimento. L'appello è stato respinto il 1° dicembre 1998.

30. — Il Consorzio e il Salumificio hanno allora adito la House of Lords.

31. — Ritenendo che la soluzione della controversia dipendesse dall'interpretazione dei regolamenti nn. 2081/1992 e 1107/1996, la House of Lords ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se, dal punto di vista del diritto delle Comunità europee, il regolamento (CEE) del Consiglio n. 2081/1992, letto in combinato disposto con il regolamento (CE) della Commissione n. 1107/1996 e con il disciplinare relativo al «Prosciutto di Parma» DOP, attribuisca un diritto comunitario valido, che può essere fatto valere direttamente dinanzi al giudice di uno Stato membro, alla limitazione della vendita al dettaglio come «prosciutto di Parma» di prosciutto affettato e confezionato, derivato da prosciutti debitamente esportati da Parma in conformità ai requisiti posti dalla DOP, ma che non è stato poi affettato, confezionato ed etichettato conformemente al disciplinare".

Sulla questione pregiudiziale.

32. — In via preliminare, occorre constatare che il disciplinare in base al quale la DOP "prosciutto di Parma" è stata registrata con il regolamento n. 1107/1996 menziona esplicitamente il requisito di un affettamento e di un confezionamento del prodotto nella zona di

produzione per il prosciutto commercializzato a fette, e fa riferimento alla legge 13 febbraio 1990 nonché al decreto 15 febbraio 1993 relativamente alle condizioni da rispettare in forza di disposizioni nazionali, ai sensi dell'art. 4, n. 2, lett. i), del regolamento n. 2081/1992.

33. — Sempre in via preliminare, occorre rilevare che, nella causa principale, sono in discussione operazioni di affettamento e di confezionamento effettuate in una fase diversa rispetto a quelle della vendita al dettaglio e della ristorazione, per le quali non è contestato il fatto che non si applica la condizione relativa alla realizzazione di dette operazioni nella zona di produzione.

34. — Pertanto, allorché si farà riferimento, nel seguito della presente sentenza, alla condizione di affettamento e di confezionamento nella zona di produzione, saranno considerate solo le operazioni di affettamento e di confezionamento effettuate in una fase diversa da quelle della vendita al dettaglio e della ristorazione.

35. — Alla luce di queste osservazioni, la questione pregiudiziale comprende in sostanza quattro elementi.

36. — Il primo elemento riguarda l'esame inteso ad accertare se il regolamento n. 2081/1992 debba essere interpretato nel senso che si oppone a che l'uso di una DOP sia subordinato a una condizione di realizzazione, nella zona di produzione, di operazioni quali l'affettamento e il confezionamento del prodotto.

37. — Il secondo elemento riguarda l'esame inteso ad accertare se il fatto di subordinare a una tale condizione l'uso della DOP "prosciutto di Parma" per il prosciutto commercializzato a fette costituisca una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'esportazione ai sensi dell'art. 29 CE.

38. — Il terzo elemento riguarda l'esame inteso ad accertare se, in caso affermativo, la condizione di cui trattasi possa essere considerata giustificata e quindi compatibile con quest'ultima disposizione.

39. — Infine, il quarto elemento riguarda la questione se questa condizione possa essere fatta valere nei confronti degli operatori economici, allorché non è stata portata a loro conoscenza.

Sulla possibilità di subordinare l'uso di una DOP a una condizione di realizzazione, nella zona di produzione, di operazioni quali l'affettamento e il confezionamento del prodotto.

40. — Il Consorzio, il Salumificio, i governi spagnolo, francese e italiano nonché la Commissione ritengono in sostanza che il regolamento n. 2081/1992 consenta, in via di principio, a taluni produttori di ottenere che l'uso della DOP sia subordinato a una condizione di realizzazione, nella zona di produzione, di operazioni quali l'affettamento e il confezionamento del prodotto.

41. — L'Asda e la Hygrade nutrono dubbi sul fatto che una tale condizione possa rientrare, in un modo qualsiasi, nella normativa comunitaria. Il governo del Regno Unito ritiene che il regolamento n. 2081/1992 non conferisca ai produttori il diritto di vietare la vendita con la DOP di un prodotto affettato e confezionato al di fuori della zona di produzione.

42. — A tal riguardo, occorre constatare che sia dalla formulazione sia dalla struttura del regolamento n. 2081/1992 risulta che il disciplinare costituisce lo strumento che determina l'ampiezza della tutela uniforme che questo regolamento introduce nella Comunità.

43. — Infatti, l'art. 4, n. 1, del regolamento n. 2081/1992 subordina il beneficio di una DOP alla conformità del prodotto a un disciplinare. L'art. 8 dello stesso regolamento subordina l'apposizione della menzione «DOP» su un prodotto alla conformità di quest'ultimo al detto regolamento e quindi al disciplinare, mentre l'art. 13 determina poi il contenuto della tutela uniforme conferita alla denominazione registrata. L'art. 10, n. 1, precisa che il compito della struttura di controllo istituita in ogni Stato membro è quello di assicurare che i prodotti recanti una DOP rispondano ai requisiti del disciplinare.

44. — Ai sensi dell'art. 4, n. 2, del regolamento n. 2081/1992, il disciplinare comprende almeno gli elementi elencati, in maniera non esaustiva, in questa disposizione.

45. — Esso contiene quindi, in particolare, quelli indicati nella detta disposizione sub b), d), e), h) e i), ossia:

la descrizione del prodotto, delle sue principali caratteristiche fisiche, chimiche, microbiologiche e/o organolettiche;

gli elementi che comprovano che il prodotto è originario di una zona geografica delimitata;

la descrizione del metodo di ottenimento del prodotto e, se del caso, i metodi locali, leali e costanti;

gli elementi specifici dell'etichettatura connessi alla dicitura «DOP»;

le eventuali condizioni da rispettare in forza di disposizioni comunitarie e/o nazionali.

46. — Il disciplinare contiene quindi la definizione dettagliata del prodotto protetto, stabilita dai produttori interessati, sotto il controllo dello Stato membro che lo trasmette, quindi della Commissione che registra la DOP, nell'ambito o della procedura normale di cui agli artt. 5-7, o della procedura semplificata di cui all'art. 17 del regolamento n. 2081/1992.

47. — Questa definizione determina al tempo stesso l'estensione degli obblighi da rispettare ai fini dell'uso della DOP e, come suo corollario, l'ampiezza del diritto protetto nei confronti dei terzi per effetto della registrazione della DOP, che sancisce a livello comunitario norme enunciate o cui si fa riferimento nel disciplinare.

48. — A tal riguardo, si deve constatare che la formulazione dell'art. 4 del regolamento n. 2081/1992 non esclude affatto che siano adottate regole tecniche particolari che si applicano alle operazioni che portano a diverse presentazioni sul mercato di uno stesso prodotto, affinché quest'ultimo, da un lato, soddisfi, per ciascuna di queste presentazioni, il criterio di qualità che i consumatori, secondo il terzo "considerando" di questo regolamento, hanno tendenza a privilegiare da diversi anni e, dall'altro, offra la garanzia di un'origine geografica certa, sempre più ricercata secondo lo stesso "considerando".

49. — In considerazione di questi due obiettivi, regole tecniche particolari possono essere di conseguenza adottate per operazioni quali l'affettamento e il confezionamento del prodotto.

50. — Occorre quindi concludere che il regolamento n. 2081/1992 dev'essere interpretato nel senso che non si oppone a che l'uso di una DOP sia subordinato a una condizione di realizzazione, nella zona di produzione, di operazioni quali l'affettamento e il confezionamento del prodotto, qualora una tale condizione sia prevista nel disciplinare.

Sulla natura della misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'esportazione della condizione di affettamento e di confezionamento del prodotto nella zona di produzione per la DOP "prosciutto di Parma".

51. — La Asda e la Hygrade sostengono che condizioni relative al confezionamento di un prodotto possono costituire restrizioni ai sensi degli artt. 28 CE e 29 CE. In particolare, l'applicazione nel Regno Unito di una norma in forza della quale il prosciutto di Parma commercializzato a fette potrebbe beneficiare della DOP solo se è stato affettato e confezionato nella zona di produzione potrebbe manifestamente ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, il commercio intracomunitario.

52. — Il governo del Regno Unito ritiene che la condizione di cui trattasi nella causa principale costituisca una restrizione quantitativa all'esportazione.

53. — A tal riguardo, si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, il divieto di restrizioni quantitative nonché di misure di effetto equivalente vale non solo per i provvedimenti nazionali, ma del pari per quelli adottati dalle istituzioni comunitarie (v., in particolare, sentenze 25 giugno 1997, causa C-114/1996, Kieffer e Thill, *Racc.*, I-3629, punto 27, e 13 settembre 2001, causa C-169/1999, Schwarzkopf, *Racc.*, I-5901, punto 37).

54. — L'art. 29 CE vieta tutti i provvedimenti che hanno l'oggetto o l'effetto di restringere specificamente le correnti d'esportazione e di costituire in tal modo una differenza di trattamento fra il commercio interno di uno Stato membro ed il suo commercio d'esportazione, così da assicurare un vantaggio particolare alla produzione nazionale o al mercato interno dello Stato interessato (v., in particolare, a proposito di misure nazionali, sentenza 23 maggio 2000, causa C-209/1998, Sydhavnens Steh & Grus, *Racc.*, I-3743, punto 34).

55. — Come è stato constatato al punto 32 della presente sentenza, il disciplinare della DOP "prosciutto di Parma" menziona esplicitamente il requisito di un affettamento e di un confezionamento del prodotto nella zona di produzione per il prosciutto commercializzato a fette e fa riferimento alla legge 13 febbraio 1990, nonché al decreto 15 febbraio 1993 relativamente alle condizioni da rispettare in forza di disposizioni nazionali, ai sensi dell'art. 4, n. 2, lett. i) del regolamento n. 2081/1992. In quanto registra la DOP «prosciutto di Parma», il regolamento n. 1107/1996 fa così dell'affettamento e del confezionamento nella zona di produzione una condizione di utilizzo della DOP "prosciutto di Parma" per il prosciutto commercializzato a fette.

56. — Questa condizione ha come conseguenza che prosciutto prodotto nella zona di produzione, che soddisfa le altre condizioni richieste per poter beneficiare della DOP “prosciutto di Parma” non può essere affettato al di fuori di tale zona, salvo essere privato di questa denominazione.

57. — Per contro, il prosciutto di Parma trasportato all’interno della zona di produzione conserva il suo diritto alla DOP allorché è ivi affettato e confezionato conformemente alle norme cui fa riferimento il disciplinare.

58. — Queste norme hanno quindi per effetto di restringere specificamente le correnti di esportazione del prosciutto che può recare la DOP “prosciutto di Parma” e di creare così una disparità di trattamento tra il commercio interno di uno Stato membro e il suo commercio di esportazione. Pertanto, esse comportano restrizioni quantitative all’esportazione ai sensi dell’art. 29 CE (v., nello stesso senso, sentenza 16 maggio 2000, causa C-388/1995, Belgio/Spagna, *Racc.*, I-3123, punti 38 e 40-42).

59. — Si deve quindi concludere che il fatto di subordinare l’uso della DOP “prosciutto di Parma” per il prosciutto commercializzato a fette alla condizione che le operazioni di affettamento e di confezionamento siano effettuate nella zona di produzione costituisce una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all’esportazione ai sensi dell’art. 29 CE.

Sulla giustificazione della condizione di affettamento e di confezionamento del prodotto nella zona di produzione.

60. — Il Consorzio, il Salumificio, i governi spagnolo e italiano nonché la Commissione fanno valere che, nella citata sentenza Belgio/Spagna, la Corte ha dichiarato che una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all’esportazione, costituita dall’obbligo di imbottigliare un vino, cui è attribuita una denominazione di origine, nella sua zona di produzione per poter utilizzare la denominazione di origine, era giustificata in quanto era intesa a preservare la reputazione della denominazione garantendo, oltre all’autenticità del prodotto, il mantenimento delle sue qualità e delle sue caratteristiche. Essi ritengono che la giurisprudenza che deriva da questa sentenza possa essere trasferita alla condizione di affettamento e di confezionamento del prosciutto di Parma nella zona di produzione, in quanto questa condizione è giustificata ai fini della garanzia dell’autenticità e della qualità del prodotto. Il governo francese sottolinea che questa condizione consente di garantire che il prodotto sia originario dell’area geografica.

61. — La Asda, la Hygrade e il governo del Regno Unito affermano che le operazioni di affettamento e di confezionamento non incidono sulla qualità del prosciutto di Parma e non pregiudicano la sua autenticità. Basandosi su questa premessa, il governo del Regno Unito ritiene che l’iter logico seguito nella citata sentenza Belgio/Spagna, che si dovrebbe in effetti seguire nella presente causa, debba portare a una soluzione contraria rispetto a quella adottata in tale sentenza.

62. — In via preliminare, occorre ricordare che, conformemente all’art. 30 CE, l’art. 29 CE lascia impregiudicati i divieti o restrizioni all’esportazione giustificati da motivi, in particolare, di tutela della proprietà industriale e commerciale.

63. — Occorre rilevare che la normativa comunitaria manifesta una tendenza generale alla valorizzazione della qualità dei prodotti nell’ambito della politica agricola comune, al fine di promuoverne la reputazione grazie, in particolare, all’uso di denominazioni di origine oggetto di una tutela particolare (v. sentenza Belgio/Spagna, *cit.*, punto 53). Tale tendenza si è concretata nel settore dei vini di qualità con l’adozione del regolamento (CEE) del Consiglio 16 marzo 1987, n. 823, che stabilisce disposizioni particolari per i vini di qualità prodotti in regioni determinate (*Gazzetta Ufficiale* L 84, pag. 59), abrogato e sostituito dal regolamento (CE) del Consiglio 17 maggio 1999, n. 1493, relativo all’organizzazione comune del mercato vitivinicolo (*Gazzetta Ufficiale* L 179, pag. 1). Essa si è manifestata anche, relativamente ad altri prodotti agricoli, con l’adozione del regolamento n. 2081/1992, il quale, alla luce dei suoi “considerando”, mira in particolare a soddisfare l’attesa dei consumatori in materia di prodotti di qualità e di un’origine geografica certa nonché a facilitare il conseguimento da parte dei produttori, in condizioni di concorrenza uguali, di migliori redditi in contropartita di uno sforzo qualitativo reale.

64. — Le denominazioni di origine rientrano nei diritti di proprietà industriale e commerciale. La normativa pertinente tutela i beneficiari contro l’uso illegittimo delle dette

denominazioni da parte di terzi che intendano profittare della reputazione da esse acquisita. Tali denominazioni sono dirette a garantire che il prodotto cui sono attribuite provenga da una zona geografica determinata e possieda talune caratteristiche particolari. Esse possono godere di una grande reputazione presso i consumatori e costituire per i produttori che soddisfano le condizioni per usarle un mezzo essenziale per costituirsi una clientela. La reputazione delle denominazioni di origine dipende dall'immagine di cui queste godono presso i consumatori. A sua volta tale immagine dipende, essenzialmente, dalle caratteristiche particolari e, in generale, dalla qualità del prodotto. È quest'ultima, in definitiva, che costituisce il fondamento della reputazione del prodotto (v. sentenza Belgio/Spagna, *cit.*, punti 54-56). Nella percezione del consumatore, il nesso tra la reputazione dei produttori e la qualità dei prodotti dipende, inoltre, dalla sua convinzione che i prodotti venduti con la denominazione di origine sono autentici.

65. — Il disciplinare della DOP “prosciutto di Parma”, imponendo che l'affettamento e il confezionamento avvengano nella zona di produzione, mira a consentire ai beneficiari della DOP di conservare il controllo di una delle presentazioni del prodotto sul mercato. La condizione che esso pone ha come fine di meglio salvaguardare la qualità e l'autenticità del prodotto nonché, di conseguenza, la reputazione della DOP, di cui i beneficiari si assumono, pienamente e collettivamente, la responsabilità.

66. — Pertanto, una condizione quale quella di cui è causa, malgrado i suoi effetti restrittivi sugli scambi, dev'essere considerata conforme al diritto comunitario se è dimostrato che costituisce un mezzo necessario e proporzionato idoneo a preservare la reputazione della DOP “prosciutto di Parma” (v., nello stesso senso, sentenza Belgio/Spagna, *cit.*, punti 58 e 59).

67. — A tal riguardo, occorre constatare che il “prosciutto di Parma” viene consumato principalmente a fette e che tutte le operazioni che portano a questa presentazione sono concepite per ottenere, in particolare, un sapore, un colore e una struttura determinati, che saranno apprezzati dal consumatore.

68. — L'affettamento e il confezionamento del prosciutto costituiscono quindi operazioni importanti, che possono nuocere alla qualità e, di conseguenza, alla reputazione della DOP se vengono effettuate in condizioni che portano a un prodotto non conforme alle qualità organolettiche associate a quest'ultimo. Queste operazioni possono anche compromettere la garanzia di autenticità del prodotto, poiché hanno necessariamente come conseguenza l'eliminazione della marchiatura di origine dalle cosce intere utilizzate.

69. — Il disciplinare della DOP “prosciutto di Parma”, mediante le regole che prevede e mediante i requisiti che devono essere rispettati in forza delle disposizioni nazionali alle quali fa riferimento, istituisce un dispositivo che disciplina in maniera dettagliata e rigorosa le tre fasi che portano all'immissione sul mercato di prosciutto preconfezionato a fette. La prima fase comporta il disossamento del prosciutto, la preparazione dei pezzi, la refrigerazione e il congelamento di questi ai fini delle operazioni di affettamento. La seconda fase corrisponde alle operazioni di affettamento. La terza consiste nel confezionamento del prosciutto affettato, sotto vuoto o in atmosfera protetta.

70. — Tre regole principali devono essere rispettate nel corso del processo industriale.

71. — In primo luogo, dopo un controllo dell'autenticità delle cosce di maiale utilizzate, deve essere operata una selezione tra queste. Solo le cosce che soddisfano talune condizioni aggiuntive più restrittive, relative in particolare al peso, alla durata d'invecchiamento, al contenuto di acqua, al tasso di umidità interno, all'assenza di difetti visibili, possono essere affettate e confezionate. La selezione continua nelle varie fasi del processo, allorché appaiono anomalie del prodotto, come macchie che derivano da microemorragie, zone bianche nei muscoli, o ancora la presenza di grasso intramuscolare eccessivo, che non potevano essere scoperte prima del disossamento o dell'affettamento.

72. — In secondo luogo, tutti gli operatori della zona di produzione che hanno l'intenzione di affettare e confezionare prosciutto di Parma devono essere autorizzati dalla struttura di controllo, che autorizza anche i fornitori di confezioni.

73. — In terzo luogo, rappresentanti della struttura di controllo devono essere presenti in ciascuna delle tre fasi del processo. Essi controllano permanentemente che siano rispettate tutte le prescrizioni del disciplinare, ivi compresa la marchiatura del prodotto in ciascuna fase. A conclusione delle operazioni, essi certificano il numero di confezioni prodotte.

74. — Le differenti fasi danno luogo a interventi tecnici e di controllo molto precisi, che vertono sull'autenticità, la qualità, l'igiene e l'etichettatura. Talune richiedono valutazioni specializzate, in particolare nel corso delle fasi di refrigerazione e di congelamento dei pezzi.

75. — In tale contesto, si deve ammettere che i controlli effettuati al di fuori della zona di produzione fornirebbero meno garanzie in merito alla qualità e all'autenticità del prodotto rispetto a quelli effettuati nella zona di produzione nel rispetto della procedura prevista dal disciplinare (v., nello stesso senso, sentenza Belgio/Spagna, *cit.*, punto 67). Infatti, da un lato, i controlli effettuati secondo quest'ultima procedura presentano un carattere approfondito e sistematico e sono effettuati da professionisti che hanno una conoscenza specializzata delle caratteristiche del prosciutto di Parma. Dall'altro, sarebbe difficilmente concepibile che i rappresentanti dei beneficiari della DOP possano instaurare, efficacemente tali controlli negli altri Stati membri.

76. — Il rischio per la qualità e l'autenticità del prodotto infine offerto al consumo è, di conseguenza, più rilevante allorché esso è stato affettato e confezionato al di fuori della zona di produzione che non nel caso in cui esso è stato affettato e confezionato all'interno della detta zona (v., nello stesso senso, sentenza Belgio/Spagna, *cit.*, punto 74).

77. — Questa constatazione non è inficiata dalla circostanza, sottolineata nella presente causa, secondo cui l'affettamento del prosciutto può essere effettuato, quanto meno a talune condizioni, da dettaglianti e ristoratori al di fuori della zona di produzione. Infatti, quest'operazione deve essere effettuata, in via di principio, dinanzi al consumatore, o, quanto meno, quest'ultimo può richiedere che questo avvenga al fine, in particolare, di verificare la presenza del marchio di origine sulla coscia utilizzata. In particolare, operazioni di affettamento e di confezionamento effettuate a monte della fase del commercio al dettaglio o della ristorazione costituiscono, a causa dei quantitativi di prodotti interessati, un rischio di gran lunga più concreto per la reputazione di una DOP, in caso di controllo insufficiente dell'autenticità del prodotto e della sua qualità, rispetto ad operazioni effettuate da dettaglianti o da ristoratori.

78. — Pertanto, la condizione di affettamento e di confezionamento nella zona di produzione, la quale è diretta a preservare la reputazione del prosciutto di Parma potenziando il controllo delle sue caratteristiche particolari e della sua qualità, può essere considerata giustificata come misura di tutela della DOP di cui beneficia la collettività degli operatori interessati e che riveste per questi ultimi un'importanza decisiva (v., nello stesso senso, sentenza Belgio/Spagna, *cit.*, punto 75).

79. — La restrizione che ne deriva può essere considerata necessaria per la realizzazione dell'obiettivo perseguito, nel senso che non esistono misure alternative meno restrittive e idonee a conseguirlo.

80. — A tale riguardo, la DOP «prosciutto di Parma» non sarebbe tutelata in modo comparabile da un obbligo, imposto agli operatori stabiliti al di fuori della zona di produzione, di informare i consumatori, mediante un'adeguata etichettatura, del fatto che l'affettamento e il confezionamento sono avvenuti al di fuori di tale zona. Infatti, un pregiudizio alla qualità o all'autenticità di un prosciutto affettato e confezionato al di fuori della zona di produzione, dovuto al realizzarsi dei rischi connessi alle operazioni di affettamento e di confezionamento, potrebbe nuocere alla reputazione di tutto il prosciutto smerciato con la DOP «prosciutto di Parma», compreso quello affettato e confezionato nella zona di produzione sotto il controllo della collettività beneficiaria della DOP (v., nello stesso senso, sentenza Belgio/Spagna, *cit.*, punti 76 e 77).

81. — Occorre quindi concludere che il fatto di subordinare l'uso della DOP «prosciutto di Parma» per il prosciutto commercializzato a fette alla condizione che le operazioni di affettamento e di confezionamento siano effettuate nella zona di produzione può essere considerata giustificata e, pertanto, compatibile con l'art. 29 CE.

Sull'opponibilità agli operatori economici della condizione di affettamento e di confezionamento nella zona di produzione.

Osservazioni presentate alla Corte.

82. — Il Consorzio e il Salumificio ritengono che la condizione di affettamento e di confezionamento nella zona di produzione, prevista dal disciplinare della DOP «prosciutto di Parma», possa essere fatta valere dinanzi ai giudici nazionali. A loro parere, un operatore potrebbe far valere la sua ignoranza di questa condizione derivante da atti e disposizioni ai quali non ha accesso solo nel caso in cui fosse richiesta nei suoi confronti l'applicazione di

una sanzione. Analogamente al governo italiano, essi ritengono che l'operatore non può per contro far valere la sua ignoranza della condizione allorché, come nella causa principale, gli è richiesto solo di porre fine, per il futuro, alla vendita di prosciutto di Parma affettato e confezionato al di fuori della zona di produzione. Essi aggiungono che, in ogni caso, la Asda e la Hygrade non hanno incontrato alcuna difficoltà nella causa principale per ottenere e utilizzare liberamente e legittimamente tutte le informazioni e tutti i documenti necessari, in particolare una versione in lingua inglese del disciplinare, disponibile dal 1997.

83. — Il governo francese sostiene che, in applicazione dell'art. 249 CE, ogni soggetto può far valere direttamente un regolamento comunitario dinanzi a un giudice nazionale nell'ambito di un procedimento civile.

84. — La Commissione afferma che la mancata pubblicazione del disciplinare risulta dalla struttura del regolamento n. 2081/1992 e dalla procedura di registrazione specifica attuata. A suo parere, la questione pregiudiziale posta tocca l'essenza stessa della normativa e mette in discussione tutta la procedura di registrazione prevista dal regolamento n. 2081/1992. La mancata pubblicazione del disciplinare deriverebbe da una scelta deliberata del legislatore comunitario nell'ambito della procedura semplificata. Questa procedura avrebbe raggruppato tutte le denominazioni già protette dalle normative nazionali. Le denominazioni registrate nell'ambito della sua applicazione sarebbero state già ben conosciute non solo dal pubblico, ma, verosimilmente, anche dagli operatori economici, che fossero importatori, distributori o venditori al dettaglio. Si dovrebbe anche supporre che questi operatori commercializzavano i prodotti di cui trattasi prima della registrazione della DOP. L'intento perseguito dal legislatore comunitario sarebbe stato unicamente quello di concedere alle denominazioni già protette a livello nazionale il beneficio della protezione comunitaria dopo la verifica, da parte della Commissione, della loro conformità con i termini e le condizioni degli artt. 2 e 4 del regolamento n. 2081/1992.

85. — La Asda e la Hygrade sostengono che un provvedimento non pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee* non può essere attuato nei confronti di un singolo allorché, come nella causa principale, quest'ultimo non è legittimato ad ottenere una copia di questo provvedimento, che sia nella sua lingua o in un'altra lingua. Nonostante il principio dell'efficacia diretta dei regolamenti, previsto all'art. 249 CE, un provvedimento comunitario potrebbe far sorgere diritti individuali solo se è sufficientemente chiaro, preciso e incondizionato. La portata e l'efficacia di una normativa comunitaria dovrebbero essere chiare e prevedibili dai singoli, sotto pena di violazione del principio di certezza del diritto e di quello di trasparenza. Le norme adottate dovrebbero consentire agli interessati di conoscere con precisione la portata degli obblighi che ad essi incombono. La mancata pubblicazione di un atto osterebbe a che obblighi stabiliti da questo atto siano imposti a un singolo. Inoltre, un obbligo imposto dal diritto comunitario dovrebbe essere facilmente accessibile nella lingua dello Stato membro dove deve essere applicato. In mancanza di una traduzione ufficiale, un provvedimento comunitario non potrebbe far venir meno i diritti di singoli sia nell'ambito di procedimenti civili sia in quello di procedimenti penali. Se il Consorzio fosse autorizzato a far rispettare, dinanzi a un giudice nazionale, un disciplinare non pubblicato, i principi di certezza del diritto e di trasparenza sarebbero violati. Di conseguenza, le disposizioni relative a questo disciplinare non potrebbero avere efficacia diretta.

86. — Il governo del Regno Unito rileva che il regolamento n. 1107/1996 indica solo che la denominazione «prosciutto di Parma» è una DOP. Nulla in questa DOP indicherebbe che un operatore che ha acquistato prosciutto di Parma non possa affettarlo e confezionarlo ai fini della sua vendita al consumatore. Nulla nella natura delle operazioni attirerebbe l'attenzione dell'operatore sul fatto che la DOP «prosciutto di Parma» non può essere utilizzata per le fette tagliate al di fuori della zona di produzione da un prosciutto che recava legittimamente la DOP. Qualsiasi divieto di utilizzare la DOP «prosciutto di Parma» dovrebbe essere trasparente e facilmente accessibile. I principi di trasparenza e di accessibilità verrebbero rispettati solo se la restrizione può facilmente essere determinata sulla base di pubblicazioni ufficiali della Comunità.

Giudizio della Corte

87. — Occorre ricordare che, in applicazione dell'art. 249, secondo comma, CE, il regolamento, atto di portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

88. — A tale titolo, esso non solo diritti, ma anche obblighi di cui i singoli possono esigere il rispetto da parte di altri singoli agendo dinanzi ai giudici nazionali.

89. — Tuttavia, l'imperativo della certezza del diritto richiede che una normativa comunitaria consenta agli interessati di riconoscere con esattezza l'estensione degli obblighi ch'essa impone loro (v. sentenza 1° ottobre 1998, causa C-209/1996, Regno Unito/Commissione, *Racc.*, I-5655, punto 35).

90. — Il regolamento n. 2081/1992 enuncia, nel dodicesimo "considerando", che per usufruire della protezione in ciascuno degli Stati membri, le denominazioni d'origine devono essere registrate a livello comunitario e che l'iscrizione in un registro consente altresì di garantire l'informazione degli operatori del settore e dei consumatori.

91. — Tuttavia, esso non prevede la pubblicazione del disciplinare o di elementi di quest'ultimo nell'ambito della procedura semplificata.

92. — Il regolamento n. 1107/1996 si limita a prevedere che la denominazione "prosciutto di Parma" è registrata in quanto DOP ai sensi dell'art. 17 del regolamento n. 2081/1992.

93. — In quanto opera questa registrazione, esso sancisce a livello comunitario le condizioni enunciate o cui si fa riferimento nel disciplinare e, in particolare, quella che impone la realizzazione delle operazioni di affettamento e di confezionamento nella zona di produzione. Questa condizione comporta per i terzi un obbligo di non fare, che può essere sanzionato civilmente, e perfino penalmente.

94. — Ora, come hanno ammesso nel corso del procedimento tutti gli intervenienti che si sono espressi al riguardo, la tutela conferita da una DOP non si estende di solito ad operazioni quali l'affettamento e il confezionamento del prodotto. Queste operazioni sono vietate ai terzi al di fuori della zona di produzione solo se una condizione in tal senso è prevista espressamente nel disciplinare.

95. — In tale contesto, il principio di certezza del diritto richiedeva che la condizione di cui trattasi fosse portata a conoscenza dei terzi mediante una pubblicità adeguata nella normativa comunitaria, pubblicità che avrebbe potuto essere realizzata mediante la menzione di questa condizione nel regolamento n. 1107/1996.

96. — Non essendo stata portata a conoscenza dei terzi, la detta condizione non può essere fatta valere nei loro confronti dinanzi a un giudice nazionale, che sia ai fini di una sanzione penale o nell'ambito di un procedimento civile.

97. — Non si può utilmente sostenere che la pubblicazione delle condizioni contenute nel disciplinare non fosse *necessaria* nell'ambito della procedura semplificata di cui all'art. 17 del regolamento n. 2081/1992, per il fatto che le denominazioni registrate erano già ben conosciute dal pubblico e dagli operatori economici e l'intento perseguito dal legislatore comunitario era unicamente quello di estendere a livello comunitario una protezione già esistente a livello nazionale.

98. — Infatti, prima dell'adozione del regolamento n. 2081/1992, le denominazioni di origine erano protette da disposizioni nazionali pubblicate e applicabili, in via di principio, sul solo territorio dello Stato membro che le aveva adottate, con riserva di convenzioni internazionali che estendevano la protezione al territorio di altri Stati membri, di comune accordo tra i contraenti. Ora, con quest'ultima riserva, non si può presumere che, in conseguenza di una tale situazione, le condizioni relative alle dette denominazioni di origine fossero necessariamente conosciute dal pubblico e dagli operatori economici di tutta la Comunità, ivi comprese quelle relative all'esatta estensione della protezione, determinata da disciplinari e da disposizioni nazionali di contenuto tecnico, redatte nella lingua nazionale dello Stato membro interessato.

99. — Occorre quindi concludere che la condizione di affettamento e di confezionamento del prodotto nella zona di produzione non è opponibile agli operatori economici, se non è stata portata a loro conoscenza mediante una pubblicità adeguata nella normativa comunitaria (*omissis*)».

Un blocco autostradale per motivi ambientali: libertà di riunione e libertà di traffico

(Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Plenum, 12 giugno 2003, nella causa C-112/00)

La Corte ha condiviso in pieno il punto di vista del governo italiano, che, nel corso della discussione orale, richiamate e condensate le osservazioni scritte precedentemente depositate, aveva rilevato quanto segue.

L'autostrada del Brennero (A13) collega Innsbruck, in Austria, alla frontiera con l'Italia, al valico del Brennero. Essa rappresenta una delle principali vie di collegamento rapido per l'interscambio fra il Nord Europa (in particolare la Germania) e l'Italia. Le problematiche connesse alla intensità del traffico interfrontaliero hanno indotto ad una regolamentazione comunitaria limitativa fondata sul sistema dei c.d. «ecopunti».

È fin troppo evidente l'interesse che possono avere gli operatori da e per l'Italia, nonché l'intera economia italiana, affinché nessuno ponga ostacoli al libero traffico su questa importantissima via di comunicazione.

Ed è altresì fin troppo evidente che un qualsiasi indebito impedimento, anche solo temporaneo, al libero traffico costituisce in linea di principio una misura suscettibile di ostacolare direttamente o indirettamente, attualmente o potenzialmente, il commercio intracomunitario; misura vietata, in via di massima, dall'art. 28 del Trattato. E gli Stati membri debbono assicurare, ai sensi dell'art. 10 del Trattato, le libertà fondamentali indicate dal Trattato stesso.

Le considerazioni che precedono non possono però sviare il Governo italiano dal suo impegno di leale cooperazione con la Corte, cui si onora di portare il proprio contributo all'interpretazione della normativa comunitaria, nonché con la Commissione e con gli altri Stati membri.

E in questa prospettiva il Governo italiano ribadisce in questa sede il punto di vista già espresso nelle proprie osservazioni scritte, pur auspicando che, nel rispetto dei principi sulla tutela da un lato dei diritti fondamentali di cui alla Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e dall'altro delle libertà fondamentali del Trattato CE e nell'equo contemperamento degli interessi che possono talvolta contrapporsi, ogni Stato membro assicuri il massimo impegno a garantire seriamente quella libertà di traffico che ora, nella presente circostanza, è oggetto della vertenza.

È certamente vero – ripetiamo – che per il combinato disposto degli art. 10 e 28 del Trattato la libertà di traffico garantisce la libera circolazione delle merci; ed ogni ostacolo ad essa frapposto è da ritenersi in via di principio vietato.

Nel caso di specie, però, l'ostacolo proviene dall'esercizio di un diritto fondamentale da parte di un gruppo di cittadini. Ovviamente non è questa la sede per verificare se essi hanno o non hanno ragione di dolersi della situazione. Quel che è indubitabile è che essi hanno esercitato un diritto di libertà fondamentale espressamente garantito dall'art. 11 della citata Convenzione sui diritti dell'uomo.

Tale art. 11 stabilisce che il diritto alla libertà di riunione «non può essere oggetto di altre limitazioni oltre quelle previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza

nazionale, per la sicurezza pubblica, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei delitti, per la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti e della libertà degli altri».

Il rispetto dei diritti fondamentali quali garantiti dalla suddetta Convenzione è espressamente previsto dal paragrafo 2 del vecchio art. F del Trattato sull'Unione europea e dal paragrafo 2 del nuovo art. 6, il quale, anzi, al paragrafo 1, precisa che «l'Unione si fonda (anche) sul rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

I diritti dell'uomo e le libertà fondamentali garantite dalla Convenzione di salvaguardia prevalgono sulle quattro libertà del Trattato CE, fra cui la libertà di circolazione delle merci e la connessa libertà di traffico? Noi riteniamo di sì, perché l'Unione non solo garantisce il rispetto delle libertà fondamentali ma addirittura su esso si fonda. Ma, in definitiva, non è neanche necessario stabilire una gerarchia delle fonti, perché il problema del bilanciamento fra le libertà fondamentali e le libertà del Trattato CE si può risolvere mediante un raccordo fra le stesse norme comunitarie.

Infatti da un lato può dirsi che l'art. 11 della Convenzione consente una limitazione delle libertà fondamentali, purché il limite sia fissato dalla legge e sia necessario per garantire, fra l'altro, i diritti e le libertà degli altri: e potrebbe dirsi che, appunto, l'art. 28 del Trattato CE pone un limite perché esso intende tutelare anche i diritti e le libertà degli altri. Ma da un altro lato ben può rilevarsi che a fronte della libertà dell'art. 28 del Trattato CE v'è anche la libertà fondamentale di riunione prevista nella Convenzione, il cui rispetto è richiamato dal Trattato dell'Unione. Quindi, al più, potrebbe parlarsi di una concorrenza di norme di pari rango, che impone un reciproco rispetto e dunque, in caso di contrasto, un equo temperamento degli interessi in giuoco: cioè in tanto la libertà di riunione va rispettata, in quanto non pregiudichi eccessivamente la libertà di traffico; e viceversa. Ma in definitiva, quand'anche vi fosse una gerarchia fra le fonti, con una supremazia dei diritti fondamentali della Convenzione rispetto alle libertà del Trattato CE, pur sempre vi dovrebbe essere una valutazione della ragionevolezza del sacrificio della libertà sottordinata a garanzia del rispetto della libertà sovraordinata.

In ogni caso, quindi, si pone un problema di chi deve effettuare la valutazione e la comparazione degli interessi in giuoco, per assicurare un equilibrio nella situazione concreta.

Orbene è chiaro che, di norma, la libertà di riunione in ben pochi casi può collidere con la libertà di traffico, sicché in generale non si pongono problemi. Allorché una possibilità di conflitto sorge, essa non può che impingere nel settore dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza: in effetti – come del resto è accaduto nel caso di specie – in tanto può prospettarsi un impedimento al traffico in quanto la riunione assuma l'aspetto di una manifestazione pubblica, con la partecipazione di un gruppo più o meno vasto, ma certamente numeroso, di persone (si pensi non solo a manifestazioni di protesta locali, ma alle grandi manifestazioni sindacali, locali e nazionali, agli scioperi, che possono coinvolgere blocchi del traffico stradale, ferroviario, navale, aereo). E appunto nel caso di specie si tratta di una manifestazione

pubblica che, per il raggiungimento del suo scopo e della sua visibilità, si svolge proprio con un blocco stradale, cioè un blocco di quel traffico che essa intende contestare.

Orbene è proprio l'art. 30 del Trattato CE che prevede che «le disposizioni degli artt. 28 e 29 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni... al transito giustificati da motivi... di ordine pubblico (e) di pubblica sicurezza...». La valutazione di questa incidenza delle ragioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza rientra indubbiamente nei poteri delle autorità nazionali preposte alla loro tutela nell'ambito territoriale di loro esclusiva competenza.

In quasi tutte le osservazioni scritte (e nel corso della discussione orale) è stata richiamata la sentenza della Corte 9 dicembre 1997, nella causa C-265/1995, Commissione c. Francia, nel caso delle fragole spagnole. Ivi la Corte ha appunto precisato (punto 33) che «gli Stati membri, che restano i soli competenti quanto al mantenimento dell'ordine pubblico e alla salvaguardia della sicurezza interna, fruiscono di una discrezionalità per stabilire quali siano, in una determinata situazione, i provvedimenti più atti ad eliminare gli ostacoli all'importazione dei prodotti». È chiaro che lo stesso principio vale a maggior ragione allorché si tratta non di adottare misure per eliminare ostacoli posti da terzi privati, ma di adottare un provvedimento (esplicito o implicito) che consente l'esercizio di un diritto fondamentale, quale la libertà di riunione, sia pur con il sacrificio di un'altra libertà, che però certamente non è sovraordinata.

Ma la Corte – si è obiettato – ha pur precisato (punto 35) che ad essa spetta, «tenendo conto dei poteri discrezionali sopramenzionati, accertare, nei casi in cui è investita, se lo Stato membro considerato abbia adottato misure idonee a garantire la libera circolazione delle merci». Questo è verissimo e giustissimo. Ma la verifica della Corte è una verifica del rispetto da parte dello Stato membro dei suoi obblighi comunitari e quindi va condotta nell'ambito e a conclusione di un procedimento che l'abbia investita *ex art. 226 del Trattato (ex art. 169)*, come è avvenuto nel caso francese.

Ivi la Corte ha constatato l'inadempimento dello Stato riconoscendo la fondatezza delle contestazioni mosse, ai sensi della norma sopracitata, dalla Commissione; essa ha infatti precisato (punto 65) che «nella specie il Governo francese ha ommesso, *manifestamente e costantemente*, di adottare provvedimenti sufficienti ed adeguati per far cessare gli atti vandalici che compromettono sul suo territorio la libera circolazione di taluni prodotti agricoli originari di altri Stati membri e per impedire il reiterarsi di tali atti».

Nel nostro caso non v'è stato alcun procedimento di infrazione; allo Stato membro non è stata mossa alcuna contestazione; nella vicenda si discute di un solo blocco stradale ad opera di manifestanti autorizzati (esplicitamente o implicitamente) alla riunione, durato per un breve periodo. Certamente la Commissione, nell'ambito delle sue specifiche competenze, vigila e dovrà sempre vigilare sul comportamento degli Stati, intervenendo tutte le volte che anche un mero eccesso di potere da parte delle autorità nazionali sia tale da costituire violazione di un obbligo comunitario. Confidiamo che le autorità austriache esercitino sempre legittimamente e razional-

mente i loro poteri, a garanzia certamente dei diritti fondamentali dei cittadini, ma anche nel rispetto delle libertà altrui, fondamento e ragione della stessa esistenza della nostra Comunità, che noi auspichiamo essere sempre più coesa.

Avv. Oscar Fiumara

Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Plenum, 12 giugno 2003, nella causa C-112/00 - Presidente Rodriguez Iglesias - Relatore Schintgen - Avvocato Gen. Jacobs - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht di Innsbruck nella causa civile Schmidberger c. Rep. Austria - Interv.: Governi austriaco, greco, olandese, finlandese ed italiano (Avv. dello Stato O. Fiumara) e Commissione delle Comunità europee (ag. Schieterer e Grunwald).
(Trattato CE, artt. 10, 28, 29 e 30; Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 4 novembre 1950, art. 11).

Il fatto che le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato una manifestazione nelle circostanze di cui alla causa principale (un blocco stradale di circa 30 ore dell'autostrada del Brennero promosso da un'associazione con finalità essenzialmente ambientali per protestare contro la densità del traffico dei veicoli commerciali) non è incompatibile con gli artt. 30 e 44 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 28 CE e 30 CE), letti in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato CE (divenuto art. 10 CE).

«(omissis) 1. — Con ordinanza 1° febbraio 2000, giunta in cancelleria il 24 marzo successivo, l'Oberlandesgericht Innsbruck ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, sei questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione degli artt. 30, 34 e 36 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 28 CE, 29 CE e 30 CE), letti in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato CE (divenuto art. 10 CE), nonché sui presupposti della responsabilità di uno Stato membro per danni cagionati ai privati in ragione delle violazioni del diritto comunitario.

2. — Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia che oppone la Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge (in prosiegua: la «Schmidberger») alla Republik Österreich (in prosiegua: la «Repubblica d'Austria»), avente ad oggetto l'autorizzazione implicitamente accordata dalle autorità competenti di quest'ultima a un'associazione con finalità essenzialmente ambientali ad organizzare una manifestazione sull'autostrada del Brennero che ha comportato il blocco completo della circolazione sull'autostrada stessa per quasi trenta ore (omissis).

Causa principale e questioni pregiudiziali

10. — Risulta dal fascicolo della causa principale che il 15 maggio 1998 l'associazione Transitforum Austria Tirol, il cui obiettivo è la «tutela dello spazio vitale nella regione alpina», ha informato la Bezirkshauptmannschaft Innsbruck, ai sensi degli artt. 2 della VslG e 86 della StVO, che si sarebbe tenuta una manifestazione sull'autostrada del Brennero (A13) dal venerdì 12 giugno 1998, alle ore 11, al sabato 13 giugno 1998, alle ore 15, la quale avrebbe comportato, per tutto il periodo indicato, la chiusura totale della circolazione in tale autostrada sul tratto tra l'area di sosta dell'Europabrücke ed il casello di Schönberg (Austria).

11. — Il giorno stesso, il presidente dell'associazione citata ha tenuto una conferenza stampa, a seguito della quale i media austriaci e tedeschi hanno diffuso informazioni in ordine alla chiusura dell'autostrada del Brennero. Anche i clubs automobilistici austriaci e tedeschi, essendo stati previamente informati, hanno fornito indicazioni pratiche ai viaggiatori, precisando in particolare che tale autostrada doveva essere evitata nel periodo in questione.

12. — In data 21 maggio 1998, la Bezirkshauptmannschaft ha chiesto alla Sicherheitsdirektion für Tirol istruzioni in merito all'annunciata manifestazione. In data 3 giugno 1998, il Sicherheitsdirektor ha dato ordine di non vietarla. Il 10 giugno 1998 si è tenuta una riunione dei rappresentanti delle varie autorità locali allo scopo di garantire il regolare svolgimento della manifestazione stessa.

13. — Ritenendo tale manifestazione lecita ai sensi del diritto austriaco, la Bezirks-hauptmannschaft ha deciso di non vietarla, senza tuttavia verificare se la sua decisione potesse violare il diritto comunitario.

14. — Tale manifestazione è stata effettivamente organizzata nel luogo e alla data indicati. Di conseguenza, venerdì 12 giugno 1998, a partire dalle ore 9, gli automezzi pesanti che avrebbero dovuto attraversare l'autostrada del Brennero sono stati bloccati. L'autostrada è stata riaperta alla circolazione sabato 13 giugno 1998 verso le ore 15 e 30, salvi i divieti di circolazione applicabili, ai sensi della normativa austriaca, agli automezzi pesanti superiori a 7,5 t in talune fasce orarie il sabato e la domenica.

15. — La Schmidberger è un'impresa di trasporti internazionali avente sede a Rot an der Rot (Germania), che dispone di sei automezzi pesanti «silenziosi e non inquinanti» con rimorchio. L'attività principale dell'impresa consiste nell'effettuare trasporti di legname dalla Germania verso l'Italia e trasporti d'acciaio dall'Italia verso la Germania. A tal fine, i suoi automezzi utilizzano essenzialmente l'autostrada del Brennero.

16. — La Schmidberger ha presentato ricorso dinanzi al Landesgericht Innsbruck (Austria) al fine di ottenere la condanna dell'Austria al pagamento in suo favore della somma di 140 000 ATS a titolo di danni, in quanto a cinque dei suoi automezzi era stato impossibile attraversare l'autostrada del Brennero per quattro giorni consecutivi, considerando che, da un lato, giovedì 11 giugno 1998 era un giorno festivo in Austria, mentre il 13 e il 14 giugno seguenti erano un sabato una domenica, e che d'altro lato, la normativa austriaca prevede un divieto di circolazione degli automezzi pesanti superiori a 7,5 t durante la maggior parte dei fine settimana nonché dei giorni festivi. Tale autostrada rappresenterebbe l'unico itinerario percorribile dai suoi veicoli tra la Germania e l'Italia. Il mancato divieto della manifestazione e il mancato intervento delle autorità austriache per impedire il blocco di tale asse stradale rappresenterebbero un ostacolo alla libera circolazione delle merci. Poiché tale ostacolo non sarebbe giustificato alla luce dei diritti alla libertà d'espressione ed alla libertà di riunione dei manifestanti, esso rappresenterebbe una violazione del diritto comunitario e farebbe quindi sorgere la responsabilità dello Stato membro interessato. Nella fattispecie, il danno subito dalla Schmidberger deriverebbe dalla immobilizzazione dei suoi automezzi pesanti (50 000 ATS), dalle spese fisse per gli autisti (5 000 ATS) e da un mancato guadagno risultante dagli sconti concessi ai clienti a causa dei rilevanti ritardi nel trasporto delle merci, nonché dalla mancata esecuzione di sei trasporti tra la Germania e l'Italia (85 000 ATS).

17. — La Repubblica d'Austria ha chiesto il rigetto di tale ricorso, poiché la decisione di non vietare la manifestazione preannunciata sarebbe stata assunta a seguito di un esame minuzioso della situazione di fatto, poiché in Austria, in Germania nonché in Italia erano state preliminarmente diffuse informazioni sulla data della chiusura dell'autostrada del Brennero e poiché tale manifestazione non avrebbe dato luogo a intasamenti rilevanti né ad altri incidenti. L'ostacolo alla libera circolazione derivante da una manifestazione sarebbe consentito quando l'ostacolo che essa genera non ha carattere permanente e serio. Il bilanciamento di interessi in causa dovrebbe favorire le libertà d'espressione e di riunione, in quanto i diritti fondamentali sarebbero intangibili all'interno di una società democratica.

18. — Dopo aver preso atto che non era stato dimostrato che gli autocarri della Schmidberger avrebbero dovuto attraversare l'autostrada del Brennero il 12 e il 13 giugno 1998, né che non vi fosse stata la possibilità, dopo che l'impresa interessata aveva avuto notizia dell'organizzazione della manifestazione, di modificare gli itinerari al fine di evitare un danno, con sentenza 23 settembre 1999 il Landesgericht Innsbruck ha respinto il ricorso, in quanto tale società di trasporto, da un lato, non avrebbe adempiuto agli oneri di allegazione e di prova ad essa incombenti in base al diritto sostanziale austriaco relativi al presunto danno economico e, d'altro lato, non avrebbe, ottemperato all'obbligo, su di essa gravante ai sensi del diritto procedurale austriaco, di esporre tutti i fatti su cui si fonda la domanda e che sono necessari ai fini della risoluzione della controversia.

19. — La Schmidberger ha quindi interposto appello avverso tale sentenza di fronte all'Oberlandesgericht Innsbruck, il quale ritiene necessario tener conto delle disposizioni del diritto comunitario quando si tratti, come nel caso di specie, di diritti che sono fondati, almeno in parte, su quest'ultimo.

20. — A tal proposito sarebbe necessario stabilire, in primo luogo, se il principio della libera circolazione delle merci, eventualmente in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato, imponga a uno Stato membro di garantire il libero accesso alle principali vie di comunicazione e se tale obbligo prevalga sui diritti fondamentali, quali la libertà di espressione e la libertà di riunione, garantiti dagli artt. 10 e 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: la «CEDU»).

21. — In caso di risposta affermativa, il giudice di rinvio chiede, in secondo luogo, se la violazione del diritto comunitario così accertata sia sufficientemente caratterizzata da far sorgere la responsabilità dello Stato. Talune questioni interpretative si porrebbero, in particolare, per quanto concerne la determinazione del grado di precisione e di chiarezza degli artt. 5, 30, 34 e 36 del Trattato.

22. — Nella fattispecie, la responsabilità dello Stato potrebbe sorgere in forza di un atto normativo erroneo in quanto il legislatore austriaco avrebbe omesso di adeguare la disciplina relativa alla libertà di riunione agli obblighi derivanti dal diritto comunitario e, in particolare, al principio della libera circolazione delle merci, ovvero sulla base di una violazione amministrativa in quanto le autorità nazionali competenti sarebbero state tenute, in conformità all'obbligo di cooperazione e di lealtà di cui all'art. 5 del Trattato, a interpretare il diritto interno in conformità alle disposizioni del Trattato stesso in materia di libera circolazione delle merci, per quanto tali obblighi derivanti dal diritto comunitario sono direttamente applicabili.

23. — Il giudice *a quo* si interroga, in terzo luogo, sulla natura e sull'importo del diritto al risarcimento del danno derivante dalla responsabilità dello Stato. Esso si chiede quanto rigorosa debba essere la prova della causa e dell'entità del danno arrecato da una violazione del diritto comunitario di carattere legislativo o amministrativo e intende sapere, in particolare, se sussista un diritto al risarcimento anche quando l'importo del danno possa essere determinato solamente in base a valutazioni forfettarie.

24. — Infine, il giudice *a quo* esprime dubbi in ordine alle condizioni nazionali di attuazione del diritto al risarcimento del danno derivante dalla responsabilità dello Stato. Esso si chiede se le norme austriache relative all'onere di allegazione e di prova di un diritto, nonché all'obbligo di esporre tutti i fatti necessari alla soluzione della controversia rispettino il principio giurisprudenziale di effettività, in quanto i diritti che derivano dalla normativa comunitaria non sempre risulterebbero definiti integralmente sin dall'inizio, nonché in quanto il ricorrente, incontrerebbe serie difficoltà nell'esporre con precisione tutti gli elementi di fatto richiesti dalla disciplina austriaca. Così, nel caso di specie, il contenuto del diritto al risarcimento non risulterebbe definito né quanto al suo fondamento, né quanto al suo importo, sicché risulterebbe necessario un rinvio pregiudiziale. Orbene, il ragionamento del giudice di primo grado sarebbe tale da frustrare taluni diritti basati sul diritto comunitario, respingendo la domanda sulla base di principi del diritto nazionale ed aggrando, per motivi puramente formali, le questioni rilevanti di diritto comunitario (*omissis*).

Sulle questioni pregiudiziali

46. — Si deve preliminarmente rilevare che le questioni formulate dal giudice del rinvio sollevano due problemi certo tra loro collegati, ma tuttavia distinti.

47. — Per un verso, infatti, il giudice del rinvio chiede alla Corte se il blocco totale dell'autostrada del Brennero per quasi 30 ore ininterrotte, intervenuto nelle circostanze di cui alla causa principale, costituisca un ostacolo incompatibile con la libera circolazione delle merci e debba quindi essere considerato una violazione del diritto comunitario. Per altro verso, le questioni hanno più specificamente ad oggetto le condizioni in cui può essere invocata la responsabilità di uno Stato membro per danni cagionati ai privati in ragione di una violazione del diritto comunitario.

48. — Quanto a quest'ultimo aspetto, il giudice del rinvio chiede in particolare se, ed eventualmente, in che misura la violazione del diritto comunitario — supponendola dimostrata — nelle circostanze di cui alla causa sottoposta al suo esame sia sufficientemente manifesta e grave da far sorgere la responsabilità dello Stato membro interessato. Esso interroga inoltre la Corte in ordine alla natura e alla prova del danno risarcibile.

49. — Posto che, logicamente, tale seconda serie di quesiti dev'essere esaminata solamente qualora si dia una risposta affermativa alla prima questione, come definita nella

prima frase del punto 47 di questa sentenza, la Corte deve preliminarmente pronunciarsi sui diversi aspetti sollevati nell'ambito di tale questione, oggetto in sostanza del primo e del quarto quesito.

50. — Alla luce degli elementi che emergono dal fascicolo della causa principale trasmesso dal giudice del rinvio, nonché dalle osservazioni scritte e orali formulate dinanzi alla Corte, tali quesiti devono essere intesi nel senso che essi mirano a chiarire se il fatto che le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato una manifestazione avente finalità essenzialmente ambientale, che ha comportato il blocco completo, per quasi 30 ore ininterrotte, di una via di comunicazione importante quale l'autostrada del Brennero, costituisca un ostacolo ingiustificato al principio fondamentale della libera circolazione delle merci sancito dagli artt. 30 e 34 del Trattato, eventualmente letti in combinato disposto con l'art. 5 dello stesso.

Sull'esistenza di un ostacolo alla libera circolazione delle merci

51. — A tal proposito, si deve ricordare innanzitutto che la libera circolazione delle merci costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità.

52. — Così, l'art. 3 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 3 CE), inserito nella prima parte dello stesso, dal titolo «*Principi*», dispone, alla lett. c), che, ai fini enunciati dall'art. 2 del Trattato stesso, l'azione della Comunità comporta un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli, in particolare, alla libera circolazione delle merci.

53. — L'art. 7 A del Trattato CE (divenuto in seguito a modifica, art. 14 CE) prevede, al suo secondo comma, che il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne nel quale è garantita in particolare la libera circolazione delle merci, secondo le disposizioni del detto Trattato.

54. — Tale principio fondamentale è attuato segnatamente dagli artt. 30 e 34 del Trattato.

55. — In particolare, l'art. 30 stabilisce che sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente. Del pari, l'art. 34 vieta tra questi ultimi le restrizioni quantitative all'esportazione e qualsiasi misura di effetto equivalente.

56. — Risulta da giurisprudenza costante, a partire dalla sentenza 11 luglio 1974, causa 8/1974, Dassonville (*Racc.*, 837, punto 5), che tali disposizioni, inserite nel loro contesto, devono essere intese nel senso che esse mirano ad eliminare qualsiasi ostacolo, diretto o indiretto, attuale o in potenza, alle correnti di scambi nel commercio intracomunitario (v., in tal senso, sentenza 9 dicembre 1997, causa C265/1995, Commissione/Francia, *Racc.*, I-6959, punto 29).

57. — Così, la Corte ha stabilito in particolare che, in quanto mezzo indispensabile per la realizzazione del mercato senza frontiere interne, l'art. 30 del Trattato non soltanto vieta i provvedimenti di origine statale che, di per sé, creano restrizioni al commercio fra gli Stati membri, ma può anche applicarsi qualora uno Stato membro abbia omissso di adottare i provvedimenti necessari per far fronte a ostacoli alla libera circolazione delle merci dovuti a cause non imputabili allo Stato (sentenza Commissione/Francia, *cit.*, punto 30).

58. — Infatti, l'omissione da parte di uno Stato membro di agire o, se del caso, di adottare i provvedimenti sufficienti a impedire ostacoli alla libera circolazione delle merci, creati in particolare da atti di privati sul suo territorio contro prodotti originari di altri Stati membri, può ostacolare gli scambi intracomunitari al pari di un «*facere*» (sentenza Commissione/Francia, *cit.*, punto 31).

59. — Di conseguenza, gli artt. 30 e 34 del Trattato impongono agli Stati membri non solo di non adottare direttamente atti o comportamenti tali da costituire un ostacolo agli scambi, ma anche, in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato, di adottare qualsiasi provvedimento necessario e adeguato per garantire sul loro territorio il rispetto di detta libertà fondamentale (sentenza Commissione/Francia, *cit.*, punto 32). Infatti, ai sensi del citato art. 5, gli Stati membri devono adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato ed astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato.

60. — Considerato il ruolo fondamentale attribuito alla libera circolazione delle merci nel sistema comunitario e, in particolare, al fine di permettere il buon funzionamento del

mercato interno, l'obbligo di ciascuno Stato membro di garantire la libera circolazione dei prodotti sul suo territorio adottando le misure necessarie ed appropriate per eliminare qualsiasi ostacolo derivante da atti di privati si impone senza doversi distinguere se simili atti compromettano, i flussi di importazione o di esportazione, ovvero il semplice transitò delle merci.

61. — Emerge infatti dal punto 53 della sentenza Commissione/Francia, *cit.*, che la causa che ha dato origine a tale sentenza riguardava non solo l'importazione, ma altresì il transito in Francia di prodotti provenienti da altri Stati membri.

62. — Ne discende che quando in una situazione quale quella di cui alla causa principale le competenti autorità nazionali si devono confrontare con ostacoli all'effettivo esercizio di una libertà fondamentale sancita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci, derivanti da azioni condotte da soggetti privati, esse sono tenute ad adottare i provvedimenti adeguati al fine di garantire tale libertà nello Stato membro interessato, anche se, come nella causa principale, tali merci sono semplicemente in transito attraverso l'Austria per essere trasportate in Italia o in Germania.

63. — Va aggiunto che tale obbligo degli Stati membri è ancor più essenziale quando si tratta di un'asse stradale di primaria importanza, quale l'autostrada del Brennero, che rappresenta una delle principali vie di comunicazione terrestri per gli scambi tra l'Europa settentrionale ed il nord dell'Italia.

64. — Risulta da quanto precede che il fatto che le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato una manifestazione che ha comportato il blocco totale, per quasi 30 ore ininterrotte, di una via di comunicazione importante, quale l'autostrada del Brennero, è tale da limitare il commercio intracomunitario delle merci e deve pertanto essere considerato una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, incompatibile in linea di principio con gli obblighi del diritto comunitario risultanti dagli artt. 30 e 34 del Trattato, letti in combinato disposto con l'art. 5 dello stesso, a meno che tale mancato divieto possa risultare obiettivamente giustificato.

Sull'eventuale giustificazione dell'ostacolo

65. — Con il suo quarto quesito, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'obiettivo della manifestazione del 12 e 13 giugno 1998 — nel corso della quale i manifestanti intendevano richiamare l'attenzione del pubblico sulla minaccia per l'ambiente e la salute pubblica costituita dall'aumento costante della circolazione degli automezzi pesanti sull'autostrada del Brennero, nonché sollecitare le autorità competenti a rinforzare i provvedimenti atti a ridurre tale traffico nonché l'inquinamento che ne risulta nella regione, fortemente sensibile, delle Alpi — sia tale da prevalere sugli obblighi derivanti dal diritto comunitario in materia di libera circolazione delle merci.

66. — Tuttavia, anche se la tutela dell'ambiente e della salute pubblica, segnatamente in tale regione, può, a talune condizioni, rappresentare un legittimo obiettivo di interesse generale tale da giustificare una limitazione alle libertà fondamentali garantite dal Trattato, tra cui la libera circolazione delle merci, va rilevato, come ha fatto l'avvocato generale al punto 54 delle sue conclusioni, che gli obiettivi specifici di tale manifestazione non sono, in quanto tali, determinanti nell'ambito di un'azione giurisdizionale quale quella intentata dalla Schmidberger, che mira a invocare la responsabilità di uno Stato membro per l'asserita violazione del diritto comunitario, quest'ultima dedotta dal fatto che le autorità nazionali non hanno impedito che si ostacolasse il traffico, sull'autostrada del Brennero.

67. — Infatti, al fine di determinare le condizioni in cui può essere invocata la responsabilità di uno Stato membro e, in particolare, al fine di accertare se quest'ultimo sia incorso in una violazione del diritto comunitario, devono essere prese in considerazione solamente l'azione o l'omissione imputabili al citato Stato membro.

68. — Nella fattispecie, si deve quindi tener conto unicamente dell'obiettivo perseguito dalle autorità nazionali nel momento in cui hanno deciso di autorizzare implicitamente ovvero di non vietare tale manifestazione.

69. — Orbene, a tal proposito emerge dal fascicolo della causa principale che le autorità austriache sono state mosse da considerazioni relative al rispetto dei diritti fondamentali dei manifestanti in materia di libertà di espressione e di libertà di riunione, enunciati e garantiti dalla CEDU nonché dalla Costituzione austriaca.

70. — Nella sua ordinanza di rinvio, il giudice nazionale solleva inoltre la questione se il principio della libera circolazione delle merci, garantito dal Trattato, prevalga sui citati diritti fondamentali.

71. — Occorre ricordare in proposito che, secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU riveste, a questo proposito, un particolare significato (v., segnatamente, sentenze 18 giugno 1991, causa C-260/1989, ERT, *Racc.*, I-2925, punto 41; 6 marzo 2001, causa C-274/1999 P, Connolly/Commissione, *Racc.*, I-1611, punto 37, e 22 ottobre 2002, causa C-94/00, Roquette Frères, *Racc.*, I-9011, punto 25).

72. — I principi sviluppati da tale giurisprudenza sono stati riaffermati dal preambolo dell'Atto unico europeo, poi dall'art. F, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (sentenza Bosman, *cit.*, punto 79). Ai sensi di tale disposizione, «l'Unione rispetta i diritti fondamentali, quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

73. — Ne deriva che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tal modo riconosciuti (v., in particolare, sentenze ERT, *cit.*, punto 41, e 29 maggio 1997, causa C-299/1995, Kremzow, *Racc.*, I-2629, punto 14).

74. — Poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci.

75. — Così, risulta da giurisprudenza costante che, dal momento che, come nella causa principale, una situazione nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire ai giudici nazionali tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione della conformità di tale situazione con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto, quali essi risultano, in particolare, dalla CEDU (v. in tal senso, segnatamente, sentenza 30 settembre 1987, causa 12/1986, Demirel, *Racc.*, 3719, punto 28).

76. — Nella fattispecie, le autorità nazionali si sono basate sulla necessità di rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalla Costituzione dello Stato membro interessato per consentire che fosse limitata una delle libertà fondamentali sancite dal Trattato.

77. — La presente causa solleva così il problema della necessaria conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato e, in particolare, il problema della portata rispettiva delle libertà di espressione e di riunione, garantite dagli artt. 10 e 11 della CEDU, e della libera circolazione delle merci, quando le prime sono invocate quali giustificazioni per una limitazione della seconda.

78. — A tal proposito, si deve osservare che, da un lato, la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato; tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all'art. 36 del Trattato stesso, oppure per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/1978, Rewe-Zentral, detta «Cassis de Dijon» (*Racc.* pag. 649).

79. — D'altro lato, se i diritti fondamentali di cui si tratta nella causa principale sono espressamente riconosciuti dalla CEDU e rappresentano fondamenti essenziali di una società democratica, risulta tuttavia dalla formulazione stessa del n. 2 degli artt. 10 e 11 di tale convenzione che le libertà di espressione e di riunione sono anch'esse soggette a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi delle disposizioni citate e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare,

proporzionate al fine legittimo perseguito (v., in tal senso, sentenze 26 giugno 1997, causa C-386/1995, *Familiapress*, *Racc.*, I-3689, punto 26, e 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, *Racc.*, I-6279, punto 42, nonché Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 settembre 1998, *Steel e a. c.* Regno Unito, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VII, § 101).

80. — Così, neppure i diritti alla libertà d'espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla CEDU — contrariamente ad altri diritti fondamentali sanciti dalla medesima convenzione, quali il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, che non tollerano alcuna restrizione — appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'esercizio di tali diritti, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati (v., in tal senso, sentenze 8 aprile 1992, causa C- 62/1990, *Commissione/Germania*, *Racc.*, I- 2757, punto 23, e 5 ottobre 1994, causa C-404/1992 P, X/ *Commissione*, *Racc.*, I-4737, punto 18).

81. — In tali circostanze, deve effettuarsi un bilanciamento tra gli interessi di cui si tratta e deve accertarsi, con riferimento a tutte le circostanze di ciascuna fattispecie, se sia stato osservato un giusto equilibrio tra tali interessi.

82. — A tal proposito, le autorità competenti dispongono di un ampio potere discrezionale. Si deve tuttavia verificare se le restrizioni imposte agli scambi intracomunitari siano proporzionate con riferimento al legittimo obiettivo perseguito, ossia nella fattispecie la tutela dei diritti fondamentali.

83. — Per quanto riguarda la causa principale, si deve sottolineare innanzitutto che le circostanze che la caratterizzano si distinguono nettamente dalla situazione che si presentava nella causa che ha dato origine alla sentenza *Commissione/Francia*, *cit.*, richiamata dalla *Schmidberger* quale precedente rilevante nel contesto dell'azione giurisdizionale da essa intentata in Austria.

84. — Infatti, rispetto agli elementi di fatto considerati dalla Corte ai punti 38-53 della sentenza *Commissione/Francia*, citata, si deve rilevare, in primo luogo, che la manifestazione di cui alla causa principale ha avuto luogo a seguito di una domanda di autorizzazione presentata sulla base del diritto nazionale e dopo che le autorità competenti hanno deciso di non vietare la manifestazione stessa.

85. — In secondo luogo, la presenza di manifestanti sull'autostrada del Brennero ha comportato il blocco della circolazione stradale su un solo itinerario, in un'unica occasione e per una durata di quasi trenta ore. Inoltre, l'ostacolo alla libera circolazione delle merci causato da tale manifestazione ha avuto una portata limitata rispetto sia all'ampiezza geografica che alla gravità intrinseca dei disordini di cui si trattava nella causa che ha dato origine alla sentenza *Commissione/Francia*, *cit.*

86. — In terzo luogo, non è contestato che mediante la citata manifestazione taluni cittadini hanno esercitato i loro diritti fondamentali esprimendo pubblicamente un'opinione da loro ritenuta importante nella vita della collettività; è pacifico inoltre che tale manifestazione pubblica non mirava ad impedire gli scambi di merci aventi una natura o un'origine particolari. Invece, nella causa *Commissione/Francia*, *cit.*, l'obiettivo perseguito dai manifestanti era chiaramente quello di impedire la circolazione di determinati prodotti provenienti da Stati membri diversi dalla Repubblica francese, non solo mediante l'apposizione di ostacoli al trasporto delle merci in questione, ma altresì mediante la distruzione delle stesse in fase di spedizione ovvero di transito attraverso la Francia, o addirittura quando esse si trovavano già esposte nei negozi dello Stato membro interessato.

87. — In quarto luogo, va ricordato che, nella fattispecie, le autorità competenti avevano adottato varie misure di assistenza e di accompagnamento al fine di limitare, per quanto possibile, le perturbazioni della circolazione stradale. Così, in particolare, le citate autorità, le forze di polizia, gli organizzatori della manifestazione e diverse associazioni automobilistiche hanno collaborato al fine di garantire il buono svolgimento della manifestazione. Ben prima della data in cui quest'ultima doveva aver luogo, un'ampia campagna informativa era stata condotta dai media nonché dai *clubs* automobilistici, sia in Austria che nei paesi limitrofi, ed erano stati previsti diversi itinerari alternativi, sicché gli operatori economici interessati erano debitamente informati sulle restrizioni della circolazione che

sarebbero state applicate alla data e nel luogo della manifestazione prevista ed erano in grado di assumere per tempo tutti i provvedimenti utili per ovviare a tali restrizioni. Inoltre, nel luogo stesso in cui doveva tenersi la manifestazione era stato realizzato un servizio d'ordine.

88. — Peraltro, è pacifico che l'azione isolata di cui si tratta non ha prodotto un clima generale di insicurezza che abbia avuto un effetto dissuasivo sulle correnti di scambi intracomunitari nel loro complesso, a differenza delle perturbazioni gravi e ripetute all'ordine pubblico di cui si trattava nella causa che ha dato origine alla sentenza Commissione/Francia, citata.

89. — Infine, con riferimento ad altre possibilità considerate dalla Schmidberger con riferimento alla manifestazione citata, tenuto conto dell'ampio potere discrezionale di cui dispongono gli Stati membri, si deve rilevare che, nelle circostanze di cui alla fattispecie, le competenti autorità nazionali hanno potuto ritenere che un divieto puro e semplice della manifestazione stessa avrebbe rappresentato un'inaccettabile interferenza nei diritti fondamentali dei manifestanti di riunirsi e di esprimere pacificamente la loro opinione in pubblico.

90. — Quanto all'imposizione di condizioni più rigide per quanto concerne sia il luogo — ad esempio sul bordo dell'autostrada del Brennero — sia la durata — limitata solamente a qualche ora — della manifestazione in oggetto, essa avrebbe potuto essere percepita come una restrizione eccessiva tale da privare l'azione di una parte sostanziale della sua portata. Se le autorità nazionali competenti devono tentare di limitare, per quanto possibile, gli effetti che una manifestazione sulla pubblica via necessariamente esercita sulla libertà di circolazione, è altresì vero che esse sono tenute a bilanciare tale interesse con quello dei manifestanti, i quali mirano ad attirare l'attenzione dell'opinione pubblica, sugli obiettivi della loro azione.

91. — È vero che un'azione di questo tipo comporta normalmente taluni inconvenienti per le persone che non vi partecipano, in particolare per quanto concerne la libertà di circolazione, tuttavia essi possono essere in linea di principio tollerati, dal momento che l'obiettivo perseguito è essenzialmente quello di esprimere pubblicamente un'opinione in conformità alla legge.

92. — A tale proposito, e senza essere contraddetta su tale punto, l'Austria precisa che, in ogni modo, tutte le soluzioni alternative che potevano essere considerate avrebbero comportato il rischio di reazioni difficili da controllare e idonee a suscitare perturbazioni molto più gravi degli scambi intracomunitari nonché dell'ordine pubblico, che avrebbero potuto concretizzarsi in forma di dimostrazioni «selvagge», di confronti fra sostenitori ed avversari del movimento, di rivendicazione interessato ovvero in atti violenti da parte di manifestanti che si fossero ritenuti lesi nell'esercizio dei loro diritti fondamentali.

93. — Di conseguenza, tenuto conto dell'ampio potere discrezionale che dev'essere riconosciuto alle autorità nazionali in questa materia, queste ultime hanno ragionevolmente potuto ritenere che l'obiettivo legittimamente perseguito da tale manifestazione non poteva essere raggiunto, nel caso di specie, mediante misure meno restrittive degli scambi intracomunitari.

94. — Alla luce di quanto precede, la prima e la quarta questione devono quindi essere risolte nel senso che il fatto che le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato una manifestazione nelle circostanze di cui alla causa principale non è incompatibile con gli artt. 30 e 34 del Trattato, letti in combinato disposto con l'art. 5 dello stesso.

Sui presupposti di responsabilità dello Stato membro

95. — Risulta dalla soluzione data alla prima e alla quarta questione che, considerato l'insieme delle circostanze della causa pendente dinanzi al giudice del rinvio, non può essere rimproverata alle autorità nazionali competenti alcuna violazione del diritto comunitario tale da far sorgere la responsabilità dello Stato membro interessato.

96. — In queste circostanze, non vi è necessità di statuire in ordine alle altre questioni relative a talune delle condizioni che fanno sorgere la responsabilità di uno Stato membro per i danni cagionati ai privati a seguito di una violazione, da parte di quest'ultimo, del diritto comunitario (*omissis*).

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

Causa 4/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Brevetti – Competenza giurisdizionale – Esecuzione delle decisioni – Art. 16, n. 4 Convenzione di Bruxelles – Ordinanza del «Oberlandesgericht» (Germania) emessa il 5 dicembre 2002, notificata il 20 febbraio 2003 (cs 4833/03, avv. dello stato O. Fiumara).

IL FATTO

La società Gat ha proposto azione dinanzi al Tribunale di Dusseldorf, competente in materia di contraffazione di brevetti, al fine di far accertare la mancanza di titoli di rivendicazione in capo alla società Luk. Quest'ultima, titolare di due brevetti francesi registrati, rivendicava diritti di priorità tedeschi e sosteneva che la società concorrente Gat, nel presentare una domanda per l'aggiudicazione di una commessa, aveva violato i propri brevetti.

Il Tribunale di Dusseldorf, ritenendo di avere la competenza internazionale per decidere sulla violazione di brevetti francesi, respingeva l'azione di accertamento per infondatezza, dichiarando che le rivendicazioni del brevetto rispondevano ai requisiti per ottenere la protezione brevettuale. La società Gat proponeva, allora, appello avverso tale pronuncia, eccependo la mancanza di competenza internazionale dei giudici della Repubblica federale tedesca.

La competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale sono stati regolati dalla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, che vincolava tutti gli Stati membri della Comunità. Il suo regime venne esteso agli Stati membri dell'EFTA e, in seguito, alla Polonia con la Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988, contenente quasi le stesse disposizioni. Nel suo preambolo vi era enunciato il fine della stessa, ovvero la facilitazione del riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie, conformemente all'art. 293 CE, e il potenziamento nella Comunità della tutela giuridica delle persone residenti sul suo territorio. Nel suo «considerando» si dichiarava che a tal fine era necessario determinare la competenza degli organi giurisdizionali degli Stati contraenti nell'ordinamento internazionale.

La Convenzione di Bruxelles è stata, poi, sostituita dal regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio detto «Bruxelles I» che ha lo stesso campo d'applicazione e che è entrato in vigore il 1° marzo 2002. L'art. 1 di tale Regolamento delinea il proprio campo di applicazione prevedendo che esso «... si applica in materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale. Esso non concerne, in particolare, la materia fiscale, doganale ed amministrativa (omissis)».

Nel caso di specie, tuttavia, tale regolamento non trova applicazione, in quanto ai sensi dell'art. 66, primo comma dello stesso, esso si applica solo alle azioni proposte dopo la sua entrata in vigore, mentre l'azione di accertamento è stata proposta nel 2000.

Ai sensi dell'art. 16, n. 4, della Convenzione di Bruxelles – applicabile, quindi, al caso di specie – indipendentemente dal domicilio hanno competenza esclusiva in materia di registrazione o di validità di brevetti i giudici dello Stato contraente nel cui territorio il deposito o la registrazione sono stati richiesti, sono stati effettuati o sono reputati essere stati effettuati a norma di una convenzione internazionale.

IL QUESITO

È stato chiesto alla Corte di chiarire in che modo debba essere interpretato l'art. 16, n. 4, della Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

Se, cioè, debba essere interpretato nel senso che la competenza esclusiva – fondata su tale norma – dei giudici dello Stato contraente nel cui territorio il deposito o la registrazione di un brevetto sono stati richiesti, effettuati o reputati essere stati effettuati a norma di una convenzione internazionale, sussista solo quando viene proposta un'azione (con efficacia *erga omnes*) di annullamento del brevetto; ovvero

sussista, nel caso di azione sulla validità dei brevetti, quando il convenuto in un procedimento per contraffazione di brevetto, – oppure l'attore in un procedimento diretto ad accertare che non c'è stata contraffazione del brevetto – sollevi l'eccezione che il brevetto non sarebbe valido o sarebbe nullo e non si configurerebbe alcuna contraffazione del brevetto (a prescindere dal fatto che il giudice adito ritenga fondata o meno l'eccezione; a prescindere da quando, nel corso del procedimento, sia stata sollevata l'eccezione).

Causa C-6/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Discarica di rifiuti – Rifiuti biodegradabili – Direttiva 99/31/CE – Art. 176 CE – Ordinanza del «Verwaltungsgericht» (Germania) emessa il 4 dicembre 2002 e notificata il 27 febbraio 2003 (cs. 5680/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

I QUESITI

Con la predetta ordinanza è stato chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 CE, in merito all'interpretazione della direttiva del Consiglio 26 aprile 1999, 99/31/CE relativa alle discariche di rifiuti, in combinato disposto con l'art. 176 CE, al fine di chiarire:

1. — Se l'art. 5, n. 1 della direttiva relativa alle discariche di rifiuti, con gli obiettivi strategici di riduzione di determinati rifiuti biodegradabili destinati all'interramento, debba essere interpretato nel senso che, nell'ambito dell'art. 176 CE e discostandosi dalle misure menzionate dall'art. 5, n. 2 della direttiva (ovvero la riduzione quantitativa dei rifiuti urbani biodegradabili ad una data percentuale del peso della quantità complessiva di rifiuti urbani biodegradabili con riferimento ad un determinato anno solare) tali misure possano essere rafforzate con una disposizione nazionale di trasposizione dei detti obiettivi comunitari che subordina il deposito dei rifiuti urbani e dei rifiuti che possono essere smaltiti come i rifiuti urbani al rispetto del cri-

terio di ripartizione chiamato «quota organica del residuo secco della sostanza originale» (definita in termini di perdita per agnizione o in termini di TOC).

Nel caso di soluzione affermativa del precedente quesito:

2.a) — se gli obiettivi comunitari riportati all'art. 5, n. 2 della direttiva, debbano essere interpretati nel senso che per il rispetto dei requisiti citati sia sufficiente, alla luce del principio comunitario di proporzionalità, una normativa nazionale, come quella tedesca, che prevede stati di attuazione e parametri quali quelli indicati nell'ordinanza allegata, cui si fa rinvio;

2.b) — in sede di valutazione delle conseguenze in caso di copertura di rifiuti non pretrattati con rifiuti pretrattati con processi termici o meccanico biologici, se il principio comunitario di proporzionalità consenta un margine discrezionale ampio o restrittivo; se dal principio di proporzionalità si possa dedurre la possibilità di compensare i rischi derivanti da rifiuti pretrattati solo meccanicamente con diverse misure di sicurezza.

La ricorrente, che gestisce una discarica centrale di Eiterkopfe, richiedeva, nel procedimento in esame, che la convenuta venisse obbligata a rilasciarle un' autorizzazione di proroga sino al dicembre 2013 nella quale le venisse consentita l'occupazione delle aree di discarica n. 5 e n. 6 (con rifiuti preparati solo meccanicamente), in deroga a quanto stabilito ai n. 2, 3, 4.03 dell'allegato B alla circolare tecnica sui rifiuti urbani (AbfAbIV).

Tale richiesta è stata rigettata, in quanto si ritenne che essa non poteva basarsi sul n. 2.4 della TA SiedlAbf, bensì doveva basarsi sul § 6, n. 2 del nuovo regolamento sul deposito ecocompatibile dei rifiuti urbani (AbfAbIV).

La ricorrente, a sostegno dell'applicazione della vecchia normativa, eccepiva l'atipicità del caso in esame e soprattutto il contrasto della nuova normativa con il principio di legittimo affidamento di proporzionalità e di irretroattività. Eccepiva la violazione della direttiva 99/31/CE sostenendo che l'AbfAbIV fissava criteri diversi e più severi rispetto a questa, prevedendo una protezione maggiore e configurando così una misura ad effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione in violazione all'art. 28 CE. Sostanzialmente, tale normativa nazionale estende la nozione di rifiuti urbani biodegradabili prevista dalla direttiva (arrivando ad includervi tutte le sostanze organiche) e disciplina anche i rifiuti analoghi agli urbani, ponendo maggiori restrizioni rispetto la normativa Comunitaria.

Il convenuto sostiene l'infondatezza di tali argomentazioni, rilevando la conformità con il diritto comunitario del quale l'AbfAbIV ne costituisce un rafforzamento, in applicazione dei medesimi principi e finalità, ed in conformità all'art. 176 CE.

La Direttiva del Consiglio 6 aprile 1999, 99/31/CE relativa alle discariche di rifiuti, mira a prevenire, o a ridurre le ripercussioni negative sull'ambiente, in particolare sulle acque superficiali, sulle acque freatiche, sul suolo, sull'atmosfera e sulla salute umana, risultanti dalle discariche di rifiuti e ciò attraverso un'azione di prevenzione e di controllo delle discariche di rifiuti nella Comunità allo scopo di instaurare un livello elevato di prevenzione dell'ambiente.

Come si sottolinea nei «considerando», emerge la volontà da parte delle istituzioni europee di creare una strategia comunitaria mediante criteri e norme comuni per lo smaltimento dei rifiuti nell'intento, per il futuro, di realizzare nella Comunità solo attività di discarica sicure e controllate in modo da prevenire o ridurre i potenziali effetti negativi sull'ambiente nonché i rischi per la salute umana. A tal fine, risulta necessario adottare misure adeguate per evitare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti ed è, altresì, necessario che le discariche possano essere controllate per quanto riguarda le sostanze contenute nei rifiuti ivi depositati.

La direttiva in questione prescrive che gli Stati membri elaborino una strategia nazionale finalizzata alla riduzione dei rifiuti biodegradabili da collocare a discarica e che la notifichino alla Commissione che dovrà, poi, presentare al Parlamento europeo ed al Consiglio una apposita relazione. Vengono, inoltre indicate le tappe temporali attraverso cui addivenire agli obiettivi prefissati.

Secondo quanto previsto all'art. 176 CE, «I provvedimenti di protezione adottati in virtù dell'articolo 15 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore. Tali provvedimenti devono essere compatibili con il presente trattato. Essi sono notificati alla Commissione».

Il quadro normativo nazionale cui si fa riferimento è costituito dal Decreto Legislativo 13 gennaio 2003, n. 3 che recepisce la direttiva 1999/31/CE. La mancata attuazione della suddetta direttiva entro il termine stabilito ha dato luogo ad un ricorso per inadempimento a carico della Repubblica italiana (Causa C-374/02) che ha concluso la sua fase scritta con la rinuncia alla replica da parte della Commissione.

L'art. 1 del decreto dispone che «Per conseguire le finalità di cui all'art. 2 del d.l. 5 febbraio 1997, n. 22 (Decreto Ronchi) il presente decreto stabilisce i requisiti operativi e tecnici per i rifiuti e le discariche, misure, procedure e orientamenti tesi a prevenire o a ridurre il più possibile le ripercussioni negative sull'ambiente, in particolare l'inquinamento delle acque superficiali, delle acque sotterranee, del suolo e dell'atmosfera, e sull'ambiente globale, compreso l'effetto serra, nonché i rischi per la salute umana risultanti dalle discariche di rifiuti, durante l'intero ciclo di vita della discarica».

Causa C-11/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Prodotti farmaceutici – Commercio – Prezzo imposto – Art. 2, n. 2, direttiva 89/105/CEE – Ordinanza del Raad Van State Afdelung Administratie (Belgio) del 9 dicembre 2002 – Iscritta il 13 gennaio 2003 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La NV Boss Pharma ha impugnato la decisione del Ministero dell'Economia 1° giugno 1999 sulla sua domanda di fissazione del prezzo del prodotto farmaceutico *Bossaten*.

La controversia attiene alla trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità medicinali per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia.

IL QUESITO

Se l'art. 2, n. 2, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/105/CEE riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità medicinali per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia, in base al quale una decisione con cui le autorità nazionali competenti decidono di non permettere la commercializzazione di una specialità medicinale al prezzo proposto dal richiedente debba contenere un esposto dei motivi «basato su criteri obiettivi e verificabili», debba essere inteso nel senso che l'autorità competente in base alla normativa nazionale belga debba, mediante una disposizione di portata generale, stabilire in anticipo quali criteri l'autorità che decide sulla singola domanda debba prendere in considerazione o nel senso che all'autorità decidente sia consentito, in ogni singola decisione, dichiarare quali criteri obiettivi e verificabili abbia in tal caso applicato per non accogliere la domanda, o nel senso che è sufficiente che l'autorità motivi formalmente la sua decisione individuale basandosi su dati concreti del fascicolo, nel qual caso spetta al giudice decidere se tali dati rispondono ad un criterio obiettivo e verificabile.

Causa C-16/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Marchi – Immissione di merce sul mercato comunitario – Art. 7, n. 1 della prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 90/104/CEE – Decisione del «Hovrätten över Skåne och Blekinge» (Svezia) emessa il 19 dicembre 2002, notificata il 20 febbraio 2003 (cs. 4718/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO

La Peak Holding AB è titolare dei marchi PEAK PERFORMANCE, PEAK, R&D, RED OAK, registrati in Svezia e nell'Unione europea. La Handelskompani effettuava la vendita diretta, attraverso negozi in Svezia, di abiti e altri prodotti, in gran parte contrassegnati da marchi che erano stati acquistati attraverso importazioni parallele, reimportazioni, o in altri modi non rientranti nei normali canali di distribuzione del titolare del marchio. Il 27 settembre 2000 la Handelskompani vendeva una partita di 25.000 capi di abbigliamento della Peak Performance a metà prezzo; la merce proveniva da collezioni degli anni 1996-98 ed era stata prodotta fuori dall'Europa per conto della Peak Performance Production AB e successivamente importata in Europa per essere messa in vendita, come normale assortimento della Peak Performance Production AB. La Peak Holding AB ha sostenuto, in tale occasione, di aver disposto che la partita di merce non fosse riveduta in altri Stati europei al di fuori della Russia e della Slovenia mentre la Handelskompani ha negato tale limitazione. La Handelskompani ha sostenuto, in primo luogo, che i prodotti erano stati immessi sul mercato in quanto la Peak Performance Production AB aveva consentito all'importazione nel mercato

interno e allo sdoganamento di merci allo scopo di venderle e, difatti, tali merci sono state vendute nei negozi di proprietà della Peak Performance Production AB. La Peak Holding AB confuta, invece, che le merci siano state immesse sul mercato dalla società o con il suo consenso.

Nella causa sono sorte questioni attinenti l'interpretazione dell'espressione «immersi in commercio» di cui all'art. 7, n. 1 della prima direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988 n. 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa. L'articolo in questione stabilisce che «*il diritto conferito dal marchio di impresa non permette al titolare dello stesso di vietare l'uso del marchio di impresa per prodotti immessi in commercio nella Comunità con detto marchio dal titolare stesso o con il suo consenso*».

I QUESITI

Si chiede alla Corte di chiarire:

1. — se debba ritenersi che una merce sia stata immessa sul mercato per il fatto che essa sia stata:

a) importata nel mercato comune e sdoganata dal titolare del marchio allo scopo di venderla;

b) messa in vendita dal titolare del marchio in negozi di sua proprietà o in quelli di una società collegata all'interno del mercato comune, senza che la merce sia stata ceduta;

2. — se il titolare del marchio possa – qualora una merce sia stata immessa in commercio in uno dei due modi precedentemente esposti e si sia verificato perciò l'esaurimento del diritto del marchio senza che la merce sia stata ceduta – far venir meno l'esaurimento del marchio riportando la merce in deposito;

3. — se una merce debba essere considerata immessa in commercio per il fatto che essa sia stata ceduta dal titolare del marchio ad un'altra società nel mercato interno anche qualora il titolare del marchio, al momento della cessione, abbia posto all'acquirente la condizione di non rivendere ulteriormente la merce sul mercato comune;

4. — se sulla risposta alla precedente questione influisca la circostanza che il titolare del marchio nella cessione della partita in cui rientra la merce abbia dato all'acquirente l'autorizzazione di rivendere una piccola quantità di merce all'interno del mercato comune.

Causa C-20/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Attività di ambulante – Autorizzazione all'esercizio dell'attività libera circolazione di merci, persone e servizi – Articoli 30-37, articoli 48 e segg. ed articoli 59 e segg. TCE – Ordinanza del «Rechtbank» (Belgio) emessa il 16 gennaio 2003, notificata il 27 febbraio 2003 (cs. 5683/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

Gli opposenti, cittadini dei Paesi Bassi e ivi residenti, nella causa avviata d'ufficio dal Pubblico Ministero belga si oppongono all'esecuzione della pena di una condanna in contumacia pronunciata a loro carico dalla

sedicesima sezione del Tribunale di primo Grado di Bruges — sezione supplente durante le vacanze giudiziarie — per la violazione della legge belga relativa all'esercizio dell'attività di ambulante e all'organizzazione dei mercati all'aperto. Il Tribunale, ritenuta ricevibile l'opposizione, ha annullato la sentenza impugnata che condannava gli opposenti ad un'ammenda o alla pena detentiva alternativa.

L'articolo 3 della legge 25 giugno 1993 prevede che l'esercizio dell'attività di ambulante nel territorio del Regno sia soggetta a previa autorizzazione del Ministro o di un funzionario di primo livello da esso delegato e che la predetta autorizzazione è temporanea, personale e non trasferibile. L'articolo 5, n. 3 prevede, inoltre, che le disposizioni della medesima legge non si applicano alla vendita di quotidiani e riviste, nonché alla vendita di abbonamenti a quotidiani — qualora si tratti di un servizio fornito regolarmente ad una clientela abituale e locale — agli ordini per corrispondenza ed alla vendita a mezzo di distributori automatici.

Da ciò deriva che: *la vendita di quotidiani e riviste* non è mai soggetta ad autorizzazione; *la vendita di abbonamenti a quotidiani* non è soggetta ad autorizzazione qualora si tratti di un servizio fornito regolarmente ad una clientela abituale e locale o di ordini per corrispondenza e di vendita a mezzo di distributori automatici; *la vendita di abbonamenti a riviste* — come nel caso di specie — è, invece, sempre soggetta al rilascio di un'autorizzazione.

I QUESITI

1. — Se gli articoli della legge belga 25 giugno 2003, relativa all'esercizio dell'attività di ambulante e all'organizzazione dei mercati all'aperto, interpretati nel senso che assoggettano a previa autorizzazione la vendita — quale attività di ambulante — di abbonamenti a riviste nel territorio belga, tanto per i cittadini belgi quanto per gli stranieri cittadini dell'Unione Europea, disponendo che la violazione a tale prescrizione sia penalmente perseguibile, violino i predetti articoli del Trattato CE.

2. — Se sia rilevante ai fini della soluzione della predetta questione il fatto che ai sensi della legge 25 giugno 2002, la vendita di quotidiani, riviste e la vendita di abbonamenti a quotidiani non sia in alcun modo soggetta a previa autorizzazione.

Cause riunite C-21/03 e C-34/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appalti pubblici di servizi, forniture e lavori – Soggetti legittimati a partecipare – Incompatibilità di soggetti che abbiano partecipato a fasi preparatorie dell'appalto – Ordinanze del «Conseil d'Etat» (Belgio) emesse in data 27 dicembre 2002 e notificate il 25 marzo 2003 (cs. 7473/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

La Société Anonyme Fabricom presentava due ricorsi separati formulando richiesta di annullamento dell'art. 26 e dell'art. 32 del Regio decreto 25 marzo 1999 il quale modificava il Regio decreto 8 gennaio 1996 relativo agli appalti pubblici di lavori, forniture, servizi e concessioni di lavori pubblici.

La normativa in oggetto prevede l'obbligo di astenersi dalla presentazione di domanda di partecipazione — ovvero a formulare un'offerta — nei confronti di chi sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, forniture o servizi. La ricorrente contesta tale disposizione, rilevando come conformemente all'oggetto principale del proprio atto costitutivo — ove è indicato «lo svolgimento di tutti i tipi di lavori nel settore di trasporti di energie e di fluidi» — essa sia indotta a presentare regolarmente offerte relative ad appalti pubblici; tuttavia, tale presunta incompatibilità — consistente nella partecipazione o svolgimento di una fase preparatoria dell'appalto — non può essere ritenuta di per sé motivo valido e sufficiente di esclusione, dovendo l'autorità aggiudicatrice dimostrare l'esistenza di un vantaggio tale da falsare il normale gioco della concorrenza. Tale discriminazione comporta la violazione del principio di uguaglianza (che deve sussistere tra gli offerenti), della libertà del commercio e dell'industria, nonché l'inosservanza dell'obbligo di una corretta trasposizione delle direttive comunitarie nel diritto belga.

I QUESITI (*due ordinanze*)

Ordinanza n. 114.150 del 27 dicembre 2002 (causa C-21/03)

1. — Se la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, segnatamente il suo articolo 4, n. 2, nonché la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/4/CE che modifica la direttiva 93/38/CEE, citata, in combinato disposto con il principio di proporzionalità, con la libertà di commercio e di industria e con riferimento al diritto di proprietà, garantito segnatamente dal protocollo 20 marzo 1952, addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ostino a che non sia ammesso a presentare una domanda di partecipazione, ovvero a formulare un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, chi sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda a questa persona la possibilità di dar prova che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza.

2. — Se la risposta alla questione che precede sarebbe diversa qualora le direttive citate, lette in combinato disposto con i medesimi principi, libertà e diritti, fossero interpretate nel senso che esse hanno ad oggetto solamente le imprese private, ovvero quelle che abbiano effettuato prestazioni al titolo oneroso.

3. — Se la direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, segnatamente ai suoi artt. 1 e 2, possa essere interpretata nel senso che, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, l'autorità

aggiudicatrice può rifiutare la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte dell'impresa che sia vincolata ad un soggetto che sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, forniture o servizi, quando tale impresa, interrogata in tal senso dall'autorità aggiudicatrice, affermi che essa non beneficia per questa ragione di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni concorrenziali.

Ordinanza n. 114.149 del 27 dicembre 2002 (causa C-34/03)

1. — Se la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, con particolare riferimento al suo art. 3, n. 2, la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, con particolare riferimento al suo art. 5, n. 7, la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, con particolare riferimento al suo art. 6, n. 6, e la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 13 ottobre 1991, 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori, con particolare riferimento ai suoi artt. 2, n. 1, lett. *b*) e 3, n. 1, lett. *b*), in combinato disposto con il principio di proporzionalità, con la libertà di commercio e di industria e con riferimento al diritto di proprietà, garantito segnatamente dal protocollo 20 marzo 1952, addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ostino a che non sia ammesso a presentare una domanda di partecipazione, ovvero a formulare un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, chi sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda a questa persona la possibilità di dar prova che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza.

2. — Se la risposta alla questione che precede sarebbe diversa qualora le direttive citate, lette in combinato disposto con i medesimi principi, libertà e diritti, fossero interpretate nel senso che esse hanno ad oggetto solamente le imprese private, ovvero quelle che abbiano effettuato prestazioni al titolo oneroso;

3. — Se la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 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, con particolare riferimento ai suoi artt. 2, n. 1, lett. *a*), e 5, possa essere interpretata nel senso che, sino alla conclusione della procedura di esame delle offerte, l'autorità aggiudicatrice può rifiutare la partecipazione alla procedura, ovvero la presentazione di un'offerta, da parte dell'impresa che sia vincolata ad un soggetto che sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di lavori, forniture o servizi, quando tale impresa, interrogata in tal

senso dall'autorità aggiudicatrice, affermi che essa non beneficia per questa ragione di un vantaggio ingiustificato tale da falsare le normali condizioni concorrenziali.

C-25/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appalti pubblici di servizi, forniture e lavori – Contratto in proprio esente da gara di appalto – Applicabilità della direttiva 89/665/CEE – Ordinanza del «Oberlandesgericht» (Germania) emessa in data 8 gennaio 2003, notificata il 3 aprile 2003 (cs. 7357/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

La ricorrente (costituita da tre società aventi per oggetto sociale la gestione di impianti di riciclaggio e di smaltimento dei rifiuti) ha presentato ricorso all'autorità giudiziaria competente al fine di obbligare la resistente — un ente territoriale in qualità di ente aggiudicatore — a bandire la procedura di appalto aperta per il conferimento dell'incarico di smaltimento della quantità di rifiuti che verranno a prodursi nel territorio a partire dal mese di giugno 2005. In tale ricorso è stata eccepita una violazione della normativa sugli appalti in quanto, in mancanza dei presupposti per la qualifica di «contratto interno», non è stata indetta alcuna gara d'appalto. Risulta pertanto necessario stabilire, ai fini della fondatezza del ricorso, se la fattispecie posta in essere possa configurarsi quale contratto in proprio esente da gara di appalto. A tal fine, occorre chiarire se la società di partecipazione in mano pubblica (nella quale pertanto vi sia una partecipazione societaria privata) possa o meno essere riconosciuta quale azienda interna dell'autorità aggiudicatrice determinando in tal modo la non applicabilità della normativa in materia di appalti.

I QUESITI

a) Con riferimento all'interpretazione dell'art. 1 n. 1 della direttiva 89/665/CEE così come integrata dall'art. 41 della direttiva 92/50/CEE:

1. — Se tale articolo imponga agli Stati membri di garantire un ricorso efficace e quanto più rapido possibile avverso la decisione dall'autorità aggiudicatrice di non aggiudicare un appalto pubblico mediante un procedimento conforme alle disposizioni delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

2. — Se tale articolo imponga, altresì, agli Stati membri di garantire un ricorso efficace e quanto più rapido possibile avverso le decisioni assunte dalle autorità aggiudicatrici prima della formale indizione della gara d'appalto, in particolare avverso la decisione relativa alla questione, di carattere preliminare, se un determinato procedimento di acquisizione rientri o meno nell'ambito d'applicazione soggettivo o oggettivo delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, ovvero se in via di eccezione sussista una deroga alla normativa sugli appalti.

3. — In caso di risposta positiva sulla questione pregiudiziale sub 1 e di risposta negativa alla questione pregiudiziale sub 2, se uno Stato membro adempia all'obbligo di cui al precitato art. 1, n. 1, nel caso in cui l'accesso

alla procedura di ricorso venga concesso solamente con il raggiungimento di una fase formale determinata del procedimento di acquisizione, ad esempio a partire all'avvio delle trattative scritte o orali con un terzo.

b) Con riferimento all'interpretazione dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50/CEE, tenuto conto della modifica apportata dal direttiva 97/52/CE:

1. — Presupponendo che un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente territoriale, intenda stipulare con un ente formalmente distinto da essa un contratto scritto a titolo oneroso avente ad oggetto servizi, quale rientri nell'ambito d'applicazione della direttiva di coordinamento dei servizi: presupponendo inoltre che tale contratto non rappresenti, in via di eccezione, un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva di coordinamento dei servizi, in quanto l'ente con cui si stipula il contratto sia riconducibile alla pubblica amministrazione ovvero sia qualificabile come impresa dell'amministrazione aggiudicatrice, se la qualificazione di un tale contratto come contratto in proprio esente da gara d'appalto debba sempre escludersi qualora vi sia la semplice partecipazione societaria di un'impresa privata nell'ente con cui si stipula il contratto.

2. — Nel caso di risposta negativa alla precedente questione pregiudiziale, a quali condizioni un ente in cui vi sia la partecipazione societaria di privati sia riconducibile alla pubblica amministrazione ovvero se sia qualificabile come impresa dell'amministrazione aggiudicatrice. In particolare:

2.1 — se, per poter qualificare una società di partecipazione pubblica come impresa dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento all'ampiezza e all'intensità del controllo, sia sufficiente che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla società stessa la sua «influenza dominante» ai sensi degli artt. 1, n. 2, e 13, n. 1, della direttiva 93/38/CEE (che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni);

2.2 — se l'influenza, giuridicamente prevista, che può esercitare il socio privato della società di partecipazione pubblica quanto all'individuazione degli obiettivi dell'ente con cui si stipula il contratto e/o quanto alle singole decisioni relative alla conduzione dell'impresa, escluda la qualificazione di quest'ultima come impresa dell'amministrazione aggiudicatrice;

2.3 — se, per poter qualificare una società di partecipazione pubblica come impresa dell'amministrazione aggiudicatrice, con riferimento al criterio dell'ampiezza e all'intensità del controllo, sia sufficiente un ampio potere direttivo in ordine alle decisioni relative alla stipulazione del contratto e alla fornitura dei servizi nella concreta procedura di acquisizione;

2.4 — se, per poter qualificare una società di partecipazione pubblica come impresa dell'amministrazione aggiudicatrice, con riferimento al criterio dello svolgimento della parte più importante della sua attività in favore dell'autorità aggiudicatrice, sia sufficiente che almeno l'80% della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dalla società in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi all'autorità aggiudicatrice ovvero alle imprese ad essa collegate o ad essa riconducibili,

ovvero, qualora la società mista non abbia ancora maturato un'attività triennale, sia sufficiente che possa prevedersi il rispetto della citata «norma dell'80%».

C-28/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita – Privilegio sull'accantonamento cautelare dei crediti d'impresa d'assicurazione – Art. 15 e 16 della direttiva 73/239/CE e art. 17 e 18 della direttiva 79/267/CE – Ordinanza del «Sinvoulio Tim Epicrateias» (Grecia) emessa il 23 ottobre 2002 e notificata il 19 marzo 2003 (cs. 7472/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

Il ricorrente è una persona giuridica di diritto privato, che si occupa del pagamento del risarcimento derivante da responsabilità civile per infortuni automobilistici e che, una volta versato il risarcimento, si surroga definitivamente nei diritti del danneggiato derivanti dall'incidente stradale nei confronti dell'obbligato al risarcimento o del suo assicuratore.

A seguito di revoca definitiva dell'autorizzazione alla costituzione ed al funzionamento di una società di assicurazione (Intercontinental A.E.) si disponeva il sequestro, a titolo di provvedimento cautelare, del patrimonio mobiliare ed immobiliare della stessa e, successivamente, si procedeva al dissequestro di parte dei predetti beni patrimoniali per la copertura in via privilegiata dei crediti da lavoro dipendente. Il ricorrente chiedeva, quindi, l'annullamento di tale ultimo provvedimento argomentando che, versando gli importi dovuti a titolo di risarcimento da una società d'assicurazione in liquidazione, con il dissequestro dell'accantonamento cautelare di tale impresa, per la copertura in via privilegiata dei crediti da lavoro di quest'ultima, si riduce il patrimonio sul quale potranno soddisfarsi i propri crediti nei confronti di tale società d'assicurazione.

Secondo l'interpretazione delle direttive comunitarie, proposta dal ricorrente, la previsione per le imprese di assicurazione di un obbligo di costituire «riserve tecniche», di mettere a disposizione attivi patrimoniali a copertura di queste ultime, e di predisporre un «margine di solvibili dei crediti, suggerirebbe l'esistenza di un privilegio degli assicurati (nonché dei loro aventi causa) rispetto a tali accantonamenti.

Tuttavia, secondo il Ministero dello Sviluppo, in base all'art. 35, n. 9, della legge greca 2496/1997, il privilegio di cui godono sull'accantonamento cautelare i dipendenti di un'impresa di assicurazione per crediti derivanti dal loro rapporto di lavoro prevale sul privilegio cui godono sullo stesso accantonamento gli assicurati (nonché i loro aventi causa).

IL QUESITO

Alla luce di quanto disposto in particolare, agli artt. 15 e 16 della prima direttiva del Consiglio 73/239/CE, recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di accesso e di esercizio dell'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita come completata e modificata dalla seconda direttiva del Consiglio 88/357/CE nonché

dalla terza direttiva del Consiglio 92/49/CE nonché agli artt. 17 e 18 della prima direttiva del Consiglio 79/267/CE, recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso all'attività dell'assicurazione diretta sulla vita ed il suo esercizio, come modificata e completata dalla seconda direttiva del Consiglio 90/619/CE nonché dalla terza direttiva del Consiglio 92/96/CE, se il legislatore nazionale possa disporre che, nel caso in cui un'impresa di assicurazione fallisca, sia posta in liquidazione o venga a trovarsi in una analoga situazione di insolvenza, i crediti derivanti da rapporto di lavoro dipendente con questa ultima siano soddisfatti in via privilegiata sugli attivi compresi nelle riserve tecniche, rispetto ai crediti dei beneficiari di un'assicurazione nonché dei loro aventi causa a titolo universale o particolare.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Il Ministero della giustizia ha fatto pervenire le seguenti osservazioni:

«Questo Ufficio, per quanto di competenza, non rinviene alcun interesse da parte del Governo italiano ad intervenire nella causa in oggetto, in quanto esiste già una direttiva che garantisce la possibilità della scelta di quali crediti privilegiare.

Infatti la direttiva n. 2001/17/CE, garantendo la tutela degli assicurati, dei contraenti di una polizza, dei beneficiari e di ogni parte lesa che goda del diritto di azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione su un credito risultante da operazioni di assicurazione, stabilisce che gli Stati membri possano scegliere se concedere ai crediti di assicurazione il privilegio assoluto su ogni altro credito o un particolare privilegio sul quale possano prevalere soltanto i crediti lavorativi, previdenziali, fiscali e i diritti reali. Dunque, nulla vieta ad uno Stato membro di stabilire una gerarchia fra varie categorie di crediti (senza, però, alcuna discriminazione tra creditori, basata su nazionalità o residenza)».

Causa C-31/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Medicinali per uso umano e medicinali veterinari – Certificato protettivo complementare – Art. 19, n. 1 Regolamento 92/1768/CEE – Ordinanza del Bundesgerichtshof (Germania) emessa il 17 dicembre 2002 - Registrata il 27 gennaio 2003 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

In data 15 giugno 1994 nella Repubblica Federale di Germania, veniva autorizzato il medicinale «Dostinex» per uso umano. Nell'autorizzazione veniva menzionata la «Cabergolina» quale componente attiva del medicinale. Questo principio attivo è stato autorizzato, in quanto medicinale per uso umano, per la prima volta all'interno della Comunità Europea il 21 ottobre 1992 nei Paesi Bassi.

L'autorizzazione del «Dostinex» è stata la prima autorizzazione di immissione in commercio di tale prodotto protetto in quanto medicinale all'interno del paese.

Tuttavia il 7 gennaio 1987 era già stata rilasciata in Italia un'autorizzazione riferita ad un medicinale, il «Galastop», per uso veterinario, che contiene anch'esso il principio attivo «Cabergolina».

La richiedente ha presentato una domanda di rilascio di un certificato protettivo complementare il 13 dicembre 1994. Il certificato è stato richiesto in via principale per il principio attivo «Cabergolina» in forma di base libera o di sale, farmaceuticamente ammissibile ottenuto per addizione di acidi; in subordine per il principio attivo del medicinale «Dostinex» in tutte le forme coperte dalla protezione del brevetto di base.

La ricorrente nel procedimento *a quo*, titolare di un brevetto tedesco, richiesto il 31 marzo 1981 ed estintosi nel frattempo per decorrenza di termine, avente ad oggetto una analoga combinazione di principi attivi ritiene che l'autorizzazione del medicinale veterinario «Galastop» non debba essere presa in considerazione nel caso di specie poiché nel regolamento sul certificato protettivo verrebbe operata una distinzione sostanziale tra medicinali per uso umano e veterinari i quali vengono esaminati ed autorizzati con procedure amministrative di autorizzazione diverse ed indipendenti le une dalle altre. La richiesta è stata respinta dal Deutsches Patent-und Markenamt (Ufficio tedesco dei brevetti e marchi) riguardo sia alla domanda principale sia a quella in subordine. Questi ha ritenuto che sia prima autorizzazione ai sensi dell'art. 19 n. 1 del Regolamento sul certificato protettivo, l'autorizzazione rilasciata in Italia il 7 gennaio 1987. Ciò è valido a prescindere dal fatto che l'autorizzazione italiana si riferisca ad un medicinale veterinario, mentre la domanda di rilascio del richiedente riguarda l'autorizzazione di un medicinale per uso umano.

IL QUESITO

Se al rilascio di un certificato protettivo complementare in uno Stato membro della Comunità sulla base di un medicinale per uso umano autorizzato nel detto Stato membro osti la circostanza che, prima della data stabilita dall'art. 19 n. 1, del Regolamento sul certificato protettivo, in un altro Stato membro della Comunità sia stata rilasciata un'autorizzazione di immissione in commercio dello stesso prodotto in quanto medicinale veterinario, ovvero rilevi unicamente la data in cui il prodotto è stato autorizzato in quanto medicinale per uso umano nella Comunità.

NOTA

La rilevanza della questione deriva dalla necessità di interpretare in modo certo la normativa relativa al rilascio di un certificato protettivo. Questa si prefigge di rafforzare, nel campo della ricerca farmaceutica, la tutela commerciale del brevetto relativo ai principi attivi dei medicinali. La normativa di riferimento nel caso in specie è il Regolamento (CEE) del 18 giugno 1992, n. 1768, più in particolare alla base della tesi della richiedente vengono posti l'art. 2, art. 3 lett. b) e d), art. 8 n. 1 lett. b) e art. 14 lett. d). Dall'analisi di queste norme emergerebbe una evidente distinzione tra i medicinali ad uso umano e quelli ad uso veterinario, per i quali, infatti, il legislatore avrebbe volontariamente richiamato normative – relative a procedure di autorizzazione per l'immissione in commercio (di seguito A.I.C.) – differenti ossia rispettivamente la Dir. 65/65/CE e la Dir. 81/851/CE. Inteso in questi termini il richiamo alle normative, ne conseguirebbe una interpretazione dell'articolo 19 n. 1 del Regolamento tale da considerare esistenti i requisiti in virtù dei quali sarebbe possibile concederle un

certificato protettivo complementare. Infatti l'art. 19 prevede come requisito fondamentale – oltre alla titolarità di un brevetto in vigore – il rilascio di una prima autorizzazione all'immissione in commercio nella Comunità o nel rispettivo territorio; questa, secondo tale prospettiva, sarebbe da ritenere quella rilasciata alla richiedente, relativamente al medicinale da essa prodotto per utilizzo umano.

Contrariamente è possibile ritenere, però, che partendo dal termine «medicinale», alla luce della stessa normativa, non si possa ravvisare alcuna differenziazione nell'utilizzo che il legislatore fa dei termini «umane» ed «animali», i quali vengono richiamati esclusivamente come modalità di utilizzo di un determinato principio attivo (art. 1 lett. a), infatti si intende per medicinale ogni sostanza o composizione presentate come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane o animali [...]»; inoltre, sempre secondo l'art. 1 lett. b), si deve intendere il prodotto come «principio attivo o la composizione di principi attivi di un medicinale». Conseguentemente alla luce di tali definizioni il certificato è rilasciato se i) il «prodotto» (inteso come principio attivo o composizione di questi) sia protetto da brevetto in vigore, se ii) per il prodotto «in quanto medicinale» sia rilasciata un A.I.C. secondo le direttive di cui sopra e se iii) questa autorizzazione sia la prima del «prodotto in quanto medicinale». Anche l'art. 4 del Regolamento individua, come oggetto della protezione del certificato, il «prodotto» in quanto medicinale. I richiami fatti, dal legislatore, al «medicinale» in senso più ampio, escluderebbero che si possa interpretare la normativa in modo da ravvisarvi un rinvio alle normative determinate dai differenti usi, quello umano e veterinario. Le procedure per le A.I.C. di un medicinale per uso umano o veterinario sono differenti, soprattutto relativamente alla presentazione delle prove farmacologiche e tossicologiche, ma non sembra che il legislatore si sia voluto riferire, nel Regolamento n. 1768/1992, al tipo di uso di utilizzo della sostanza brevettata. La conseguenza di tutto ciò comporterebbe che l'art. 19 n. 1 possa essere interpretato nel senso di considerare come prima autorizzazione per l'immissione in commercio quella rilasciata al «Galastop» in Italia nel 1987 seppur per uso veterinario.

Anche la giurisprudenza, seppur scarsa sulla tematica, si è orientata nel considerare, ai fini di una A.I.C., il «medicinale» senza alcuna differenziazione relativamente al tipo di utilizzo che ne viene fatto (Causa 110/95, sent. del 12 giugno 1997, Yamanouchi Pharmaceutical Co Ltd c. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks).

Causa C-32/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – IVA – Detrazione – Contratto di locazione – Esercizio di attività economica indipendente – Art. 4, nn. 1-3, direttiva 77/388/CEE – Ordinanza del «Højesteret» (Danimarca) emessa il 22 gennaio 2003, notificata il 19 marzo 2003 (cs. 5931/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

La società in nome collettivo appellante afferma in via principale il diritto di detrarre l'IVA riguardante la locazione di locali conclusa per l'esercizio di un'attività economica di ristorazione, anche successivamente alla

chiusura del ristorante, adducendo, a sostegno della sua posizione, la circostanza che il contratto di locazione professionale è stato concluso con un divieto di recesso della durata di dieci anni per entrambe le parti. Di conseguenza, il contratto di locazione professionale concluso dalla società come elemento di un'attività economica professionale di ristorazione, secondo le normali condizioni di esercizio di quest'ultima, di per sé realizzerebbe un'attività economica indipendente tale da consentire la detrazione dell'IVA (art. 37 della legge sull'IVA e l'art. 4 della direttiva IVA).

Il Ministero delle Finanze, invece, sostiene che la sola circostanza che la società sia stata in possesso di un contratto di locazione, non è influente ai fini di stabilire se essa abbia effettivamente svolto un'attività economica indipendente ai sensi della sesta direttiva IVA, tenuto conto anche del fatto che la società non avrebbe attivamente cercato di conseguire introiti di una certa stabilità. Al contrario, la società avrebbe cessato l'attività di ristorazione per il cui esercizio era registrata, facendo in tal modo venire meno il collegamento diretto ed immediato tra operazioni effettuate a monte ed operazioni effettuate a valle.

I QUESITI

1. — Se possa ritenersi che una persona eserciti un'attività economica indipendente ai sensi dell'art. 4, nn. 1 e 3, della sesta direttiva IVA, in una situazione in cui l'interessato ha concluso volontariamente un contratto di locazione come elemento di un'attività economica indipendente, in cui l'effettiva attività è attualmente cessata, ma il contratto di locazione ha continuato ad esistere per un certo periodo per una clausola di divieto di recesso ed in cui, dopo che l'attività effettiva è cessata, nel godimento del contratto di locazione non vengono effettuate operazioni soggette ad IVA allo scopo di procurarsi introiti di una certa stabilità.

2. — Se per la risposta alla questione non abbia qualche rilevanza il fatto che l'interessato, per la durata residuale del periodo in cui vige il divieto di recesso, cerchi attivamente o di sfruttare l'esistenza della locazione per effettuare operazioni soggette ad IVA allo scopo di procurarsi introiti di una certa abilità o di cedere la locazione, e se sia di un qualche rilievo la durata del periodo in cui vige il divieto di recesso o della parte residuale di esso.

Causa C-36/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Commercio di medicinali – Esonero dall'obbligo di presentare le prove cliniche – Art. 10, n. 1, lett. a), iii) Direttiva 2001/83/CE – Ordinanza High Court of Justice (Regno Unito) del 23 dicembre 2002 – Iscritta il 3 febbraio 2003 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La domanda di pronuncia pregiudiziale viene sollevata nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto la corretta interpretazione dell'art. 10, n. 1, della direttiva 2001/83/CE. In particolare, il procedimento riguarda le circostanze in cui colui che richiede un'autorizzazione all'immissione in com-

mercio per un prodotto medicinale possa essere esonerato dall'obbligo di presentare i risultati di taluni esami e prove cliniche e possa invece far riferimento ai dati presentati da un diverso richiedente in relazione ad un altro prodotto, qualora tale prodotto sia stato autorizzato da meno di dieci/sei anni, ma sia collegato a (o costituisca una «estensione della gamma» di) un prodotto originale che è stato autorizzato da più di sei/dieci anni.

I QUESITI

Se una domanda di autorizzazione all'immissione in commercio per un prodotto medicinale C possa essere validamente presentata in base all'art. 10, n. 1, lett. a), iii), primo comma, della direttiva 2001/83/CE qualora con la domanda si cerchi di dimostrare che il prodotto C è essenzialmente analogo a un altro prodotto, il prodotto B, in circostanze in cui:

1. — il prodotto B è collegato a un prodotto medicinale originale A, in quanto il prodotto B è stato autorizzato come una «estensione della gamma» del prodotto A, ma ha una forma farmaceutica diversa rispetto al prodotto A o non è altrimenti «essenzialmente analogo» al prodotto A ai sensi dell'art. 10, n. 1, lett. a), iii); e

2. — il prodotto A è stato autorizzato per l'immissione in commercio nella Comunità da più del periodo di sei/dieci anni previsto nell'art. 10, n. 1, lett. a), iii); e

3. — il prodotto B è stato autorizzato per l'immissione in commercio da meno del periodo di sei/dieci anni previsto nell'art. 10, n. 1, lett. a), iii).

NOTA

Il procedimento in questione riguarda la richiesta di autorizzazione all'immissione in commercio per un prodotto medicinale e l'esonero, per il richiedente, dall'obbligo di presentazione dei risultati di taluni esami. Il richiedente, infatti, rimandava ai risultati delle prove cliniche presentate da un diverso richiedente in relazione ad un altro prodotto autorizzato da meno di dieci/sei anni ma «essenzialmente analogo» ad un prodotto originale autorizzato da più di dieci/sei anni.

L'art. 10, n. 1, lett. a), iii), della Direttiva 2001/1983/CE dispone: «Il richiedente non è tenuto a fornire i risultati delle prove tossicologiche e farmacologiche, o i risultati delle prove cliniche, se può dimostrare [...] che il medicinale è essenzialmente analogo ad un medicinale autorizzato secondo le disposizioni comunitarie in vigore da almeno sei anni nella Comunità e in commercio nello Stato membro cui si riferisce la domanda; questo periodo è di dieci anni quando si tratta di un medicinale di alta tecnologia autorizzato in virtù della procedura istituita dall'art. 2, par. 5, della Direttiva 87/22/CE del Consiglio; inoltre, uno Stato membro può altresì estendere questo periodo a dieci anni con decisione unica concernente tutti i medicinali immessi in commercio nel suo territorio se ritiene che le esigenze della salute pubblica lo richiedano. Gli Stati membri possono non applicare il periodo di sei anni oltre la data di scadenza di un brevetto che protegge il medicinale originale».

La nozione di prodotto «essenzialmente analogo» – di cui all'art. 10, n. 1, lett. a), iii) – è stato esaminato dalla Corte di Giustizia nella Sentenza 3 dicem-

bre 1998, causa C-368/1996, Generics, in cui si afferma: «[...] i criteri utilizzabili per delimitare la nozione di similarità essenziale tra specialità medicinali sono dati dalla medesima composizione qualitativa e quantitativa in termini di principi attivi, dalla medesima forma farmaceutica e, se del caso, dalla bioequivalenza tra i due medicinali accertata con studi appropriati di biodisponibilità». La Corte ha poi aggiunto che una specialità medicinale è essenzialmente simile a una specialità originale quando soddisfa i criteri dell'identità della composizione qualitativa e quantitativa in principi attivi, dell'identità della forma farmaceutica e della bioequivalenza, a condizione che non appaia che la specialità presenta differenze significative rispetto alla specialità originale per quanto riguarda la sicurezza o l'efficacia.

Causa C-43/03 (Commissione c/ Repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento – Organizzazione dei controlli ufficiali nel settore dell'alimentazione animale – Direttiva 2000/77/CE che modifica la direttiva 95/53/CE (cs. 9200/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

La Commissione delle Comunità Europee ha proposto ricorso, a termini dell'art. 226 CE, diretto a far constatare che la Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 2000/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2000, recante modifica della direttiva 95/53/CE del Consiglio che fissa i principi relativi all'organizzazione dei controlli ufficiali nel settore dell'alimentazione animale, o, in ogni caso, non avendole comunicate alla Commissione, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù dell'art. 2, n. 1 di tale direttiva e del Trattato.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«(Omissis). Si costituisce in giudizio con il presente atto il Governo della Repubblica italiana, per resistere al ricorso della Commissione CE, in ragione delle seguenti considerazioni.

L'asserito inadempimento dell'obbligo di attuazione della direttiva di cui si tratta non sussiste.

Infatti, come risulta dall'allegata documentazione, la direttiva 2000/77/CE, concernente l'organizzazione dei controlli ufficiali nel settore dell'alimentazione animale, è stata inserita nell'allegato B della legge 1° marzo 2002, n. 39 (cd. legge comunitaria 2001).

In attuazione della delega legislativa di cui all'art. 1 di detta legge n. 39 del 2002, è stato predisposto, nel luglio 2002, dal Ministero della Sanità lo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva de qua, che ha poi costituito oggetto di approfondito esame da parte di tutti i Ministeri interessati, attraverso apposite riunioni di coordinamento.

Il testo iniziale è stato quindi modificato per consentire l'accoglimento di talune proposte avanzate in dette riunioni e deve ora essere esaminato nella Conferenza Stato-Regioni prevista per il 20 marzo 2003.

Può pertanto affermarsi che la sua definitiva approvazione è ormai imminente.

Sin d'ora, però, va precisato che alla stregua di quanto dianzi esposto, non può certo parlarsi di inadempimento in senso tecnico, atteso che la direttiva è stata inserita nella legge comunitaria 2001 e che il decreto legislativo di definitivo recepimento è in itinere, ormai in fase assai avanzata di ultimazione.

Potendosi pertanto ritenere venuta meno, nella sostanza, la materia del contendere, il Governo italiano invita la Commissione a rinunciare al proposto ricorso, nel consueto spirito di collaborazione.

In diversa ipotesi conclude chiedendo che il ricorso stesso sia respinto, perché non fondato. (Omissis)».

Causa C-50/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appalti pubblici di fornitura – Successivi accordi di modifica – Nave da ricerca – Artt. 1, lett. a) e 5, n. 1, lett. a) direttiva 93/36 CE – Ordinanza del «Oberlandesgericht Rostock» (Germania) emessa il 5 febbraio 2003, notificata il 22 aprile 2003 (cs. 8244/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO E I QUESITI

È stato chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 CE, in merito all'interpretazione della direttiva 93/36/CE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti, al fine di chiarire se:

un accordo di modifica di un appalto pubblico di forniture concluso (fornitura di beni diversi da quelli originariamente previsti) rappresenti un appalto pubblico di forniture soggetto a bando di gara ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36/CE, qualora:

1. — il valore dei beni interessati dall'accordo di modifica superi la soglia di cui all'art. 5, n. 1, lett. a) della direttiva 93/36/CE e
2. — per i beni interessati dall'accordo di modifica venga effettuata la sostituzione del fornitore e al contempo venga notevolmente modificata la specifica di tali beni.

La resistente ha indetto una gara d'appalto con procedura aperta per la costruzione di una nave da ricerca idonea a superfici ghiacciate dotata di sistema idroacustico. Tale gara è stata vinta dal candidato che ha presentato l'offerta più economica.

A seguito di una riunione del Gruppo di esperti in scandagli del comitato di settore tecnico scientifico è stato raccomandato all'ente aggiudicatore l'installazione del sistema di scandaglio idroacustico L3/Atlas.

La ricorrente ha pertanto chiesto l'avvio di un procedimento di verifica alla commissione di controllo dell'aggiudicazione degli appalti, in quanto ritiene che la fornitura di un nuovo sistema idroacustico costituisca una modifica del contratto rilevante ai sensi del diritto in materia di appalti, tale da costituire «nuovo appalto» e comportare necessariamente inasprimento di una nuova procedura di aggiudicazione. A supporto di tale tesi, viene

eccepiteo il carattere non irrilevante della modifica del contratto e l'aumento del prezzo che ne deriverebbe, tale da superare la soglia degli appalti pubblici di forniture.

C-51/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Visti d'ingresso – Soggiorno non superiore a tre mesi – Cittadini rumeni non autorizzati – Artt. 1 n. 2 e 8 n. 2 regolamento 539/2001/CE – Art. 249 CE – Ordinanza del «Amtsgericht» (Germania) emessa il 21 ottobre 2001 e notificata il 3 aprile 2003 (cs. 7359/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

L'imputata, al momento del suo ingresso, vigendo il regolamento 539/01, necessitava di un visto per l'ingresso e per il soggiorno nel territorio federale. Il suo comportamento ha, pertanto, integrato gli estremi di un illecito. Opinabile è però la punibilità di detto illecito, giacché ai sensi dell'art. 2, n. 3, del codice penale tedesco, «se la legge del tempo in cui il commesso il reato viene modificata prima della decisione, si applica la legge le cui disposizioni sono più favorevoli al reo».

Ebbene al regolamento CE n. 539/2001 è subentrato il regolamento 2414/2001 con il quale il Consiglio ha modificato gli artt. 1 e 8 del regolamento n. 539/2001 consentendo anche a cittadini rumeni un soggiorno fino a tre mesi negli Stati membri dell'Unione europea senza essere in possesso del visto, a far data dal 1° gennaio 2002.

IL QUESITO

Se il combinato disposto dell'art. 1, n. 2, e dell'art. 8, n. 2 nonché dell'allegato II del menzionato regolamento vada interpretato nel senso che i cittadini rumeni a decorrere dall'entrata in vigore del menzionato regolamento necessitino ancora solo per un periodo determinato di un visto all'ingresso e per un soggiorno non superiore a tre mesi negli Stati membri dell'Unione europea.

Causa C-53/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Farmaci – Abuso della posizione dominante – Esercizio di commercio parallelo – Art. 82 Ce – Ordinanza del «Epitropi Antagonismou» (Grecia) emessa il 22 gennaio 2003, notificata l'8 aprile 2003 (cs. 7356/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO

La Commissione per la Concorrenza (C.C.) – Autorità indipendente istituita nell'ambito della legge greca 703/1977 relativa al «controllo dei monopoli e degli oligopoli ed alla protezione della libera concorrenza» – è stata chiamata ad esaminare vari ricorsi proposti contro la società farmaceutica per azioni Glaxosmithkline AEBE (Glaxo), riuniti a causa della connessione, congiuntamente alla domanda della società convenuta che richiede una attestazione negativa della violazione dell'art. 82 CE.

Oggetto dei ricorsi in esame è il fatto che la società convenuta avrebbe posto in essere, in violazione dell'art. 82. CE, uno sfruttamento della posizione dominante detenuta sul mercato greco rifiutandosi di soddisfare integralmente gli ordinativi dei grossisti di farmaci al fine di impedire le attività di esportazione di questi ultimi dalla Grecia in altri Stati membri.

In particolare, i ricorrenti chiedono che la Glaxo ottemperi all'obbligo derivante dalla legge di rifornire regolarmente il mercato nazionale dei suoi farmaci brevettati e di mantenere una riserva di sicurezza degli stessi per un periodo di tre anni (vedi L.D. 96/1973, art. 8 n. 4, legge 1316/1983, art. 29, n. 2).

La convenuta afferma tuttavia che la politica da lei praticata quanto alla distribuzione e disponibilità dei farmaci sul mercato greco in nessun momento ha violato tale obbligo e che l'esercizio di un commercio parallelo senza restrizioni da parte dei grossisti di farmaci greci sarebbe la causa della situazione di penuria nel mercato nazionale lamentata e avrebbe, altresì, provocato alla stessa un danno economico ed organizzativo. Il danno economico deriva dal fatto che un gran numero di rivenditori nei Paesi di destinazione delle riesportazioni sono stati riforniti dei prodotti in discussione non dalla rete di vendita ufficiale nei Paesi in questione ed ad un prezzo molto più alto, che la convenuta contava di incassare, ma dagli esportatori paralleli greci e da eventuali intermediari.

La C.C., pur avendo accertato che la Glaxo detiene, quanto alla distribuzione e disponibilità di farmaci sul mercato greco, una situazione di quasi monopolio, ritiene che l'applicazione dell'art. 82 CE alla stessa nella fattispecie dipenda dalla caratterizzazione del comportamento della stessa come «abusivo».

Secondo la C.C. «la circostanza che un'impresa disponga di una posizione dominante sul mercato non impedisce a quest'ultima di proteggere i suoi legittimi interessi commerciali». «Ciò significa che, malgrado la posizione che hanno all'interno del mercato greco ed indipendentemente dalla questione se ed in quale misura nel mercato vi sia penuria dei farmaci in discussione, la società convenuta, visti i pregiudizi subiti dal commercio parallelo dei farmaci, ha diritto di adottare misure di tutela dei suoi legittimi interessi commerciali, quando essi vengono minacciati dalle esportazioni massicce in questione verso altri Stati membri dell'Unione europea».

Pertanto, la C.C. si chiede se la limitazione delle forniture ai grossisti di farmaci avente lo scopo di limitare le loro esportazioni, costituisca un abuso e sia pertanto contraria al divieto dell'art. 82, lett. b), CE, in quanto ostacola l'attività economica dei grossisti, anche se ha lo scopo di proteggere interessi commerciali legittimi dei fornitori ed a dispetto del fatto che il commercio parallelo favorisce direttamente gli importatori paralleli e secondariamente le casse previdenziali, ma non il consumatore finale oppure il rifiuto parziale di vendere ai grossisti deve, alla luce di quanto precedentemente posto, considerarsi in linea di principio giustificato. Se il rifiuto parziale di vendita è *prima facie* giustificato nel quadro di una ponderazione di interessi ed in base al principio di proporzionalità, allora si pone un problema per quanto riguarda i fattori che determineranno tale ponderazione.

I QUESITI

Sono state sottoposte alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, le seguenti questioni:

1. — Se il rifiuto di un'impresa in posizione dominante di soddisfare integralmente gli ordinativi che vengono inoltrati dai grossisti di prodotti farmaceutici, quando sia diretto a restringere le attività di esportazione di questi ultimi ed a limitare in tal modo il danno causato dal commercio parallelo, costituisca di per sé un comportamento abusivo;

— *a)* se, eventualmente, influisca il fatto che il commercio parallelo sia molto proficuo per i grossisti in ragione delle differenze di prezzo causate, in un determinato Paese, da un grado elevato di intervento da parte dello Stato;

— *b)* Se sia compito di un'autorità nazionale competente in materia di concorrenza applicare le regole comunitarie di concorrenza in modo indifferenziato ai mercati che funzionano in modo concorrenziale ed a quelli in cui la concorrenza non viene falsata dall'intervento statale;

2. — Come valutare l'eventuale carattere abusivo nel caso in cui la Corte giudichi che la restrizione del commercio parallelo non costituisce sempre una pratica abusiva quando è posta in essere da un'impresa in posizione dominante, precisando quale sia il criterio appropriato da usare in tale valutazione:

a) se il criterio della percentuale di superamento del normale consumo nazionale e/o quello del danno che l'impresa in posizione dominante ha subito in termini di fatturato complessivo e del profitto complessivo, ed in caso di risposta affermativa come si debba determinare tale percentuale;

b) se il criterio della ponderazione degli interessi e, in caso di risposta affermativa, quali siano gli interessi che devono rientrare in tale ponderazione:

b1) se sulla risposta inerisca il fatto che il consumatore finale riceve un vantaggio economico limitato dal commercio parallelo, *b2)* se debbano essere presi in considerazione ed in quale misura, gli interessi degli organismi socio-previdenziali ad ottenere farmaci meno cari;

e) se altri criteri.

Causa C-54/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Commercio di medicinali – Fissazione prezzo – Prodotti inclusi nel regime nazionale di assicurazione malattia – Art. 6 n. 2 della direttiva 89/105/CEE Landesgericht, Wien (Austria) del 29 gennaio 2003 Iscritta l'11 febbraio 2003 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

I QUESITI

1. — Se la direttiva del Consiglio n. 89/105/CEE, riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia, debba interpretarsi nel senso che con la stessa confliggano norme nazionali

(quali l'art. 31, n. 3, punto 12, dell'ASVG; artt. 2 della VOHMY) relative alla registrazione delle specialità medicinali e alla pubblicazione del registro di medicinali;

2. — in caso di soluzione affermativa al primo quesito, se la Direttiva n. 89/105/CEE sia talmente chiara, esatta e specifica da non lasciare alcun potere discrezionale al legislatore nazionale nel recepimento della direttiva stessa;

3. — in caso di soluzione affermativa al secondo quesito, se la precitata Direttiva miri a conferire un diritto soggettivo al ricorrente della causa in questione;

4. — in caso di soluzione negativa al secondo quesito, se la Corte di Giustizia disponga di tutte le informazioni necessarie per stabilire se le norme sopracitate rimangano nei limiti del potere discrezionale attribuito al legislatore nazionale dalla Direttiva 89/105/CEE, o se rimetta al giudice nazionale la responsabilità di risolvere la questione.

NOTA

La Corte di Giustizia, nella sentenza 27 novembre 2001, causa C-424/99, Commissione/Austria, dopo aver qualificato il registro austriaco un «elenco positivo» rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Direttiva 89/105/CEE, si è poi soffermata sull'interpretazione dell'art. 6 n. 2) della Direttiva stessa che così dispone: «Qualsiasi decisione di non includere una specialità medicinale nell'elenco dei prodotti coperti dal regime di assicurazione malattia contiene un esposto dei motivi basato su criteri obiettivi e verificabili, compresi qualsiasi eventuale parere o raccomandazione degli esperti su cui la decisione sia fondata. Il richiedente è inoltre informato dei mezzi di ricorso di cui dispone in virtù delle leggi in vigore e dei termini entro cui deve introdurre detto ricorso». La Corte ha affermato che i ricorsi proposti dinanzi ad esperti indipendenti, contro le decisioni sulle richieste di inclusione di specialità medicinali nel registro, non possono essere equiparati ai ricorsi giurisdizionali cui fa riferimento la direttiva, non garantendo lo stesso livello di tutela.

Causa C-58/03 (Domanda di pronuncia pregiudiziale) – Cittadini bulgari – Accordo di associazione – Ingresso – Domanda di permesso di soggiorno – Lavoro autonomo di prostituta – Art. 59, n. 1 accordo CE/Bulgaria. – Ordinanza del «Rechtbank» (Paesi bassi) emessa il 4 febbraio 2003 e notificata il 3 aprile 2003 (cs. 7298/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

La questione pregiudiziale viene sollevata nell'ambito di un processo instaurato a seguito della rigetto della richiesta di una cittadina bulgara di ottenere un regolare permesso di soggiorno a tempo determinato, motivato dallo svolgimento di lavoro autonomo di prostituta, nei Paesi Bassi.

Sul piano giuridico rilevano le disposizioni contenute nell'accordo del 19 dicembre 1994, in forza del quale veniva costituita una associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri da un lato e la Bulgaria dall'altro, accordo entrato in vigore il 1 febbraio 1995. Ai sensi dell'art. 4 del citato

accordo «ciascuno Stato membro accorda un trattamento non meno favorevole di quello accordato alle proprie società e ai propri cittadini per lo stabilimento di società e cittadini bulgari e per le attività di società e cittadini bulgari stabiliti sul suo territorio (...)» Lo stesso accordo chiarisce inoltre che per «stabilimento» si intende «il diritto di intraprendere e svolgere attività economiche in qualità di lavoratori autonomi» e che le «attività economiche» comprendono in particolare le attività di tipo industriale, commerciale, artigianale e professionale. All'art. 59, primo comma, viene inoltre specificato che ai cittadini bulgari, che intendono svolgere attività lavorative autonome nei Paesi Bassi, viene richiesta, come preconditione per presentare domanda di permesso di soggiorno, un'autorizzazione di soggiorno temporaneo, che non può essere richiesta *in loco* bensì deve essere presentata presso le rappresentanze diplomatiche o consolari dei Paesi Bassi dal Paese di provenienza o di stabile dimora.

I QUESITI

1. — Se l'art. 59, n. 1, dell'accordo europeo tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da un lato, e la Bulgaria, dall'altro, debba essere interpretato nel senso che la detta disposizione osti a che venga respinta una domanda presentata nei Paesi Bassi per la concessione di un regolare permesso di soggiorno allo scopo di svolgere «lavoro autonomo» per il fatto che lo straniero interessato, che è cittadino della Bulgaria, non abbia richiesto per tale scopo il rilascio di un'autorizzazione di soggiorno temporaneo nel suo detto paese o nel paese di stabile dimora, non abbia ivi atteso la relativa decisione prima di fare ingresso nei Paesi Bassi e non abbia così integrato la condizione posta dall'art. 3.71. primo comma del Vb 2000.

2. — Se ai fini della soluzione della questione sub 1), sia rilevante che lo straniero, a differenza di quanto era il caso nella sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 27 settembre 2001 nella causa C-257/99, già quando si era trasferito dalla Bulgaria nei Paesi Bassi aveva l'intenzione di svolgere nei Paesi Bassi attività lavorativa autonoma e abbia omesso di chiedere in Bulgaria una siffatta autorizzazione, pur sussistendone le possibilità.

C-60/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Libera prestazione di servizi – Imprenditori edili – Subappalto dei lavori – Obblighi nei confronti di lavoratori dipendenti – Art. 49 Trattato CE – Ordinanza del «Bundesarbeitsgericht» (Germania) emessa il 6 novembre 2002 e notificata il 3 aprile 2003 (cs. 7581/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

L'attore, con ricorso del 4 settembre 2000 al Tribunale del lavoro di Berlino, ha chiesto alle convenute – società portoghese che lo ha distaccato in Germania e società tedesca presso la quale è stato distaccato – come debitrice in solido il pagamento delle retribuzioni arretrate. L'attore ritiene che la convenuta – società portoghese – sia tenuta al pagamento del salario come datrice di lavoro, mentre la società tedesca risponderebbe, ai sensi della legge tedesca sul distacco dei lavoratori, quale garante per i crediti salariali fatti

valere. La legge sul distacco dei lavoratori è stata modificata dalla legge relativa alla previdenza sociale e alla tutela dei lavoratori ed al § 1a è sancito che un imprenditore che affidi ad un altro imprenditore l'esecuzione di lavori edili, ai sensi del codice previdenziale tedesco, risponda per le obbligazioni di questo imprenditore e al pagamento del salario minimo ad un lavoratore od al pagamento dei contributi ad un ente comune alle parti del contratto collettivo, come un garante che ha rinunciato al beneficio della previa escussione. Il salario minimo comprende l'importo che deve essere pagato al lavoratore dopo la detrazione delle imposte e dei contributi previdenziali e di sostegno del lavoro o dei corrispondenti oneri per la sicurezza sociale.

La responsabilità oggettiva dell'imprenditore edile deve indurre quest'ultimo a prestare attenzione a che i subappaltatori rispettino le condizioni di lavoro vincolanti di cui alla legge sul distacco dei lavoratori e tra queste rientrano le disposizioni sui salari minimi vincolanti che valgono anche per le imprese straniere che distaccano lavoratori in Germania.

IL QUESITO

1. — Se l'art. 49 CE (*ex art. 59 Trattato CE*) si opponga ad una normativa nazionale secondo la quale un imprenditore edile, che affida ad un altro imprenditore l'esecuzione di lavori edili, risponde, per le obbligazioni di questo imprenditore o di un *sub*-appaltatore al pagamento del salario minimo ad un lavoratore o al pagamento di contributi ad un ente comune alle parti del contratto collettivo, come un garante che ha rinunciato al beneficio d'escussione, quando il salario minimo ricomprende l'importo che deve essere pagato al lavoratore dopo la detrazione delle imposte e dei contributi previdenziali e di sostegno del lavoro o dei corrispondenti oneri per l'assicurazione sociale (salario netto), se la tutela del salario del lavoratore non è uno scopo primario della legge o solo secondario.

Causa C-67/03 – (Commissione c/Repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento – Protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti chimici sul luogo di lavoro – Messa a punto di un primo elenco di valori limite – Direttiva 2000/39/CE – Direttiva 1998/24/CEE (cs. 10312/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

La Commissione delle Comunità europee ha proposto ricorso, a termini dell'art. 226 CE, diretto a far constatare che la Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 2000/39/CE della Commissione, dell'8 giugno 2000, relativa alla messa a punto di un primo elenco di valori limite indicativi in applicazione della direttiva 98/24/CE del Consiglio sulla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti dall'esposizione ad agenti chimici sul luogo di lavoro, o, in ogni caso, non avendo comunicato dette disposizioni alla Commissione, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù dell'art. 3, paragrafo 1 di tale direttiva.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«L'asserito inadempimento dell'obbligo di attuazione della direttiva di cui si tratta non sussiste.

Infatti, come risulta dall'allegata documentazione, con decreto legislativo 2 febbraio 2002, n. 25, pubblicato nel supplemento ordinario della Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dell'8 marzo 2002, n. 57, è stata data attuazione alla direttiva 98/24/CE sulla protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori contro i rischi derivanti da agenti chimici durante il lavoro.

Tale decreto legislativo ha recepito nell'ordinamento italiano la disciplina della direttiva 98/24/CE, inserendo un nuovo Titolo VII-bis, articoli da 72-bis a 72-terdecies, al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626.

In particolare, l'art. 72-terdecies, comma 2, del nuovo Titolo VII-bis, per il recepimento dei valori di esposizione professionale e biologici obbligatori predisposti dalla Commissione europea e per la determinazione dei valori nazionali, tenuto conto dei valori limite predisposti dalla Commissione, tra i quali ricadono quelli di cui alla direttiva n. 2000/39, ha previsto l'adozione di uno o più decreti del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e della salute.

Ai fini dell'approvazione di tali decreti è stata dettata una articolata procedura: si prevede infatti che venga acquisita l'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome e che siano sentiti il Ministero per le attività produttive, le parti sociali ed il comitato consultivo per la determinazione e l'aggiornamento dei valori limite di esposizione professionale e dei valori limite biologici relativi agli agenti chimici, da istituirsi ai sensi del comma 1 del medesimo art. 72-terdecies. Pertanto, per la predisposizione del provvedimento di attuazione in concreto della direttiva si è preliminarmente provveduto, in data 11 novembre 2002 (all'esito di una complessa fase necessaria per l'acquisizione delle designazioni), a costituire il detto comitato consultivo, composto da esperti di chiara fama in materia tossicologica e sanitaria.

Di recente il comitato consultivo ha reso il proprio parere in merito ai valori limite di cui si tratta, cosicché il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha potuto provvedere a predisporre uno schema di decreto, trasmesso il 12 marzo 2003 ai Ministeri della salute e delle attività produttive per le valutazioni di rispettiva competenza.

L'iter di adozione del decreto ministeriale finale è dunque in stato assai avanzato, sicché può prevedersene a breve il definitivo completamento.

Tanto puntualizzato in linea di fatto, deve peraltro sin d'ora precisarsi che — alla stregua di quanto dianzi esposto — non può certo parlarsi di inadempimento in senso tecnico, atteso che la direttiva di cui trattasi è stata sostanzialmente recepita mediante l'inserimento, nel decreto legislativo n. 626 del 1994 del citato nuovo Titolo VII-bis, in base al quale ha avuto corso la procedura per l'adozione del provvedimento ministeriale di determinazione dei valori nazionali in conformità agli indirizzi forniti dalla direttiva n. 2000/39 della Commissione: procedura che, come si è dianzi rilevato, si trova ormai in fase assai avanzata e prossima ad ultimazione.

Potendosi pertanto ritenere venuta meno, nella sostanza, la materia del contendere, il Governo italiano invita la Commissione a rinunciare al proposto ricorso, nel consueto spirito di collaborazione.

In diversa ipotesi conclude chiedendo che il ricorso stesso sia respinto, perché non fondato. (omissis).

Roma, 25 marzo 2003 (f.to Avv. Antonio Cingolo)».

Causa C-72/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Tassa marmi del Comune di Carrara – Artt. 23, 81, 85 e 86 CE – Ordinanza della Commissione Tributaria Provinciale di Massa Carrara dell'11 dicembre 2002 – Registrato il 19 febbraio 2003 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La Carbonati Apuani s.r.l. impugna innanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Massa Carrara l'avviso di liquidazione del Comune di Carrara relativo alla c.d. «tassa Marmi» relativa al mese di maggio 2001.

La tassa è stata istituita con legge 15 luglio 1911, n. 749 a favore del Comune di Carrara e viene applicata, sulla base di una tariffa deliberata anno per anno, al marmo escavato nel suo territorio e trasportato fuori dal medesimo.

Da detta tassa sono esenti i marmi che vengono utilizzati nell'ambito del territorio comunale e possono essere esentati totalmente o parzialmente i marmi che vengono utilizzati o lavorati nei Comuni vicini.

La ricorrente prospetta che la «tassa marmi» sia in contrasto con gli articoli da 23 a 31 del Trattato C.E., dato che essa costituisce un peso imposto sopra un prodotto in quanto estratto in un determinato territorio ed esportato fuori di esso. Poiché non risulta che il marmo estratto in altri territori della Comunità Europea sia colpito da tributi analoghi – per il fatto in sé dell'estrazione o per il transito fuori del luogo di origine – si assume che la «tassa» è idonea a ledere il principio della libera circolazione delle merci e della libera concorrenza nella formazione del prezzo.

IL QUESITO

Se le leggi 15 luglio 1911, n. 749; 23 dicembre 1997, n. 449; Decreto legge 26 gennaio 1999, n. 8, come convertito con modificazioni nella legge 75/1999 – Istituzione della tassa marmi nel Comune di Carrara – siano conformi agli articoli 23, 81, 85 e 86 del Trattato CE nel testo vigente a seguito del Trattato di Amsterdam, ratificato in Italia con legge n. 209/1998.

NOTA

Con legge 15 luglio 1911 n. 749 tale diritto di transito venne sostituito da una «tassa marmi». L'articolo unico di detta legge stabilisce: «È istituita a favore del Comune di Carrara una tassa sui marmi escavati nel suo territorio e trasportati fuori di esso. Detta tassa è applicata e riscossa dal Comune all'uscita dei marmi dai suoi confini in base ad apposito regolamento, da deliberarsi dal Consiglio Comunale e da approvarsi con Regio Decreto in conformità all'annessa tariffa. Ogni anno il Consiglio Comunale, nel deliberare il bilancio preventivo del Comune, stabilirà, entro i limiti massimi della tariffa medesima,

la misura in cui la tassa dovrà essere percetta per l'anno successivo, mantenendo sempre le proporzioni stabilite nella tariffa fra le varie categorie. Tuttavia, quando il Comune dovesse assumere impegni continuativi da fronteggiarsi o da garantirsi col gettito della tassa, il Consiglio Comunale potrà in anticipazione fissare per più anni la misura minima della tassa stessa. Potrà il Comune, con deliberazione consiliare, secondo le forme della legge comunale e provinciale e da approvarsi dalla Giunta provinciale amministrativa, disporre che una parte del provento della tassa sia erogata a far fronte alle spese o agli impegni da incontrarsi per la costruzione ed esercizio del porto di Marina di Carrara accordandosi l'eventuale applicazione della legge 12 febbraio 1903 n. 50; ed una parte in contributi all'iscrizione degli operai dell'industria marmifera alla Cassa nazionale di previdenza per gli operai. Dalla data di entrata in vigore della presente legge è abrogato il Regio decreto 19 settembre 1860 per la provvisoria istituzione di un diritto di pedaggio sui marmi a favore del Comune di Carrara».

4. — La tariffa allegata alla legge n. 749 del 1911 prevedeva le seguenti misure della tassa marmi:

a) marmi statuari e paonazzi tanto in blocchi riquadrati quanto informi, limite massimo per tonnellata lire 8;

b) marmi greggi ordinari, venati, bardigli idem lire 5;

c) marmi segati in tavole e lastre idem lire 2;

d) marmi lavorati, quadrette, mortai e granulati idem lire 1.

I lastroni eccedenti lo spessore di cm. 12 e mezzo saranno tassati come i marmi greggi.

5. — Con l'art. 55, comma 18, della legge 27 dicembre 1997 n. 449 sono state apportate alla norma sopra indicata le seguenti modifiche:

è stata soppressa la frase «da approvarsi con regio decreto» mentre è stato disposto che la delibera istitutiva della tariffa debba essere preceduta dalla consultazione delle parti sociali»;

sono state soppresse le parole «entro i limiti massimi della tariffa medesima» e le parole «mantenendo sempre le proporzioni stabilite dalla tariffa tra le varie categorie»;

al secondo comma è soppressa la parola «minima».

6. — Con l'art. 2, comma 2 ter, del decreto legge 26 gennaio 1999, n. 8 convertito con modificazioni nella legge n. 75/1999, è stato disposto che la normativa sopra detta «si interpreta nel senso che la tassa... è applicata ai marmi e loro derivati ed è determinata in relazione alle esigenze della spesa comunale inerente direttamente o indirettamente alle attività del settore marmifero locale».

7. — Dal testo della legge italiana si ricava dunque che il Comune di Carrara è abilitato a deliberare anno per anno le tariffe di una tassa la quale colpisce il marmo escavato nel suo territorio e trasportato fuori di detto territorio. I proventi della predetta tassa marmi sono destinati alle spese che il Comune di Carrara incontra, direttamente o indirettamente, per le attività del settore marmifero. Tali sono, ad esempio, le spese per il mantenimento delle strade di accesso alle cave, di quelle per l'accesso al mare, per la manutenzione del porto marittimo di Marina di Carrara.

8. — *In concreto, con il regolamento per la gestione e riscossione della tassa sui marmi approvato con delibera 23 marzo 1999, il Comune di Carrara ha stabilito che l'accertamento e la riscossione della tassa in parola avvengano direttamente. La tariffa è deliberata dal Consiglio Comunale, anche tenuto conto del danno ambientale causato dall'industria marmifera. Possono essere stabilite esenzioni o agevolazioni in favore di marmi destinati ad essere utilizzati o lavorati nei Comuni vicini: Ortonovo, Massa, Montignoso, Serravezza, Pietrasanta, Massarosa, Stazzema, Fivizzano e Castelnuovo Magra. L'ufficio di accertamento è istituito a valle dei bacini marmiferi ed a monte del centro abitato del comune (non quindi al confine esterno del comune). Ivi si pesa il marmo e si liquida la tassa. Quando il marmo è destinato ad essere utilizzato nel Comune di Carrara, l'interessato ne fa apposita dichiarazione e può essere tenuto a prestare garanzia; egli ha novanta giorni di tempo per dimostrare che il marmo è stato impiegato nel territorio del comune. Sono consentite agevolazioni nel pagamento per gli operatori abituali, sulla base di una liquidazione mensile.*

9. — *La tariffa deliberata è la seguente:*
blocchi informi lit. 8.000 per tonnellata;
blocchi lavorati e segati nel territorio comunale lit. 0 per tonnellata;
scaglie per polveri e granulati lit. 5.500 per tonnellata;
scaglie per edilizia, cementerie e conglomerati lit. 5.500 per tonnellata;
terre, «tout venant» ed inerti per riempimenti lit. 1.500 per tonnellata;
scaglie per edilizia, cementerie e conglomerati, terre, «tout venant» ed inerti per riempimento utilizzati nel territorio comune (di Carrara) lit. 0 per tonnellata.

Il Governo italiano si è riservato di intervenire nella fase orale.

E ciò, in quanto, ad un primo esame non sembra che la tassa possa essere paragonata ad una restrizione quantitativa alla circolazione del marmo locale, né che comporti una discriminazione tra escavatori e operatori commerciali, ma tende solo ad agevolare l'utilizzazione locale del materiale.

Se l'applicazione delle «tasse» comportasse il contenimento della estrazione, l'evento sarebbe privo di rilevanza sul piano della concorrenza.

Causa C-74/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Farmaci – Prodotti essenzialmente simili – Autorizzazione all'immissione in commercio – Procedura semplificata – Art. 4, comma 3, punto 8, lett. a) sub iii) direttiva 65/65 e relative modifiche – Ordinanza del Ostre Landsret (Danimarca) del 14 febbraio 2003 – Iscritta il 19 febbraio 2003 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La ricorrente – una società farmaceutica che produce il medicinale Seroxat, regolarmente immesso in commercio – ha impugnato la decisione dell'autorità danese competente in materia di medicinali con la quale venivano approvati due nuovi farmaci. Le domande di autorizzazione per l'immissione in commercio di questi venivano presentate secondo la procedura di

domanda abbreviata, ritenendo tali prodotti «essenzialmente analoghi» al medicinale Seroxat. La ricorrente eccepisce la non correttezza di tale valutazione, in quanto sostiene che la sostituzione della forma salina determini la modificazione del principio attivo, facendo così venir meno la similarità dei prodotti, condizione essenziale per la procedura di domanda abbreviata.

I QUESITI

1. — Se sia compatibile con l'art. 4, terzo comma, punto 8, lett. *a*), sub *iii*), della prima direttiva sui medicinali (65/65/CEE e relative modifiche), che un prodotto sia autorizzato secondo la procedura di domanda abbreviata quando una forma di sale del principio attivo del prodotto è sostituita rispetto alla forma di sale utilizzata nel prodotto di riferimento.

2. — Se la procedura di domanda abbreviata possa applicarsi se un richiedente, di propria iniziativa o su invito dell'autorità sanitaria nazionale, produce una documentazione supplementare sotto forma di determinate prove farmacologiche, tossicologiche o cliniche al fine di dimostrare che il prodotto è «essenzialmente simile» al prodotto di riferimento.

NOTA

La normativa comunitaria in materia è costituita dalla prima direttiva sui medicinali – direttiva 65/65/CEE – e dalle relative modifiche – direttiva 75/318/CEE, direttiva 87/21/CEE, direttiva 91/507/CEE, nonché dai regolamenti n. 141/2000, n. 847/2000 e n. 2309/1993.

In considerazione della necessità, da un lato di disciplinare l'immissione in commercio dei prodotti medicinali nell'interesse della sanità pubblica, dall'altro di ridurre gli ostacoli alla libera circolazione di tali prodotti nella Comunità che potrebbero risultare da differenze tra i sistemi nazionali di controllo, le istituzioni comunitarie hanno adottato una normativa finalizzata ad armonizzare i controlli sull'immissione in commercio dei prodotti medicinali.

Come preannunciato nel preambolo della direttiva base, ogni regolamentazione in materia di produzione e di distribuzione delle specialità medicinali deve avere come obiettivo essenziale la tutela della sanità pubblica, tuttavia questa finalità deve essere raggiunta avvalendosi di mezzi che non ostacolino lo sviluppo dell'industria farmaceutica e gli scambi dei prodotti medicinali all'interno della Comunità.

Ai sensi dell'art. 3 della direttiva 65/65, nessuna specialità medicinale può essere immessa in commercio in uno Stato membro senza un'autorizzazione preventiva rilasciata dall'autorità competente dello Stato membro o concessa in conformità al regolamento (CEE) del Consiglio 22 luglio 1993, n. 2309; in base a quanto previsto dall'art. 4, il responsabile dell'immissione in commercio di una specialità medicinale deve presentare una domanda all'autorità competente dello Stato membro, corredata da una serie di informazioni e documenti, allo scopo di ottenere l'autorizzazione alla immissione in commercio. Tuttavia, al punto 8(a) è prevista la possibilità di avvalersi, in determinate circostanze, di una domanda abbreviata o procedura semplificata, qualora la specialità medicinale sia essenzialmente analoga ad un prodotto autorizzato secondo le disposizioni comunitarie in vigore da almeno 6 anni nella Comunità e commercializzato nello Stato membro interessato dalla domanda (punto iii).

Per la normativa italiana si fa rinvio al decreto legge n. 178 del 29 maggio 1991, che dispone il recepimento delle direttive della Comunità economica europea in materia di specialità medicinali – tra cui le direttive sulle specialità medicinali n. 65/65/CEE, n. 75/319/CEE, n. 83/570/CEE, n. 87/21/CEE – ed al decreto legge n. 44 del 18 febbraio 1997 che attua la direttiva 93/39/CEE, che modifica le direttive 65/65/CEE, 75/318/CEE e 75/319/CEE relative ai medicinali.

Causa C-82/03 (Commissione c/ Repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento – Requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso delle attrezzature di lavoro – Art. 10 CE – Direttiva 98/655/CEE (cs. 10019/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

La Commissione delle Comunità Europee ha proposto ricorso, a termini dell'art. 226 CE, diretto a far constatare che la Repubblica italiana, avendo trascurato di cooperare in modo leale con la Commissione in un caso riguardante la salute e la sicurezza dei lavoratori, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù dell'art. 10 CE.

Espone la Commissione di aver ricevuto, nel corso del 2000, una denuncia di un operatore economico riguardante un caso di (presunta) cattiva applicazione nell'ordinamento giuridico italiano della direttiva 89/655/CEE del Consiglio del 30 novembre 1989, relativa ai requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso delle attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori durante il lavoro (seconda direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 89/391/CEE).

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«(Omissis). L'asserito inadempimento dell'obbligo di leale cooperazione (al fine di facilitare la Commissione nell'adempimento dei propri compiti) non sussiste.

Anzitutto, è pacifico che l'addebito mosso dalla Commissione non riguarda l'obbligo stabilito dallo stesso art. 10 CE di adottare «tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità».

Infatti le misure stabilite dalla direttiva 89/391/CEE sono state integralmente attuate con le norme di cui al Titolo I del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, mentre quelle di cui alla direttiva 89/655/CEE sono state attuate con gli articoli da 34 a 38 del medesimo decreto legislativo n. 626 del 1994.

Inoltre, con specifico riferimento ai punti dell'allegato I alla direttiva 89/655/CEE, richiamati nel paragrafo 9 del parere motivato emesso dalla Commissione, deve rilevarsi che essi risultano puntualmente trasposti o comunque presenti nell'ordinamento italiano per mezzo delle seguenti disposizioni:

Allegato I, punto 2.5: art. 75 del decreto del Presidente della Repubblica n. 547 del 1955 (come successivamente modificato) ed art. 36 del decreto legislativo n. 626 del 1994;

Allegato I, punto 2.8: *articoli da 41 a 44 e da 55 a 73 del decreto del Presidente della Repubblica n. 547 del 1955, oltre ad ulteriori disposizioni specifiche per determinati tipi di attrezzature;*

Allegato I, punto 2.14: *articoli da 76 a 81 del decreto del Presidente della Repubblica n. 547 del 1955;*

Allegato I, punto 2.16: *articoli 8, 11, 12 e da 15 a 21 del decreto del Presidente della Repubblica n. 547 del 1955;*

Allegato I, punto 2.19: *articoli da 267 a 271 del decreto del Presidente della Repubblica n. 547 del 1955 e legge n. 186 del 1968.*

A ciò si aggiunga che, al fine di adeguare la richiamata disciplina alla progressiva innovazione delle tecniche di prevenzione, è stata adottata una norma di chiusura (art. 374, secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 547 del 1955) ai sensi della quale «gli apprestamenti di difesa» — ovvero qualsiasi strumento tecnico atto alla protezione dai rischi per i lavoratori — «devono possedere in relazione alle necessità della sicurezza sul lavoro i necessari requisiti di resistenza e idoneità».

Non a caso, del resto, per taluni tra i destinatari di siffatte norme — e cioè in particolare per i datori di lavoro — sono previste numerose, corrispondenti sanzioni penali in caso di accertate violazioni di ciascuno degli obblighi sanciti dalle disposizioni medesime.

Tanto premesso, e chiarito che la Repubblica italiana ha scrupolosamente dato piena e completa attuazione alle direttive in materia (e quindi non ha certo ostacolato l'azione della Commissione), l'oggetto del ricorso della Commissione concerne, dunque, esclusivamente il mancato riscontro ad una richiesta di specifica informazione a proposito di una isolata denuncia proveniente da «un operatore economico» e riguardante un singolo impianto presso il quale la normativa de qua, seppure certamente esistente ed operativa, non sarebbe stata in concreto applicata (per presumibile inottemperanza del datore di lavoro agli obblighi su di sé gravanti).

Preliminarmente, deve eccepirsi che il ricorso non contiene l'esposizione del contesto fattuale minimo, indispensabile ai fini della relativa difesa e della conseguente decisione giudiziale.

Infatti, né dal ricorso, né da taluno dei documenti allegati al medesimo è dato desumere alcun dato informativo circa la denominazione e l'ubicazione dell'impianto oggetto della denuncia.

Ciò ha comportato una oggettiva difficoltà per le Autorità ministeriali italiane nell'individuare i competenti organi di vigilanza in materia di protezione dei lavoratori, al fine di poter attivare prontamente mirati controlli.

Ciò tuttora comporta una altrettanto oggettiva difficoltà anche ai fini dell'esercizio, in concreto, del diritto di difesa.

Peraltro, stando alle singole inadempienze segnalate nel parere motivato e relative al detto (ma non identificato) impianto di depurazione, deve precisarsi che solo le prime due appaiono riconducibili al mancato rispetto (beninteso, in sede meramente applicativa) delle prescrizioni di cui alla direttiva 89/655/CEE, concernente i requisiti di sicurezza delle attrezzature di lavoro;

mentre tutte le altre afferiscono, per converso, allo stato dei luoghi di lavoro ovvero ad altri fattori di rischio, come ad esempio l'eccessivo rumore nell'ambiente di lavoro.

Orbene, le misure di prevenzione e sicurezza concernenti tali ultimi aspetti sono disciplinate da altre direttive non richiamate nel parere motivato della Commissione (e comunque anch'esse già integralmente recepite nell'ordinamento italiano).

In ogni caso — pur ritenendosi non sussistente alcuna responsabilità per mancata collaborazione e pur sottolineandosi l'assai ristretta rilevanza della fattispecie dedotta in giudizio (già l'ordinamento nazionale appresta efficaci rimedi a tutela delle inadempienze nella subjecta materia, dando addirittura rilevanza penale alle medesime) — si assume impegno ad effettuare ogni ulteriore e specifico accertamento su quanto occorso e su eventuali omissioni poste in essere dai soggetti tenuti all'applicazione della legge a tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro, al fine di acquisire e fornire alla Commissione — anche nella presente sede giudiziale e nel consueto spirito di collaborazione — ogni elemento utile ad una bonaria composizione della controversia.

Allo stato e salvo ogni successivo sviluppo della vicenda all'esito degli accertamenti che risulterà ulteriormente possibile esperire, il Governo italiano conclude chiedendo che il ricorso della Commissione sia dichiarato inammissibile, ovvero sia respinto perché non fondato.

Roma, 8 marzo 2003 – f.to Avv. Antonio Cingolo».

Causa C-85/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Nozione di agente commerciale – Art. 1 n. 2 direttiva 86/653/CEE – Ordinanza del Protodikeio (Grecia) emessa il 27 aprile 2003 (ct. 24780/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO E I QUESITI

Il Tribunale greco ha chiesto alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 1 n. 2 della direttiva 86/653/CEE (relativa al coordinamento della legislazione degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti) per chiarire se (primo quesito) debba essere considerata «agente commerciale» anche la persona che, in qualità di intermediario indipendente, acquista a nome proprio merci presso il preponente, detraendo dal prezzo le proprie provvigioni, e successivamente vende tali merci a terzi, agendo per conto del preponente; in caso di risposta negativa a questa domanda, prosegue il giudice remittente, la Corte dovrebbe precisare (quesiti secondo, terzo e quarto) se si è in presenza di una lacuna della direttiva, eventualmente colmabile dal legislatore nazionale in via analogica.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Il Governo italiano ha proposto alla Corte di rispondere in senso positivo al primo quesito, restando quindi assorbiti gli altri quesiti.

Ai sensi dell'art. 1 n. 2 della direttiva – è stato osservato – «per agente commerciale si intende la persona che, in qualità di intermediario indipendente,

è incaricata in maniera permanente di trattare per un'altra persona la vendita o l'acquisto di merci, ovvero di trattare e di concludere dette operazioni in nome e per conto del preponente» (in modo del tutto analogo dispongono l'art. 1742 del codice civile italiano, nonché l'art. 1 della legge 3 maggio 1985, n. 204 relativa alla disciplina dell'attività di agente e rappresentante di commercio).

Tale normativa prevede come requisito indispensabile della figura dell'agente commerciale (a parte l'esclusiva, che nel caso di specie non sembra rilevare) il carattere permanente o stabile dell'attività di trattazione o conclusione di contratti per conto di un'altra persona. Una volta, dunque, che la persona compia, su incarico stabile di un preponente, operazioni che importano il passaggio di una merce dal preponente stesso ad una terza persona per conto del preponente stesso, non sembra che sia rilevante il modo in cui questo passaggio avvenga, attraverso cioè una vendita dal preponente al terzo ovvero attraverso una doppia vendita dal preponente all'intermediario e da questi al terzo, sempre che tale secondo passaggio avvenga per conto del preponente stesso, cioè nel senso che il terzo abbia la rappresentazione del ruolo di intermediario della persona che si è frapposta fra lui e il preponente: in entrambi i casi sembra che l'intermediario assuma la figura dell'agente commerciale ai sensi e per gli effetti della direttiva comunitaria (e della normativa italiana conforme) (avv. Oscar Fiumara)».

Causa C-103/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) — Conti annuali e conti consolidati – Pubblicità dei bilanci — Direttiva 90/605/CEE — Art. 47 direttiva 78/660/CEE – Art. 44 C – Ordinanza del «Landgericht» (Germania) emessa l'11 febbraio 2003, notificata l'8 aprile 2003 (cs. 8243/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO E I QUESITI

È stato chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi, ai sensi dell'articolo 234 del Trattato, in ordine all'interpretazione della Direttiva 90/605/CEE, al fine di chiarire se la suddetta Direttiva sia incompatibile con il diritto comunitario primario, segnatamente con l'articolo 44 del Trattato CE.

In particolare, si chiede alla Corte di chiarire se:

1. – ai fini dell'adozione della direttiva del Consiglio 8 novembre 1990, 90/605/CEE (che modifica le direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE relative rispettivamente ai conti annuali e ai conti consolidati per quanto riguarda il loro campo d'applicazione) la Comunità europea potesse assumere a fondamento l'art. 44, nn. 1 e, in combinato disposto, 3, lett. g), del Trattato CE, sebbene la detta direttiva conferisca diritti di accesso anche a terzi che non necessitano di tutela;

2. – se la direttiva 90/605/CEE, in combinazione con l'art. 47 della direttiva 78/660/CEE, sia compatibile con il diritto fondamentale al libero esercizio delle attività lavorative riconosciuto dall'ordinamento comunitario, nella misura in cui, per effetto della normativa predetta, le società in accomandita semplice in cui il socio personalmente responsabile sia una società

a responsabilità limitata vengono obbligate a rendere pubblico il bilancio annuale e la relazione sulla gestione, e ciò in particolare senza alcuna limitazione della cerchia dei soggetti titolari di un diritto di accesso a tali documenti;

3. – se la direttiva 90/605/CEE, in combinazione con l'art. 47 della direttiva 78/660/CEE, sia compatibile con i diritti fondamentali alla libertà di stampa e di diffusione radiotelevisiva riconosciuti dall'ordinamento comunitario, nella misura in cui, per effetto della normativa predetta, le società in accomandita semplice nelle quali il socio personalmente responsabile sia una società a responsabilità limitata e che operino nel settore della stampa e dell'editoria e/o nel settore dell'emittenza radiotelevisiva vengono obbligate a rendere pubblico il bilancio annuale e la relazione sulla gestione, e ciò in particolare senza alcuna limitazione della cerchia dei soggetti titolari di un diritto di accesso a tali documenti;

4. – se la direttiva 90/605/CEE sia compatibile con il principio generale di uguaglianza, nella misura in cui essa porta a trattare in modo meno favorevole le società in accomandita semplice il cui socio accomandatario sia una società a responsabilità limitata rispetto alle società in accomandita semplice il cui socio accomandatario sia una persona fisica, sebbene i creditori di una società a responsabilità limitata, in virtù degli obblighi di pubblicazione incombenti alle s.r.l., siano tutelati meglio dei creditori di una società in accomandita semplice, il cui socio accomandatario, in quanto persona fisica, non soggiace ad alcun obbligo di pubblicazione.

Nel caso di specie, in data 6 febbraio 2002 una società tedesca ha chiesto di prendere visione del bilancio annuale di una società il cui socio accomandatario è una società a responsabilità limitata e il cui socio accomandante è, fra gli altri, una società a responsabilità limitata.

Causa C-112/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Convenzione di Bruxelles del 27 novembre 1968 – Competenza speciale in materia di assicurazioni – Articoli 10, n. 1 e 12, sub 3 – Ordinanza della «Cour d'appel» (Francia) del 20 febbraio 2003, notificata il 22 aprile 2003 (cs. 9487/03, avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

La S.A. Etablissements Bernard Laiterie du Chatelard aveva commissionato la realizzazione di lavori di isolamento di locali mediante l'apposizione di particolari pannelli. A seguito della mancata corretta realizzazione dell'opera nonché di difetti rilevati nei pannelli a seguito di perizia, la società francese ha proposto azione di risarcimento del danno contro la Società che ha eseguito i lavori e contro la società produttrice dei pannelli nonché, infine, contro le rispettive società assicuratrici.

Tra i convenuti, la S.F.I.P. – beneficiaria della Polizza Gruppo sottoscritta dalla società madre (belga) con un gruppo di assicuratori belgi – chiama in garanzia tali coassicuratori belgi sulla base dell'art. 10 primo

comma della Convenzione di Bruxelles ritenendo possibile adire il giudice presso cui è stata proposta l'azione esercitata dalla persona lesa contro l'assicurato.

Gli assicuratori belgi hanno, invece, eccepito l'incompetenza territoriale di tale giudice, in considerazione di una clausola derogatoria della Convenzione, ed inserita nel contratto di polizza assicurativa, nella quale le parti hanno stabilito che, in caso di controversia, la compagnia assicuratrice si sarebbe assoggettata alla giurisdizione del foro del domicilio del sottoscrittore (la società madre belga), ovvero il Tribunal de Première Instance de Bruxelles.

IL QUESITO

Se l'assicurato beneficiario di un contratto d'assicurazione per conto (di chi spetta), concluso tra un contraente dell'assicurazione (sottoscrittore) e un assicuratore aventi entrambi domicilio nello stesso Stato membro, possa essere vincolato dalla clausola che attribuisce competenza alle autorità giurisdizionali di detto Stato, quando l'assicurato non abbia personalmente approvato tale clausola, il danno si sia verificato in un altro Stato membro, e l'assicurato abbia altresì citato, dinanzi ad un'autorità giurisdizionale di quest'ultimo Stato, assicuratori aventi domicilio nello stesso.

Causa C-117/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Selezione dei siti di interesse comunitario – Siti su cui insistono *habitat* e specie comunitarie di tipo prioritario – Eccezione al procedimento in due fasi – Art. 4, paragrafo 5; art. 6, comma 3, e art. 21 della direttiva 92/44/CEE – Ordinanza del Consiglio di Stato, Sezione sesta (Italia), del 17 dicembre 2002 – Registrata il 18 marzo 2003 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

La ricorrente ha partecipato, in associazione temporanea con altre imprese, in epigrafe specificate, alla licitazione privata per l'affidamento di lavori, consistenti nell'escavazione di fondali fino alla quota di 12,5 mt. e nello scarico dei relativi sedimenti in cassa di colmata, di dragaggio nel porto di Monfalcone, indetta dall'amministrazione statale intimata e ne è risultata aggiudicataria, con verbale. n. 1041 del 14 maggio 2001.

Nonostante che lo scarico nella cassa di colmata fosse autorizzato dal Ministero dell'Ambiente, che aveva altresì comunicato che i lavori non erano soggetti alla procedura di VIA, opinione condivisa dalla Direzione dell'ambiente dell'intimata regione, l'amministrazione appaltante non ha provveduto all'approvazione degli atti di gara, fino a determinarsi quattro mesi dopo, negativamente.

Ha infatti provveduto con il decreto del dirigente responsabile del procedimento di accordo di programma dell'Ufficio del Genio civile per le opere marittime di Trieste prot. n. 2960 del 28 settembre 2001 di non approvazione dei verbali di licitazione privata e di annullamento della gara per i lavori di dragaggio ed approfondimento dei fondali del porto di Monfalcone, costituente il primo atto impugnato con il ricorso di primo grado, all'annullamento dell'intera procedura di gara, sulla base delle considerazioni svolte

dalla Regione, con la nota del Direttore regionale dell'Ambiente prot. AMB/1908/01 del 27 luglio 2001, che segnala la qualificazione della cassa di colmata, destinata a raccogliere il materiale scavato a seguito dei lavori suddetti, come sito di interesse comunitario, da sottoporre a valutazione di incidenza ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. 8 settembre 1997 n. 357 di impossibile esito positivo.

Assume la ricorrente che il procedimento per la classificazione di parte della cassa di colmata per i progettati lavori di dragaggio fra i siti di importanza comunitaria (nella specie in quello denominato «foce del Timavo») non sarebbe ancora completato, essendo stata formulata la relativa proposta dalle autorità nazionali e non essendo ad essa ancora seguita l'inclusione nell'elenco dei sopradetti siti ad opera della Commissione Europea ai sensi dell'art. 4 paragrafo 5 della direttiva 94/43 CE, onde non sarebbero ancora in vigore, a suo riguardo, le necessarie misure di conservazione e l'obbligo della valutazione preventiva sui progetti che abbiano, su detto sito, incidenza significativa ai sensi del successivo art. 6 paragrafi 1, 2, 3 e 4.

Ne seguirebbe l'erroneità del presupposto su cui si fonda la decisione di annullamento della gara.

Gli articoli 1 lett. b) e 6 paragrafo 4 della direttiva 93/43/CE.

Le disposizioni comunitarie consentirebbero un esito diverso della valutazione di incidenza, considerata la definizione di *habitat* come zona distinta per caratteristiche naturali o seminaturali, non riscontrabili in una cassa di colmata, opera artificiale dell'uomo; e anche per la possibilità di autorizzare, comunque, la realizzazione del progetto per motivi imperativi di interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale ed economica, previa adozione di misure compensative autorizzate dalla Commissione Europea.

Il T.A.R. Friuli ha ritenuto necessaria la «valutazione di incidenza» in una situazione in cui sia stato rinvenuto in un sito interessato da un progetto di lavori pubblici, oggetto di appalto, un *habitat* prioritario ossia un *habitat* che rischia di scomparire nel territorio dell'Unione europea.

Si rileva in sentenza che sia la direttiva (art. 4), sia il d.P.R. n. 357/1997 (art. 3, comma 1° ed art. 4), delineano un procedimento in due fasi: la proposta, che è di competenza dello Stato membro, e la decisione circa l'inclusione o meno nell'elenco dei siti di importanza comunitaria, che è di competenza della Commissione europea, dalla quale ultima soltanto derivano obblighi di protezione ambientale.

Il procedimento sarebbe diverso e più rapido in presenza di *habitat* prioritari previsti dall'art. 1 paragrafo 2 lettera d) ossia *habitat* che sono in pericolo di scomparsa, e la cui tutela deve essere per quanto possibile rapida, come nella fattispecie a giudizio.

L'allegato III dell'atto comunitario, disciplinando i criteri di selezione dei siti atti ad essere individuati quali siti di importanza comunitaria, prevede un procedimento articolato in una Fase I che regola la valutazione dell'importanza comunitaria dei siti proposti a livello nazionale, la cui conclusione è la formazione di un elenco nazionale e la Fase II, che regola la valutazione a livello comunitario dei siti compresi negli elenchi nazionali e le determinazioni finali che ne conseguono, con l'indicazione dei relativi criteri.

Detto allegato – secondo il giudice di primo grado – prevede una significativa eccezione nel procedimento alla Fase II disponendo che tutti i siti individuati dagli Stati membri nella Fase I, che ospitano tipi di *habitat* naturali o specie prioritari, sono considerati siti di importanza comunitaria.

In sostanza quando uno Stato membro ha, come nel caso di specie, individuato un sito in cui si rinviene un *habitat* prioritario, in quanto non solo di interesse comunitario ma altresì in pericolo, e lo ha incluso nell'elenco inviato alla Comunità Europea – secondo la decisione di primo grado – *eo ipso* detto sito è considerato di importanza comunitaria ed assoggettato alle misure di salvaguardia, di cui all'art. 6 paragrafi 2, 3 e 4 della direttiva, a norma dell'art. 4 paragrafo 5, nonché alla prescritta valutazione di incidenza, contrariamente a quanto assumono i ricorrenti.

Né di ostacolo sarebbe la previsione ai sensi dell'art. 4 paragrafi 2 e 3 della direttiva di una procedura di valutazione, da parte della Commissione, anche dei siti di importanza comunitaria in cui sono presenti *habitat* o specie prioritari.

Detto procedimento avviene, come specificato dall'indicato paragrafo 2, primo periodo, «in base ai criteri di cui all'allegato III» (Fase II), fra i quali è compreso quello della considerazione, quali siti di interesse comunitario, di tutti i siti proposti dagli Stati membri ove si rinverrebbero *habitat* o specie prioritari.

L'ulteriore intervento della Commissione CE, in questo caso, come risulta dal comma 2 del citato paragrafo 2 dell'art. 4, sarebbe necessario per la facoltà, concessa agli Stati membri, in cui detti *habitat* e siti siano presenti in misura superiore al 5% del territorio nazionale, di chiedere che i criteri, in base ai quali è avvenuta la loro identificazione, «siano applicati in maniera più flessibile per la selezione dell'insieme dei siti di importanza comunitaria nel loro territorio» con conseguente richiesta ai sensi dell'art. 21 della direttiva, di un parere della Commissione ad un apposito Comitato, rappresentativo degli Stati membri, cui segue l'adeguamento della Commissione al parere o la rimessione dell'affare al Consiglio dell'Unione europea.

Si tratta quindi, nel caso di siti in cui insistono *habitat* e specie comunitarie di tipo prioritario, di eventuale revisione di decisioni già prese, in quanto la loro inclusione nei siti di importanza comunitaria è già prevista dall'Allegato III – Fase II della direttiva, con conseguente applicazione immediata delle misure di salvaguardia e della valutazione di incidenza di cui all'art 6.

IL QUESITO

Se l'art. 4 paragrafo 5 della direttiva 21 maggio 1992 n. 92/43 debba interpretarsi nel senso che le misure di cui all'art. 6 ed in particolare quella di cui all'art. 6, comma 3, della stessa direttiva siano obbligatorie per gli Stati membri solo dopo la definitiva approvazione in sede comunitaria dell'elenco dei siti ai sensi dell'art. 21, o se, diversamente, al di là dell'individuazione del momento di decorrenza ordinaria delle misure di conservazione, occorra distinguere fra iscrizioni dichiarative e costitutive (includendo fra le prime

quelle relative a siti prioritari) ed al fine di salvaguardare l'effetto utile della direttiva mirante alla conservazione degli *habitat*, nel solo caso di individuazione da parte di uno Stato membro di un sito di importanza comunitaria ospitante tipi di *habitat* naturali o specie prioritari, non debba ritenersi che sussista un obbligo di sottoposizione a valutazione di piani e progetti significativamente incidenti sul sito, anche prima della formazione da parte della Commissione del progetto di elenco dei siti o della adozione definitiva di detto elenco ai sensi dell'art. 21 della direttiva ed in sostanza a partire dalla formulazione dell'elenco nazionale.

NOTA

Come emerge dai «Considerando» della Direttiva 92/43/CEE, lo scopo che si vuole perseguire è il mantenimento e la conservazione della biodiversità e garantirne lo sviluppo durevole. Per assicurare il ripristino o il mantenimento degli habitat naturali e delle specie di interesse comunitario in uno stato di conservazione soddisfacente, si ritiene necessario designare zone speciali di conservazione – al fine di realizzare una rete ecologica europea – ovvero habitat naturali, cioè zone terrestri o acquatiche che si distinguono per le loro caratteristiche geografiche, abiotiche e biotiche, interamente naturali o seminaturali.

All'art. 4 par. 5 della direttiva, è infatti previsto che «Non appena un sito è iscritto nell'elenco di cui al paragrafo 2, terzo comma, esso è soggetto alle disposizioni dell'articolo 6, paragrafi 2, 3 e 4».

All'art. 6, comma 3, è previsto che «Qualsiasi piano o progetto non direttamente connesso e necessario alla gestione del sito ma che possa avere incidenze significative su tale sito, singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti, forma oggetto di una opportuna valutazione dell'incidenza che ha sul sito, tenendo conto degli obiettivi di conservazione del medesimo. Alla luce delle conclusioni della valutazione dell'incidenza sul sito e fatto salvo il paragrafo 4, le autorità nazionali competenti danno il loro accordo su tale piano o progetto soltanto dopo aver avuto la certezza che esso non pregiudicherà l'integrità del sito in causa e, se del caso, previo parere dell'opinione pubblica».

L'art. 21 della direttiva dispone che «Il rappresentante della Commissione sottopone al comitato un progetto delle misure da adottare. Il comitato formula il suo parere sul progetto entro un termine che il presidente può fissare in funzione dell'urgenza della questione in esame. Il parere è formulato dalla maggioranza prevista dall'articolo 148, paragrafo 2, del Trattato per l'adozione delle decisioni che il Consiglio deve prendere su proposta della Commissione. Nelle votazioni al comitato viene attribuita ai voti dei rappresentanti degli Stati membri la ponderazione definita all'articolo precitato. Il presidente non partecipa alla votazione.

La Commissione adotta le misure previste qualora siano conformi al parere del comitato.

Se le misure previste non sono conformi al parere del comitato, o in mancanza di parere, la Commissione sottopone senza indugio al Consiglio una proposta in merito alle misure da prendere. Il Consiglio delibera a maggioranza qualificata.

Se il Consiglio non ha deliberato entro tre mesi a decorrere dalla data in cui gli è stata sottoposta la proposta, la Commissione adotta le misure proposte».

Tale normativa comunitaria è stata recepita attraverso il d.P.R. n. 357 dell'8 settembre 1997, il quale opera una fedele trasposizione della direttiva habitat, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche.

Causa C-124/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Concetto di «latte destinato alla fabbricazione di prodotti, a base di latte» – Direttiva 92/46/CEE Art. 2, capoverso sub 2) – Ordinanza del «College van Beroep voor het bedrijfsleven» (Olanda) emessa l'11 marzo 2003, notificata il 13 maggio 2003 (cs. 11312/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO E I QUESITI

È stato chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 CE, in merito all'interpretazione della Direttiva 92/46/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1992, che stabilisce le norme sanitarie per la produzione e la commercializzazione di latte crudo, di latte trattato termicamente e di prodotti a base di latte, al fine di chiarire se:

1.a) il concetto «latte destinato alla fabbricazione di prodotti a base di latte» di cui all'art. 2, capoverso, sub 2), della direttiva 92/46/CEE, debba essere interpretato nel senso che comprende (anche) costituenti di prodotti lattiero-caseari di un prodotto comprendente anche componenti di diversa natura, cioè prodotti non lattiero-caseari, e dove il costituente di prodotto lattiero-caseario non può essere separato dai componenti diversi dai costituenti lattiero-caseari;

1.b) in caso di soluzione affermativa della prima questione, l'art. 22 della direttiva 92/46/CEE, debba essere interpretato nel senso che, in caso d'importazione da paesi terzi, tale direttiva è applicabile solo su tale costituente del latte di un prodotto e pertanto non è applicabile sul corrispondente prodotto nella cui composizione esso rientra;

2 a) il concetto di «prodotto a base di latte» di cui all'art. 2, capoverso sub 4, della direttiva 92/46/CEE riguardi esclusivamente prodotti finiti o anche prodotti semifiniti, che debbano essere ancora sottoposti a una lavorazione prima di essere venduti al consumatore;

2 b) qualora l'art. 2, capoverso, sub 4), della direttiva 92/46/CEE, contempli anche prodotti semifiniti, in applicazione di quali criteri possa stabilirsi se il latte o un prodotto lattiero-caseario sia costituente essenziale di un prodotto: per la sua quantità ovvero per il fatto che il suo effetto caratterizza il prodotto, secondo l'accezione dell'art. 2, capoverso sub 4), della direttiva 92/46/CEE.

A seguito dell'esito dei controlli doganali effettuati tramite prelievo a campione da container provenienti da Aruba, veniva negata l'importazione nell'Unione europea dei prodotti lattiero-caseari ivi contenuti. Le autorità

olandesi rilevando la presenza di una percentuale animale nella composizione del prodotto, disponevano l'espletamento di controlli veterinari; si accertava in tale sede, sia la mancanza del certificato veterinario necessario ai fini dell'attraversamento delle frontiere, che la provenienza da uno stabilimento non riconosciuto dalla Commissione.

Causa C-130/03 – Ricorso per inadempimento – Regolamento (CE) n. 40/1994 del Consiglio del 20 dicembre 1993 sul marchio comunitario – Istituzione dei tribunali dei marchi comunitari – Ricorso della Commissione delle Comunità europee iscritto il 24 marzo 2003 (ct. 13915/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

LA MATERIA DEL CONTENDERE

La Commissione ha chiesto alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, avendo omesso di designare tribunali dei marchi comunitari di prima e seconda istanza, o comunque non avendo comunicato alla Commissione, entro il termine stabilito, un elenco di tali tribunali con indicazione della loro denominazione e competenza territoriale, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 91 del reg. CE n. 40/1994.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano ha precisato in causa che, in forza della delega contenuta nell'art. 16 della legge 12 dicembre 2002 n. 273, contenente «misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza» è stato emanato il decreto legislativo 27 giugno 2003 n. 168 concernente la «istituzione di sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale». Tale decreto prevede appunto, in piena attuazione del regolamento del Consiglio sopra citato, la immediata istituzione, presso i tribunali e le corti d'appello di dodici città italiane, di altrettante sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale (art. 1), precisandone la composizione (art. 2) e la competenza (artt.3 e segg.)

Essendo venuta a cessare nella sostanza la materia del contendere, è stato chiesto alla Commissione di rinunciare al ricorso proposto.

Causa C-132/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Alimenti a base di cereali e altri elementi destinati a lattanti e bambini – Direttive 96/5/CE e 98/36/CE – Contaminazione accidentale di O.G.M. – Obbligo di indicazione sulla confezione – Direttiva 79/112/CEE relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sulla etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale – Regolamento (CE) 49/2000 – Ordinanza del Consiglio di Stato, sezione quarta (Italia), del 28 gennaio 2003 – Iscritto il 25 marzo 2003 (avv. dello Stato M. Fiorilli).

IL FATTO

Il CODACONS impugna il decreto ministeriale Sanità 31 maggio 2001 n. 371 nella parte in cui modifica l'articolo 4, comma 1°, ultimo periodo del

decreto ministeriale Sanità 6 aprile 1994 n. 500 disponendo «Escluso, in ogni caso, l'uso di materiale derivato da organismi geneticamente modificati, salva la tolleranza prevista dal regolamento (CE) n. 49/2000».

Il giudice di primo grado ha annullato il decreto ministeriale Sanità limitatamente alla previsione della esenzione dall'indicazione delle tracce di O.G.M. nella etichettatura degli alimenti per lattanti e negli alimenti di proseguimento.

IL QUESITO

Se la disposizione di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), del regolamento (CE) n. 1139/1998, come sostituito dall'articolo 1, del regolamento (CE) n. 49/2000, debba essere applicata anche ai prodotti alimentari per lattanti e per bambini fino a tre anni cioè, specificamente, se, in relazione a tali prodotti, la contaminazione accidentale di materiale derivato da organismi geneticamente modificati, in proporzione non superiore all'1% debba, o meno, essere indicata nella etichettatura.

Causa C-133/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Falso in bilancio – Ordinanza del Tribunale di Torino – G.I.P. del 25 febbraio 2003 (ct 18848/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

La causa ripropone il quesito già posto nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, per le quali cfr. *questa Rassegna*, luglio-dicembre 2002, 244.

La Corte ha sospeso la procedura in attesa della sua pronuncia nelle suddette cause.

Causa C-134/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Mercato comune – **Imposta sulla pubblicità e diritto sulle pubbliche affissioni** – Art. 87 e seguenti Trattato CE – Conferimento ad un'impresa pubblica (comune) della gestione di un'imposta – Ordinanza del Giudice di Pace di Genova – Voltri 10 marzo 2003 (ct. 27858/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO E I QUESITI

Davanti al giudice remittente pende una causa promossa da un soggetto, la Viacom Outdoor s.r.l., contro un altro soggetto, la Giotto Immobiliare s.a.r.l., per il pagamento del corrispettivo di alcuni servizi di esposizione di manifesti pubblicitari, corrispettivo che include – così afferma il giudice – «*l'imposta comunale sulla pubblicità ed altri oneri pagati al Comune di Genova*»: la Giotto contesta la richiesta di pagamento dell'imposta e degli oneri aggiuntivi.

Il giudice italiano dubita della compatibilità con la normativa comunitaria della regolamentazione italiana sull'imposta comunale sulla pubblicità e sul diritto sulle pubbliche affissioni (decreto legislativo 15 novembre 1993 n. 507, e successive modificazioni) e sottopone alla Corte i seguenti quesiti:

1.– Se il conferimento ad un'impresa pubblica (Comuni) della gestione di un'imposta e di diritti quali quelli considerati in premessa, e relativi ad un mercato che costituisce parte sostanziale del mercato comune e nel quale la stessa impresa pubblica opera in posizione dominante osti:

a) all'applicazione dell'art. 86 CE in combinato disposto con l'art. 82 CE;

b) all'applicazione dell'art. 86 CE in combinato disposto con l'art. 49 CE.

2. – Se la devoluzione alla detta impresa pubblica del gettito derivante dall'imposta e dai diritti in questione osti:

a) all'applicazione dell'art. 86 CE in combinato disposto con l'art. 82 CE;

b) all'applicazione degli art. 87 CE e 88 CE, costituendo un aiuto di Stato illegittimo (non notificato), nonché incompatibile con il mercato comune.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«(omissis) 4.- *Una cosa è l'imposta sulla pubblicità e altra cosa è il diritto sulle pubbliche affissioni (pur se comprensivo dell'imposta sulla pubblicità).*

L'imposta sulla pubblicità è dovuta per qualsivoglia diffusione esterna di un messaggio pubblicitario e prescinde completamente da qualsiasi servizio reso: trattasi di un'imposta che colpisce la mera propagazione pubblica di un messaggio pubblicitario di qualsiasi natura, da chiunque e comunque trasmesso (salvo estensioni o riduzioni per particolari esigenze) ed ha per presupposto l'invasione della sfera di godimento comune dei beni.

Cosa del tutto diversa è il diritto sulle pubbliche affissioni. Il legislatore ha previsto un servizio comunale di pubblico interesse, per la diffusione di manifesti contenenti comunicazioni aventi finalità istituzionali, sociali o comunque prive di rilevanza economica, da effettuarsi in appositi impianti di spettanza comunale, salvo una riserva di spazio anche per messaggi diffusi nell'esercizio di attività economiche, anche in tal caso, evidentemente, per l'opportunità di offrire a chiunque, magari sfornito di una specifica organizzazione, un minimo di spazio. Per tale pubblicità è chiaro che è dovuto, oltre all'imposta sulla pubblicità, anche il corrispettivo (comprensivo del costo e dell'utilizzo dell'impianto comunale) del servizio (così come, ad esempio, nel caso di occupazione di spazi o aree pubbliche per pubblicità da parte di privati, l'art. 9 comma 7 prevede il pagamento, oltre che dell'imposta sulla pubblicità, anche della tassa per l'occupazione): il complesso del corrispettivo del servizio e della imposta sulla pubblicità viene a costituire il diritto sulle pubbliche affissioni, un ammontare forfettizzato è graduato anche qui a seconda delle finalità del messaggio.

5. – *Venendo ora ai quesiti posti dal giudice nazionale, non v'è alcun dubbio che la nozione di impresa pubblica nel diritto comunitario comprende, in senso ampio, qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale entità (sentenza della Corte nella causa C-41/1990, Hoeffuer): è dunque certamente possibile che un Comune possa essere considerato, a taluni effetti e nell'esercizio di una certa attività, un'impresa pubblica.*

Certamente, però, tale possibile equiparazione nel caso di specie non è pertinente. Invero noi non sappiamo, perché il giudice nazionale non ce lo spiega sufficientemente (dove il dubbio di ricevibilità della sua domanda pregiudiziale formulato nel paragrafo 2 del presente scritto), se nel caso di specie la parte attrice nella causa principale abbia fornito direttamente o attraverso altro privato il servizio pubblicitario, per il quale il Comune avrebbe richiesto il pagamento dell'imposta sulla pubblicità, ovvero essa abbia chiesto al Comune il servizio di pubblica affissione, per il quale il Comune avrebbe richiesto il pagamento del diritto sulla pubblica affissione, comprensivo dell'imposta sulla pubblicità. Il giudice nazionale parla di «imposta sulla pubblicità ed altri oneri», ma non chiarisce quali siano stati tali oneri aggiuntivi.

Comunque, se il giudice nazionale avesse inteso chiedere se l'imposta sulla pubblicità possa essere considerata di per sé un diritto speciale o esclusivo vietato ex art. 86 CE, la risposta non potrebbe che essere negativa. L'imposta sulla pubblicità non costituisce certo un diritto speciale o esclusivo a favore del Comune per favorire la sua attività di impresa pubblica in concorrenza con imprese private. L'imposta colpisce in uguale misura (con le graduazioni del caso) qualsiasi messaggio pubblicitario effettuato attraverso forme di comunicazione visive o acustiche, per il solo fatto che il messaggio stesso sia effettuato; e nello stesso modo l'imposta opera allorché essa è incorporata nel diritto sulle pubbliche affissioni. La sua influenza è dunque del tutto neutra nei rapporti concorrenziali e il suo gettito, a favore del bilancio comunale, è giustificato dall'invasione che il messaggio fa nell'area di percezione pubblica.

Se viceversa il giudice nazionale avesse inteso riferirsi al diritto sulle pubbliche affissioni, non potrebbe neanche in tal caso parlarsi di un diritto speciale o esclusivo. Una volta depurato il diritto dell'importo della imposta sulla pubblicità in esso incorporata (comunque dovuta) per quanto detto sopra, resterebbe il mero corrispettivo del servizio effettivamente reso, in particolare per l'uso dell'impianto di proprietà comunale utilizzato: e non v'è alcun elemento che indichi o lasci presumere che questo «corrispettivo» non corrisponda all'effettività del servizio. Né v'è alcun elemento che possa definirsi sintomatico dell'esistenza in concreto di un'alterazione della concorrenza, non sussistendo alcuna condizione di favore per il comune, cui, in sostanza, viene attribuita solo la gestione di beni di sua proprietà.

Se infine il giudice nazionale avesse inteso dubitare della legittimità dell'imposta sulla pubblicità solo nel senso che il suo gettito consentirebbe al Comune di assumere una posizione dominante nella gestione dei servizi di pubblica affissione, la risposta dovrebbe essere ugualmente negativa. Non solo, per evidenti ragioni, il servizio di pubblica affissione è di importanza relativamente marginale rispetto a quello che può essere il vastissimo campo pubblicitario, ma mancherebbe, pur anche per tale ipotesi, l'indicazione di un qualsiasi elemento che lasci anche solo presumere una distorsione della concorrenza.

6. – *Per queste ragioni il Governo italiano propone di rispondere ai quesiti posti, ove la Corte ritenesse ricevibile la domanda pregiudiziale, nel senso che un sistema quale quello previsto dal decreto legislativo italiano n. 570/ 1993 e succ. mod. che prevede il conferimento al Comune del gettito dell'imposta sulla pubblicità e/o dei diritti sulle pubbliche affissioni non contrasta con alcuna norma del Trattato (avv. Oscar Fiumara)».*

Causa C-136/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Provvedimenti di espulsione o divieto di soggiorno – Motivi di ordine pubblico – Parere autorità competente – Cittadini UE e cittadini turchi – Artt. 8 e 9 direttiva 64/221/CEE – Artt. 8 e 9 decisione 1/1980 Associazione CEE-Turchia – Ordinanza del «Verwaltungsgerichtshof» (Austria), emessa il 18 marzo 2003, notificata il 13 maggio 2003 (cs 10263/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

La vicenda in questione riguarda due reclami amministrativi proposti dinanzi al Tribunale amministrativo di appello – riuniti ai fini della discussione in camera di Consiglio e della decisione – avverso due provvedimenti che impongono rispettivamente:

a) un divieto di soggiorno della durata di 10 anni a carico di un cittadino tedesco, coniugato, che lavora e vive in Austria con la sua famiglia, e che è stato condannato per truffa aggravata a 18 mesi di pena detentiva, di cui 12 con beneficio di sospensione condizionale;

b) l'espulsione di un cittadino turco, che da molti anni vive e lavora in Austria, e che ha subito due condanne penali (pene pecuniarie).

La normativa nazionale austriaca sugli stranieri prevede, fra i motivi per i quali uno straniero «possa» essere espulso o colpito da un provvedimento di divieto di soggiorno, il pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica; competente a decidere sul divieto di soggiorno è l'autorità amministrativa a livello di polizia federale con provvedimento adottato in via gerarchica in due gradi; il reclamo non produce effetto sospensivo che può, invece, essere deciso dal tribunale d'appello nell'ambito del controllo di merito esercitato nel verificare l'apprezzamento operato dall'autorità interessata rispetto alla sua conclusione o, se del caso, dalla Corte Costituzionale la quale, però, limita la sua verifica alla violazione di diritti costituzionalmente garantiti.

Nel caso di specie il giudice *a quo*, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, deduce che chiunque sia colpito da un provvedimento della portata di quelli qui in esame debba poter esperire gli stessi ricorsi consentiti ai cittadini nazionali contro gli atti amministrativi o, almeno, possa far valere le sue ragioni dinanzi ad una autorità competente diversa da quella che ha adottato il provvedimento restrittivo e che, quindi, nel caso in cui sia consentito il ricorso giurisdizionale il provvedimento di espulsione non possa divenire e esecutivo prima che l'interessato sia posto in grado di proporre il ricorso stesso.

I QUESITI

Si chiede, in particolare, alla Corte di chiarire:

1. – Se gli artt. 8 e 9 della predetta direttiva debbano essere interpretati nel senso che, tranne casi di urgenza, le autorità amministrative – a prescindere dall'esistenza di un ricorso gerarchico interno – non debbano adottare la decisione relativa all'allontanamento dal territorio nazionale senza aver sentito il parere di un'autorità competente ai sensi dell'art. 9, n. 1, della direttiva, qualora avverso la loro decisione sia solo consentito adire con un reclamo i Tribunali di diritto pubblico entro i seguenti limiti: a tale reclamo non si ricollega un automatico effetto sospensivo e i Tribunali non possono

emettere una decisione di opportunità, ma solo rimuovere la decisione impugnata. Ed ancora il giudice d'appello, nell'ambito dell'accertamento di merito, è vincolato ad una verifica della consequenzialità ed il giudice costituzionale (eventualmente adito) limita la sua verifica alla violazione dei diritti costituzionalmente garantiti.

2. – Se le garanzie di tutela giurisdizionale dei diritti di cui agli artt. 8 e 9 della direttiva sopra indicata si applicano ai cittadini turchi, che fruiscono della posizione derivante loro ai sensi dell'art. 6 o 7 della decisione del Consiglio, 19 settembre 1980, n. 1/1980 relativa all'accordo di associazione CEE-Turchia.

Causa C – 153/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Prestazioni familiari – Stato di impiego – Stato di residenza dei familiari – Art. 76 regolamento 1408/1971 – Ordinanza della «Cour de Cassation» (Lussemburgo) emessa il 6 marzo 2003, notificata il 20 maggio 2003 (cs.10691/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

Nel caso di specie la ricorrente (*Caisse nationale des prestations familiales*) impugna la sentenza dei *Conseil Supérieur des assurances sociales* con cui viene riconosciuto alla convenuta il diritto al versamento integrale dell'indennità di educazione prevista dalla legge lussemburghese, modificata dal 10 agosto 1988, che istituisce detta prestazione.

Pur riconoscendo il diritto della convenuta alla concessione della predetta indennità, a norma dell'art. 73 del regolamento 1408/1971, la ricorrente sostiene che nel caso di specie trovi applicazione l'art. 76 dello stesso regolamento in quanto l'indennità di educazione non ha il suo fondamento nella legge nazionale tedesca (dove si ritiene risiedano i familiari della convenuta che, peraltro, non vi ha mai lavorato ne' versato contributi) ma in principi di diritto comunitario che si impongono alle autorità nazionali anche se le condizioni poste dalla legge nazionale non vengono soddisfatte.

I QUESITI

Si chiede alla Corte di chiarire:

1. – se l'art. 76 del predetto regolamento vada interpretato nel senso che prende unicamente in considerazione l'ipotesi in cui il lavoratore migrante ha diritto a prestazioni familiari a norma della legislazione dello Stato di impiego ed a norma della legislazione dello Stato di residenza dei suoi familiari;

2. – in caso di soluzione affermativa, se gli enti dello Stato di impiego possano procedere alla sospensione del diritto alle prestazioni familiari qualora ritengano che il rifiuto di accordare prestazioni familiari nello Stato di residenza non sia conforme al diritto comunitario;

3. – nell'ipotesi di soluzione negativa, invece, se il citato art. 76 permetta allo Stato di impiego di applicare la regola del non cumulo delle prestazioni nel caso in cui il coniuge del lavoratore migrante percepisce o ha diritto, a norma della legge dello Stato di residenza dei familiari, a prestazioni familiari della stessa natura.

Causa C-162-03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Quote latte – Ordinanza 21 febbraio 2003 del Tribunale di Milano, sez. distaccata di Casano d'Adda (cs. 12284/03, avv. dello Stato O.Fiumara).

La causa ripropone il quesito già posto nelle cause da C-177/02 a C-180/02, per le quali cfr. *questa Rassegna*, luglio-dicembre 2002, 121.

La Corte ha sospeso la procedura in attesa della sua pronuncia nelle suddette cause.

Causa C – 169/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Imposta speciale sui redditi di persone residenti all'estero – Libera circolazione dei lavoratori – Art. 39 CE – Ordinanza del «Regeringsratten» (Svezia) emessa in data 10 aprile 2003, notificata il 30 maggio 2003 (cs 12554/03, avv. dello Stato A.Cingolo).

IL FATTO

Un cittadino tedesco, residente in Germania – dove completa i suoi studi grazie ad un aiuto finanziario mensile dei suoi genitori, nonché una borsa di studio dello stato tedesco per vitto ed alloggio – svolge un'attività retribuita in Svezia nel luglio 1996. Per tale attività egli chiede all'Autorità fiscale svedese un'esenzione fiscale o, in subordine, uno sconto fiscale asserendo che quanto percepito in Germania non costituisce reddito imponibile secondo la normativa tedesca. Tale richiesta viene dapprima respinta dall'Autorità fiscale secondo la quale il reddito maturato in Svezia deve essere sottoposto all'imposta speciale sui redditi di persone residenti all'estero (ritenuta alla fonte riscossa dallo Stato) e, successivamente, accolta a seguito di un ricorso presentato dall'interessato al Tribunale amministrativo regionale.

Tale sentenza viene impugnata dall'Autorità fiscale dinanzi alla Corte d'appello amministrativa che accoglie il ricorso e, annullando la sentenza del Tribunale amministrativo regionale, conferma la decisione dell'Autorità fiscale. L'interessato presenta, quindi, appello dinanzi alla Corte amministrativa suprema lamentando un trattamento discriminatorio non consentito dal Trattato CE.

I QUESITI

Si chiede alla Corte di chiarire se l'art. 39 del Trattato CE debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa di uno Stato membro secondo la quale le persone fisiche, che a fini fiscali non sono considerate residenti nel paese, ma che hanno percepito un reddito da lavoro nel paese stesso (assoggettamento limitato all'imposta) siano tassate con un'imposta alla fonte di natura tale che la deduzione di base o le altre deduzioni relative a circostanze personali non vengono concesse, mentre le persone residenti nel paese hanno diritto a tali deduzioni nell'ambito dell'imposizione ordinaria riguardante l'imposta su qualsiasi reddito percepito nello Stato membro o all'estero (assoggettamento illimitato all'imposta), ma nella quale la mancanza del diritto alla deduzione di base e altre deduzioni della prima categoria di persone menzionata, viene presa in considerazione attraverso un'aliquota ridotta rispetto a quella che si applica ai contribuenti residenti nel paese.

Causa C-173/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Settore carni bovine – Premio per macellazione precoce di vitelli – Proporzionalità – Art. 3, n. 2 prima frase e lett. c) regolamento (CE, EURATOM) 1182/1971 – Art. 50-*bis* regolamento (CEE) 3886/1992 – Ordinanza del «College van Beroep» (Paesi Bassi) emessa il 2 aprile 2003, notificata il 10 giugno 2003 (cs. 13087/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO E I QUESITI

Si chiede alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, in relazione all'interpretazione dei seguenti regolamenti comunitari con riferimento al regime di premi previsti dal regolamento (CEE) n. 805/68, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore delle carni bovine: regolamento (CEE Euratom) del Consiglio 3 giugno 1971, 1182, che stabilisce le norme applicabili ai periodi di tempo, alle date ed ai termini e il regolamento (CEE) della Commissione 23 dicembre 1992, n. 3886, che stabilisce le modalità di applicazione dei regimi previsti dal regolamento (CEE) n. 805/68.

Il giudice *a quo* chiede alla Corte di Giustizia delle Comunità europee di chiarire:

1.a – se l'art. 3, n. 2, prima frase e lett. e), del regolamento (CEE, Euratom) n. 1182/1971 debba essere interpretato nel senso che un termine definito in settimane, come quello previsto dall'art. 50-*bis* del regolamento (CEE) n. 3886/1992, scade alla fine del giorno che nell'ultima settimana reca lo stesso nome del giorno seguente al giorno in cui ha avuto luogo la macellazione;

1.b – se uno Stato membro nell'applicare l'art. 50-*bis* del regolamento (CEE) n. 3886/1992 sia libero di determinare la data di presentazione della domanda di premio facendo ricorso alle norme procedurali nazionali vigenti nel suo ordinamento giuridico interno per analoghi termini nazionali in materia di presentazione delle domande;

1.c – in caso di soluzione negativa, se l'art. 50-*bis* del regolamento (CEE) n. 3886/1992 debba essere interpretato nel senso che una domanda di premio è «presentata» nei termini anche nel caso in cui sia dimostrabile che essa è stata inviata per posta prima della scadenza del termine di tre settimane ed è pervenuta oltre il detto termine all'autorità competente in una data tale che l'autorità stessa ha potuto comunicare alla Commissione i relativi dati lo stesso giorno in cui li avrebbe comunicati qualora la domanda di premio fosse stata ricevuta dalla autorità competente entro il termine;

2. – se l'art. 50-*bis*, n. 1, del regolamento (CEE) n. 3886/1992 sia valido nei limiti in cui esclude integralmente dal premio le domande per qualsiasi superamento del termine nella presentazione delle stesse, indipendentemente dalla natura della portata del ritardo.

La questione trae origine da una vicenda che coinvolge due allevatori di bovini (appellanti) che, avendo richiesto al convenuto l'attribuzione di un premio per la macellazione precoce di vitelli, si sono visti respingere le loro domande per non averle presentate entro il previsto termine di tre settimane.

Causa C-174/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Appalti pubblici di servizi nell’ambito dei c.d. «settori esclusi» – Applicabilità della pertinente normativa comunitaria ad una società di navigazione che opera sia in regime di monopolio che in regime di libera concorrenza – Direttiva 93/38/CEE – Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna del 1° aprile 2003 (ct 28199/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO E I QUESITI

Il giudice di rinvio chiede alla Corte di pronunziarsi su due questioni relative all’applicabilità della pertinente normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di servizi, nell’ambito dei c.d. «settori esclusi», ad una società di navigazione – la Tirrenia di Navigazione S.p.A. – che esercita le proprie rotte marittime (trasporto di passeggeri, veicoli e merci) sia – in alcuni casi – in regime di monopolio di fatto, che – in altri casi – in regime di libera concorrenza.

Nel caso di specie, alla base del contenzioso che ha innescato la causa pregiudiziale pendente dinanzi alla Corte di Giustizia si colloca una richiesta presentata dall’Impresa portuale di Cagliari S.r.l., di annullamento della determinazione con la quale la società Tirrenia ha affidato alla C.T.O. (Combined Terminals Operators S.r.l.), mediante trattativa privata, il servizio relativo alle operazioni portuali da svolgersi nell’ambito del porto di Cagliari connesse al carico, scarico, trasbordo, deposito e movimentazione delle merci e dei veicoli imbarcati su e da navi di proprietà della detta Tirrenia. L’impresa portuale di Cagliari pretende che la Tirrenia sia tenuta al rispetto della normativa comunitaria in tema di appalti di servizio, ossia in prima battuta della direttiva 93/38/CE (come modificata dalla direttiva 98/4/CE) sui c.d. «settori esclusi», ed in seconda battuta della direttiva 92/50/CEE (come modificata dalla direttiva 97/52/CE) sugli appalti di servizi. La Tirrenia, invece, replica di non esservi tenuta.

Causa C- 194/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Quote latte – Latte e prodotti lattiero caseari – Organizzazione comune dei mercati – Quantitativo di riferimento provvisorio – Cessazione di produzione – Ripresa di produzione con mezzi non propri – Quantitativo di riferimento ex regolamento (CEE) 857/84 – Ordinanza del «Finanzgericht» (Germania) emessa il 29 aprile 2003, notificata il 27 giugno 2003 (cs 14570/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

I QUESITI

Le questioni pregiudiziali poste sono le seguenti:

1. – Se l’art. 3-*bis*, n. 1, secondo cpv., lett. b), del regolamento 857/84/CEE, debba essere interpretato nel senso che consenta l’attribuzione di un quantitativo di riferimento specifico provvisorio ad un’azienda che abbia precedentemente cessato la commercializzazione e che, a seguito della riconversione della produzione su altri prodotti agricoli *medio tempore* effettuata, possa produrre il quantitativo di riferimento richiesto al momento

della presentazione della domanda solamente con l'ausilio di mezzi di produzione presi in affitto a tale scopo (terreni di pascolo, mucche e altri mezzi produzione).

2. – Se l'art. 3-*bis*, n. 4, secondo cpv., secondo periodo dello stesso debba essere interpretato nel senso che il quantitativo di riferimento specifico definitivamente attribuito debba ritornare alla riserva nazionale anche nei casi in cui l'azienda precedentemente impegnatasi a non commercializzare abbia ottenuto, come precisato sopra *sub 1*, ed abbia potuto fornire il quantitativo di riferimento specifico provvisorio solamente grazie a mezzi di produzione (terreni di pascolo, mucche e altri mezzi di produzione) presi in affitto a tale scopo, ponendo termine all'affitto e restituendo i detti mezzi di produzione alla rispettiva dante causa anteriormente al 1° luglio 1994.

3. – Nel caso di soluzione negativa alla questione *sub 2*:

Se l'art. 3-*bis*, n. 4, secondo cpv., dello stesso debba essere interpretato nel senso che il quantitativo di riferimento specifico definitivo debba ritornare alla riserva statale anche nei casi in cui l'azienda, precedentemente impegnatasi a non commercializzare, abbia definitivamente rinunciato, anteriormente al 1° luglio 1994, alla possibilità di utilizzazione dei mezzi di produzione necessari alla realizzazione del quantitativo di riferimento specifico.

4. – In caso di soluzione affermativa alla questione *sub 3*:

Se una rinuncia definitiva, nel senso precisato sopra *sub 3*, possa essere ravvisata nel fatto che l'azienda, precedentemente impegnatasi a non commercializzare, abbia provveduto a restituire al rispettivo dante causa, anteriormente al 1° luglio 1994, i mezzi di produzione presi in affitto e necessari alla realizzazione del quantitativo di riferimento specifico, interrompendo la produzione di latte e riprendendola solamente quattro mesi dopo – peraltro sempre anteriormente al 1° luglio 1994 – con altri mezzi di produzione sia propri sia presi in affitto.

Causa C-207/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Farmaci – Certificato di Protezione Complementare – Data da prendere in considerazione per il calcolo della durata di un CPC – Immissione in ambito SEE – Prima immissione in Svizzera e Liechtenstein – Art. 13 regolamento 92/1768/CEE – Ordinanza della «High Court of Justice» (Regno Unito) emessa il 6 maggio 2003, notificata il 27 giugno 2003 (cs 14527/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO

Viene in esame il problema della durata, e quindi della data di scadenza, di due certificati protettivi complementari (CPC) di cui sono titolari gli appellanti; i medicinali di cui trattasi hanno ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio in Svizzera e, in un secondo momento, quella per l'immissione in commercio nello SEE. Secondo le disposizioni dell'unione doganale vigente tra la Svizzera ed il Liechtenstein, e conformemente al sistema di commerciabilità parallela dei medicinali, le autorizzazioni svizzere al commercio sono state automaticamente riconosciute nel Liechtenstein ai

sensi del diritto di tale Stato. Le autorizzazioni svizzere, quindi, costituivano le sole autorizzazioni al commercio per il territorio del Liechtenstein per i medicinali di cui trattasi.

Secondo l'Ufficio brevetti inglese la durata del CPC deve essere calcolata sulla base delle date dell'autorizzazione svizzera, mentre per gli appellanti essa deve essere calcolata con riferimento alla data di concessione della prima autorizzazione all'immissione in commercio nello SEE.

I QUESITI

1. – Se la data del rilascio di un'autorizzazione all'immissione in commercio in Svizzera, automaticamente riconosciuta nel Liechtenstein, debba essere considerata la prima autorizzazione di immissione in commercio ai fini del calcolo della durata di un certificato protettivo complementare disposto dall'art. 13 del regolamento n. 1768/1992 (come modificato dall'accordo SEE).

2. – Se un'autorità competente all'interno dello SEE sia obbligata a rettificare i termini di tutti i certificati protettivi complementari esistenti la cui durata sia stata erroneamente calcolata.

Causa C-210/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Tabacco per uso orale – Fornitura – Commercializzazione – Art. 8 direttiva 01/37/CE – Validità – Fondamento giuridico – Artt. 28-30, 95, 133 e 253 CE – Ordinanza della «High Court of Justice» (Regno Unito) emessa in data 17 aprile 2003, notificata il 1° luglio 2003 (cs. 14524/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

La prima ricorrente è un'impresa svedese che produce e distribuisce un prodotto costituito da tabacchi per uso orale denominato «*Snus*». La seconda ricorrente vende all'ingrosso e al dettaglio prodotti del tabacco nel Regno Unito. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sul divieto di commercializzazione dello *Snus* nell'Unione europea e nel Regno Unito. Il divieto è contenuto in una serie di atti normativi comunitari e del Regno Unito.

I QUESITI

Si chiede alla Corte di chiarire se:

1. — gli artt. 28-30 CE – applicati in conformità ai principi generali di proporzionalità, non discriminazione e tutela dei diritti fondamentali (con particolare riferimento al diritto di proprietà) – debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale che vieta a chiunque di fornire, offrire o consentire che sia fornito, esporre per la fornitura o possedere al fine di fornire, qualunque prodotto costituito interamente o parzialmente da tabacco – presentato sotto forma di polvere o di particelle fini, ovvero qualsiasi combinazione di queste due presentazioni, oppure sotto una forma che richiama un prodotto commestibile – che sia destinato ad un uso orale, eccettuati i prodotti da fumare o masticare;

2. — l'art. 8 della direttiva 2001/37/CE sia invalido, in tutto o in parte per: violazione del principio di non discriminazione; violazione dell'art. 28 e/o 29 CE; violazione del principio di proporzionalità; inadeguatezza dell'art. 95 CE e/o dell'art. 133 CE come fondamento normativo; violazione dell'art. 95, n. 3; sviamento di potere; violazione dell'art. 253 CE e/o dell'obbligo di motivazione; violazione del diritto fondamentale di proprietà;

3. — i principi di cui sopra debbano essere interpretati nel senso che ostano ad un provvedimento nazionale di attuazione dell'art. 8-*bis* della direttiva 89/622/CE che sia stato adottato in forza di, poteri attribuiti dal diritto nazionale che non dipendono dall'esistenza di un obbligo di attuare la direttiva, in considerazione anche che la direttiva 89/622/CE (come modificata dall'Atto di adesione dell'Austria, della Finlandia e della Svezia) è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 2001/37/CE – il cui art. 8 ribadisce il contenuto dell'art. 8-*bis* della direttiva 89/622/CEE – e che l'art. 8 della direttiva 2001/37/CE è invalido alla luce dei principi menzionati nella questione *sub* 2), lett. *A)*, *c)* o *h)*.

Causa C-215/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Identificazione di cittadino comunitario – Documento di identità – Obbligo di esibizione – Diritto di soggiorno – Nozione di destinatario di servizi – Principio di proporzionalità – Direttiva 73/148/CEE – Sentenza del «Rechtbank te Gravenhage» (Paesi Bassi), emessa in data 12 maggio 2003, notificata il 1° luglio 2003 (cs. 14525/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

Con due ricorsi un cittadino francese ha chiesto il risarcimento dei danni subiti per essere stato sottoposto, in due diverse occasioni, in Olanda, a *custodia cautelare finalizzata all'espulsione ex art. 59 VW 2000* dopo essere stato arrestato a titolo di vigilanza interna sugli stranieri *ex art. 50, n. 1*, della stessa; ciò era avvenuto subito dopo il rilascio seguito al suo arresto perché sospettato di tentato furto la prima volta, perché trovato in una zona non accessibile della stazione la seconda; di tali episodi di custodia cautelare egli ha lamentato l'illegittimità in quanto *turista francese*.

Il resistente, invece, ritiene il primo caso di privazione della libertà secondo la normativa generale sugli stranieri legittimo per quanto riguarda il periodo in cui *l'interessato non ha dato prova, attraverso l'esibizione di una valida carta d'identità*, della sua appartenenza ad uno Stato membro. Per quanto riguarda poi la seconda occasione, in cui l'interessato non aveva fornito alcun documento, aggiunge il fatto che la mera *copia* di una carta d'identità (presente nel fascicolo relativo alla precedente detenzione) non vale né ai sensi del regolamento olandese sugli stranieri (allegato 2 del *Vreemdelingen Voorschrift 2000*) né delle direttive 68/360/CEE e 73/148, nonché il fatto che *l'interessato non aveva invocato* il suo diritto alla libera circolazione e che in ogni caso sia discutibile la sussumibilità della fattispecie concreta *all'immagine legale del turista secondo il diritto comunitario*.

I QUESITI

In merito al primo procedimento si chiede:

1. — Se, venuti meno i controlli doganali alle frontiere interne, l'art. 4 n. 2 c. 3 della Direttiva 73/148/CEE relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi debba essere interpretato nel senso che il sancito diritto di soggiorno debba essere riconosciuto dalle autorità dello Stato membro solo e soltanto nel momento in cui la persona che lo invoca riesca a dimostrare di possedere la cittadinanza di uno Stato membro in forza di una valida carta d'identità o di un valido passaporto;

2. — in tal caso se allo stato attuale il diritto comunitario, in particolare con riferimento al divieto di discriminazione e al principio della libera circolazione dei servizi, esiga che tali autorità debbano porre la persona in condizioni di poter esibire tale documento;

3. — se ai fini di quest'ultima statuizione sia rilevante la circostanza che il diritto nazionale dello Stato in questione non imponga in generale ai propri cittadini alcun obbligo di fornire le generalità;

4. — qualora la questione n. 2 vada risolta in senso positivo, se il diritto comunitario imponga requisiti di durata al periodo per cui lo Stato deve porre l'interessato in condizione di esibire il documento prima che gli venga inflitta una sanzione di diritto amministrativo nelle forme di un provvedimento per presunto soggiorno irregolare;

5. — se una sanzione di tal genere e consistente in una misura di custodia cautelare finalizzata all'espulsione *ex art. 59 del Vreemdelingen Wet* del 2000 (legge olandese sugli stranieri – in seguito VW 2000) prima che sia scaduto un tale termine costituisca un'eccessiva restrizione della libera circolazione dei servizi;

6. — se, nel caso in cui la prima questione vada risolta in senso negativo, alla luce del diritto comunitario si possa parlare di ostacolo alla libera circolazione dei servizi qualora a carico di una persona che si proclami cittadina di un altro Stato membro e turista, fintantoché non dimostri il suo diritto al soggiorno mediante esibizione di uno dei predetti documenti, venga applicato un provvedimento di custodia cautelare finalizzata all'espulsione *ex art. 59 WV* per ragioni di ordine pubblico, anche in assenza di una minaccia seria ed attuale per lo stesso;

7. — se in tal caso, per valutare se tale misura sia giustificata, sia rilevante la durata del periodo durante il quale uno Stato membro ponga l'interessato in condizione di esibire il documento richiesto;

8. — se allo stesso fine rilevi la circostanza che tale Stato non riconosca alcun diritto al risarcimento per il periodo di custodia cautelare durante il quale la cittadinanza non sia stata provata, come è prassi per le custodie cautelari illegittime riguardanti gli stranieri;

9. — se, nel caso in cui lo Stato non preveda in generale alcun obbligo di fornire le proprie generalità, il diritto comunitario si opponga, soprattutto dal punto di vista del divieto di discriminazione, a che tale Stato, nell'ambito della vigilanza interna sugli stranieri, possa giungere, nei confronti di una

persona che si dichiara turista, all'emanazione di un provvedimento quale la custodia cautelare per gli stranieri finalizzata all'espulsione *ex art. 59 WV* fintantoché l'interessato non provi l'asserito diritto al soggiorno mediante l'esibizione dei documenti di cui sopra.

Ai fini del secondo procedimento si chiede invece:

1. — se il diritto comunitario si opponga a che, finché il cittadino di uno Stato membro non invochi egli stesso il diritto al soggiorno in quanto destinatario di servizi, egli non venga considerato come cittadino comunitario tutelato in forza del diritto di soggiorno emanante dall'ordinamento comunitario;

2. — se la nozione di destinatario di servizi che viene in questione debba essere intesa nel senso che, anche quando qualcuno si trattienga in un altro Stato membro per un periodo abbastanza lungo, eventualmente per più di sei mesi, ivi sia arrestato per un reato, non indichi una fissa residenza o dimora e inoltre non disponga né di denaro né di bagagli, il soggiorno costituisca motivo sufficiente per presumere che si fruisca di servizi turistici o di altri servizi collegati ad un breve soggiorno quali, ad esempio, l'alloggio ed il consumo di pasti.

Causa C-216/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Franchigie doganali – Unione doganale – Regolamenti 918/83, 2744/98, 3316/94 e 2744/98 – Direttiva 69/169/CEE – Ordinanza emessa in data 30 settembre 2002 dal «Landesgeriobt Zivlrechtssachen» d'Austria, notificata il 7 luglio 2003 (cs. 15076/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

IL FATTO

La DLD Trading Company Import-Export con sede a Brno (Repubblica Ceca) vende nei pressi della frontiera austriaca, nei suoi locali commerciali, prodotti destinati al consumo quotidiano di fatto esclusivamente ai viaggiatori, i quali importano tali merci in Austria nel bagaglio personale e per proprio consumo. Le merci importate dai viaggiatori riguardano tabacchi, profumi, prodotti alcolici ed altri oggetti di uso comune.

A seguito di restrizioni messe in atto dall'Austria, la società DLD Trading ha subito dei danni per effetto di mancati introiti. La società ceca attribuisce allo stato austriaco la responsabilità di mancati introiti.

Secondo la ricorrente, le disposizioni austriache sulle franchigie nell'ambito del traffico viaggiatori sono, in particolare, in contrasto con la tariffa doganale comune e col regime comunitario delle franchigie doganali.

I QUESITI

Si chiede alla Corte di chiarire:

1. — se la disciplina risultante dai regolamenti (CE) n. 3316/94 e n. 2744/98 sia conforme alla normativa sulle franchigie doganali, in particolare al regolamento n. 918/83, nonché al principio dell'Unione doganale;

2. — in caso di soluzione affermativa della questione *sub 1*): se l'entrata in vigore con effetto retroattivo del regolamento 2744/98 abbia leso i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento;

3. — se la disciplina risultante dall'art. 5, n. 8 della direttiva 69/169/CEE ovvero delle relative disposizioni di esecuzione nazionali di cui al par. 30 VSFBEFRVO e di cui alla VST-VOBGBI.II, n. 326/1997 sia in contrasto con l'obiettivo dell'armonizzazione dell'IVA e delle imposte di consumo negli Stati membri, della liberalizzazione ovvero agevolazione del traffico dei viaggiatori con gli Stati terzi e della realizzazione di uniformità fra le franchigie fiscali e doganali nel traffico dei viaggiatori.

Cause C-261/03 e C-262/03 (domande di pronuncia pregiudiziale) – Quote latte – Definizione di «consegna» – Artt. 1, 2 e 9 lett. g) regolamento 92/3950/CEE e artt. 1, 2 e 3 regolamento 93/536/CEE – Ordinanze del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sezione di Parma, del 6 maggio 2003, notificata il 6 agosto 2003 (ct. 29299/03, avv. dello Stato O. Fiumara).

IL FATTO E I QUESITI

Il Tribunale chiede alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi, in base all'art. 234 CE, sul concetto di «consegna» soggetta al prelievo supplementare nella materia delle cosiddette quote latte.

Il giudice *a quo* chiede se il Regolamento CEE del Consiglio n. 3950/1992 [in particolare gli artt. 1, 2, 9 lettera g)] del 28 dicembre 1992 che istituisce un prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattierocaseari ed il Regolamento CEE della Commissione n. 536/1993 (in particolare gli artt. 1, 2, 3) del 9 marzo 1993 che stabilisce le modalità di applicazione di tale prelievo debbano essere interpretati nel senso che, ai fini della determinazione delle quote latte e dell'applicazione del prelievo supplementare, debba essere qualificato come «consegna» oppure come «vendita diretta» l'affidamento di quantitativi di latte da parte dell'impresa produttrice, senza cessione di proprietà, a terzi, in esecuzione di un contratto d'appalto, per la lavorazione del latte prodotto e per la trasformazione in formaggio, burro e siero, a fronte del pagamento di un corrispettivo per detto servizio, al fine della successiva commercializzazione da parte del proprietario.

In ambo i casi di specie le ricorrenti (nella prima causa Allevamenti Associati S.r.l., nella seconda Latteria Sociale Modena S.c.a.r.l.) impugnano la decisione del Servizio Provinciale Agricoltura di Reggio Emilia che disponeva di qualificare come consegne le dichiarazioni di vendita diretta del latte prodotto da Allevamenti Associati nelle annate 1998/1999 e 1999/2000, lavorato e trasformato dalla Latteria Sociale Modena in forza di due contratti in conto lavorazione, prevedendo di conseguenza che si provvedesse alla trattenuta del prelievo supplementare da parte di quest'ultima; le ricorrenti invocano, invece, l'applicazione del regime delle vendite dirette (per cui il prelievo sarebbe l'esito delle compensazioni nazionali effettuate relativamente alle stesse), lamentando la violazione, attraverso la decisione impugnata, dei regolamenti di cui al quesito.

LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

«Il Governo italiano ritiene che la risposta debba essere nel senso che le operazioni poste in essere vanno qualificate come «consegne» ai sensi e per gli effetti dei regolamenti citati.

La Corte con sentenza 16 novembre 1995, nella causa C-196/1994, Schiltz-Thilmann, in Racc. I, 3991, ha precisato che la ratio del prelievo supplementare sul latte bovino (la problematica delle c.d. quote-latte) si fonda sulla distinzione fra i quantitativi di riferimento per le vendite dirette di latte al consumatore e quelli per consegne di latte fatte ad un acquirente. Il produttore – ha ancora precisato la Corte con sentenza 15 gennaio 1991, nella causa C-341/89, Ballmann, in Racc., I, 25 – è colui che vende latte o altri prodotti lattiero-caseari direttamente al consumatore e/o che effettua consegne all'acquirente.

Sulla base di queste premesse la Corte, prima, sotto il vigore del regolamento 857/84/CEE, con sentenza 23 novembre 1995, nella causa C-285/93, Domenikanerinnen-Kloster Altenhohenau, in Racc., I, 4069, ha dichiarato che vi è vendita diretta al consumo ogniqualvolta il latte sia venduto dal produttore a terzi senza passare attraverso un'impresa dedita al trattamento o alla trasformazione del latte; e poi, sotto il vigore del regolamento 3950/92/CEE (sul punto avente lo stesso contenuto dispositivo), con sentenza 29 aprile 1999, nella causa C-288/97, Consorzio fra i caseifici dell'altopiano di Asiago, ha dichiarato che «la nozione di acquirente ai sensi degli artt. 2, n. 2, e 9, lett. e), del regolamento (CEE) del Consiglio 28 dicembre 1992, n. 3950, che istituisce un prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, deve essere interpretata nel senso che rientra in essa ogni impresa intermediaria che proceda all'acquisto di latte presso un produttore nell'ambito di un rapporto contrattuale, quali che siano le modalità di remunerazione di quest'ultimo, allo scopo di trattarlo o di trasformarlo essa stessa, oppure di cederlo ad un'impresa di trattamento o di trasformazione, e che, nell'ipotesi in cui una tale impresa raggruppata cooperativa che siano anch'esse acquirenti, effettui per conto di queste ultime le operazioni di gestione amministrativa e contabile necessarie al versamento del prelievo, in particolare quelle di cui all'art. 7 del regolamento (CEE) della Commissione 9 marzo 1993, n. 536, che stabilisce le modalità di applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari».

E in effetti come nella nozione di vendita diretta al consumo rientrano non solo le operazioni effettuate a titolo oneroso note in diritto civile come vendite, ma anche le cessioni a titolo gratuito «senza passare attraverso un'impresa dedita al trattamento o alla trasformazione del latte o di altri prodotti lattiero caseari» – secondo l'espressa precisazione dell'art. 9 lett. h) del reg. 3950/1992 – così nell'ipotesi alternativa e residuale di «consegna ad un acquirente» (che non sia cioè vendita diretta al consumo nel senso sopradetto) rientra qualsiasi altra operazione di passaggio del latte dal produttore ad altri che non sia un consumatore finale, a qualsiasi titolo, sia esso di vendita propriamente detta o di mera utilizzazione per la trasformazione. In questo quadro non sembra avere alcun rilievo che il prodotto finale trasformato non sia commercializzato dal trasformatore ma ritorni al produttore del latte per essere dal medesimo immesso al consumo.

E così l'art. 1 del regolamento di esecuzione 536/1993 della Commissione ha espressamente precisato (e ora il nuovo regolamento 1393/01/CE, sul punto esattamente identico, precisa ancora), in piena aderenza alle disposizioni del regolamento del Consiglio, che «per quantitativi di latte o di equivalente latte commercializzati in un dato Stato membro... si intende qualunque quantitativo

di latte o di equivalente latte che esca da una qualsiasi azienda situata nel territorio di tale Stato membro» e che «i quantitativi forniti da un produttore per essere trattati e trasformati in base a un contratto di lavorazione sono da considerarsi come consegne». E i servizi della Commissione, rispondendo ad un apposito quesito posto dalle autorità italiane, con nota 15 ottobre 1993 n. 034002 ebbero a precisare che «in ordine ai quantitativi di latte che i produttori fanno trattare o trasformare nel quadro di un contratto di lavorazione per conto terzi, l'articolo 1, punto 1, secondo comma del regolamento (CEE) n. 536/1993 dispone che tali quantitativi sono da considerarsi come consegne»: tale è stato, pertanto, l'orientamento fornito dall'Amministrazione italiana agli operatori del settore e tale è stato anche l'orientamento giurisprudenziale nazionale (cfr. Cassazione 30 gennaio 2002 n. 1236, che, in aderenza alle enunciazioni della Corte comunitaria, ha ritenuto «consegne» i conferimenti di latte dal produttore ad una cooperativa di produttori, attuato attraverso un rapporto diverso dalla compravendita vera e propria) (omissis) – Roma, 30 settembre 2003 – Avv. O. Fiumara».

Causa C-268/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Regime fiscale delle plusvalenze azionarie (c.d. «capital gains») – Imputabilità fiscale alla condizione che siano realizzate in occasione della cessione di titoli azionari a società o enti stabiliti in tale Stato – Sentenza del «*Rechbank van Verste Aanleg te Antwerpen*» (Tribunale di primo grado di Anversa - Belgio) del 13 luglio 2003, notificata il 17 luglio 2003 (avv. dello Stato G. Fiengo).

IL FATTO

Secondo l'Amministrazione il ricorrente, nel vendere a una società francese azioni di società belghe appartenenti al gruppo «Antverpia», avendo la sua famiglia una notevole partecipazione nelle società del gruppo, avrebbe realizzato plusvalenze imponibili.

IL QUESITO

Se gli artt. 43, 46, 48, 56 e 58 CE ostino ad una normativa nazionale belga, quale prevista negli artt. 67, n. 8 e 67-ter del WIB64, ai sensi del quale le plusvalenze che siano state realizzate in occasione della cessione a titolo oneroso, al di fuori dell'esercizio di un'attività professionale, di azioni o di quote rappresentative di società, associazioni, enti o istituzioni belghe, sono imponibili, qualora la cessione avvenga a favore di una società, associazione, ente o istituzione stranieri, mentre nella stessa situazione tali plusvalenze non sono imponibili, qualora la cessione avvenga a favore di una società, associazione, ente o istituzione belga.

NOTA

«Trattasi di una controversia che concerne una normativa fiscale avente una finalità protezionistica, cioè evitare che le azioni di società belghe vengano vendute ad operatori non belgi. Pone il problema della interpretazione dell'art. 56 CE, che vieta tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi. Nel caso si pongono le medesime problematiche della causa pregiudiziale C-242/03».

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Il rapporto tra Stato e Regioni nella disciplina delle fondazioni bancarie

(Corte Costituzionale, sentenza 29 settembre 2003, n. 300)

Con la sentenza n. 300/2003 la Corte costituzionale ha fornito un significativo contributo alla definizione della cornice costituzionale entro la quale il legislatore statale e quello regionale possono legiferare in materia di fondazioni di origine bancaria, e nei diversi settori di attività nei quali queste istituzioni operano, secondo le previsioni dei loro statuti.

La questione di costituzionalità sottoposta all'esame del giudice delle leggi aveva ad oggetto l'art. 11 della legge n. 448/2001 (legge finanziaria 2002), con cui è stata modificata, sotto vari aspetti, la disciplina delle fondazioni di origine bancaria dettata dal decreto legislativo n. 153/1992.

Due i parametri di costituzionalità invocati dalle Regioni ricorrenti: l'art. 117, terzo comma Cost. — che, secondo la prospettazione delle ricorrenti sarebbe stato violato dalla legge statale impugnata, per esser state immesse nell'ordinamento norme di dettaglio in materia di «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale», oggetto della potestà legislativa concorrente delle Regioni —, nonché l'art. 117, sesto comma, Cost., che riserva alle Regioni la potestà regolamentare nelle materie in cui lo Stato non dispone di competenza legislativa esclusiva, violato dai commi 1 e 14 del denunciato art. 11 che attribuiscono all'Autorità di vigilanza una potestà regolamentare in materia di fondazioni di origine bancaria. L'illegittimità costituzionale della legge impugnata, alla stregua dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione è stata prospettata anche in considerazione del fatto che tali fondazioni sono chiamate ad operare in settori materiali affidati alla cura della legislazione regionale, concorrente, o addirittura, esclusiva, secondo la Regione Toscana.

Le argomentazioni svolte dalle Regioni ricorrenti apparivano confortate dalle sentenze nn. 341 e 342/2001 della Corte costituzionale. In queste decisioni si era ritenuto che — nelle more del processo di ristrutturazione bancaria, contemplato dall'art. 25 del decreto legislativo n. 153/1999, all'esito del quale gli enti conferenti aziende bancarie a società per azioni

avrebbero dovuto dismettere la partecipazione rilevante nelle società conferitarie nonché qualsiasi altra partecipazione non più consentita — gli enti conferenti conservavano la qualificazione di ente creditizio proprio in ragione del perdurante vincolo genetico e funzionale tra tali enti e società conferitarie.

Da tale premessa si traeva la conclusione che le disposizioni statutarie, di contenuto analogo a quello dell'art. 117, terzo comma Cost., che attribuiscono alle Regioni ad autonomia speciale competenze in materia di enti creditizi di interesse regionale, tra le quali figura il potere di vigilanza su tali enti, dovessero ritenersi applicabili alle fondazioni di origine bancaria.

La sentenza annotata perviene ad escludere la possibilità di continuare ad includere gli enti conferenti nel sistema del credito e del risparmio, proprio in considerazione del fatto che il quadriennio, decorrente dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 153/1999, previsto dall'art. 25, assegnato dal legislatore agli enti conferenti per la loro ristrutturazione, si è ormai concluso.

Ai fini della loro qualificazione giuridica assume valore dirimente il disposto dell'art. 2, primo comma, del d.lgs. n.153/1999, che configura gli enti in questione quali persone giuridiche di diritto privato, assoggettate, in quanto tali, alla disciplina del codice civile.

Ne consegue che la regolamentazione giuridica delle fondazioni di origine bancaria, inerendo all'ordinamento civile, rientra nella sfera della potestà legislativa esclusiva assegnata allo Stato, *ex art. 117, secondo comma, lettera l) Cost.*

Merita piena e convinta adesione la considerazione della Corte costituzionale secondo la quale è giuridicamente irrilevante al fine di stabilire quale sia la natura giuridica da attribuire oggi alle fondazioni di origine bancaria se, in fatto, si sia completato il processo di ristrutturazione degli enti conferenti disciplinato dall'art. 25 del d.lgs. n.153/1999, la piena operatività dell'effetto innovativo avuto di mira dal legislatore, incidente, tra l'altro, sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni disegnato dal vigente testo dell'art. 117 della Cost., non potendo essere condizionata all'effettivo rispetto delle prescrizioni legislative da parte degli enti conferenti.

Correttamente la Corte ha ricondotto le attività delle fondazioni di origine bancaria dirette al perseguimento degli scopi di utilità sociale statutariamente previsti al principio di sussidiarietà *ex art. 118, quarto comma Cost.*, respingendo qualsiasi suggestione ad inquadrare tali enti in una nozione lata di Pubblica Amministrazione in senso soggettivo od oggettivo.

A tal proposito giova richiamare l'insegnamento di quella dottrina che ha giustamente messo in rilievo come l'autonomia privata, tradizionalmente concepita esclusivamente in correlazione con l'ambito dell'iniziativa economica e con la sfera dei rapporti patrimoniali, per effetto dell'irruzione nell'ordinamento giuridico del principio di sussidiarietà, sia venuta ad assumere priorità anche nei settori, prima riservati all'apparato amministrativo, delle attività «...volte a realizzare i bisogni dei singoli in quanto persona e non in quanto centro autonomo di interessi» (cfr. VARRONE C., *Le fondazioni bancarie alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Riforma costituzionale e nuova disciplina delle fondazioni di origini bancarie*, 101, Maggioli Editore, 2003).

Questa prospettiva consente di salvaguardare l'autonomia di tali soggetti, quali espressioni del pluralismo della società civile, costituzionalmente garantito in quanto «luogo» in cui si svolge la personalità umana (art. 2 Cost.), pur nel riconoscimento della competenza legislativa, se del caso regionale, nei diversi settori dell'attività nei quali queste istituzioni operano, in conformità ai propri statuti.

Avv. Massimo Giannuzzi

Memoria dell'Avvocatura dello Stato (ct. 8167/03, Avv. dello Stato F. Favara).

«La presente memoria integra con alcune argomentazioni l'atto di intervento 31 marzo 2003 per il Presidente del Consiglio; ciò con intento di sollecita collaborazione alla trattazione di complessa controversia.

Altra memoria potrà essere presentata in prossimità dell'udienza.

Preliminarmente si sottolinea il dubbio di inammissibilità delle questioni già sollevate a pag. 3 dell'atto di intervento anzidetto: nella ordinanza di rimessione non si rinviene una effettiva motivazione sul punto della legittimazione delle fondazioni e della A.C.R.I. a ricorrere; nell'ordinanza si legge soltanto “nessun dubbio circa la sussistenza della legittimazione attiva; basta (!) all'uopo osservare che l'elenco dei ricorrenti si apre con la A.C.R.I.....”.

Senonchè, osservato che la legittimazione attiva della A.C.R.I. è estremamente dubbia e comunque – ove fosse ravvisabile – sarebbe un riflesso di quella eventualmente riconosciuta alle fondazioni, per queste (fondazioni) molti e consistenti dubbi il remittente avrebbe dovuto porsi, affrontare e superare *almeno* per ciò che concerne gli “scopi” ad esse assegnati e la “*governance*” di esse; tematiche queste che logicamente precedono e sono nettamente separate da quelle che riguardano l'attività delle fondazioni e l'espletamento dei compiti affidati alle persone fisiche “*pro-tempore*” amministratori. Come già osservato, spetta solo al fondatore, nella specie al legislatore, individuare gli “scopi” e definire la “*governance*”. E non pare che – da un lato – l'assenza di un fondatore privato, erogatore di cespiti e portatore di propri interessi e di una propria legittimazione, e – d'altro lato – le più elastiche regole sulla legittimazione attiva nei giudizi dinanzi ai T.A.R., congiuntamente producano la devoluzione agli amministratori “*pro-tempore*” di interessi (e di una legittimazione) che in fondazioni normali non sarebbero giuridicamente attribuite né alle fondazioni né agli amministratori di esse.

La “premesse” dell'atto di intervento in questo giudizio presentato per le fondazioni ricerca il fondamento (anche) della legittimazione a ricorrere in un “pluralismo sociale e istituzionale” raffigurato come antagonista del legislatore statale e come dato “di natura” preesistente alla legge. Una raffigurazione palesemente artificiosa ed erronea: le fondazioni in questione sono “figlie” delle leggi che le hanno generate e che le disciplinano. Ed è arbitrario assimilarle alle “formazioni sociali” (ad esempio, alle comunità familiari o religiose, ai partiti politici, alle associazioni sindacali); conseguentemente arbitrario è porre tale assimilazione a presupposto per l'ammissibilità di una contrapposizione in giudizio sostanzialmente contro il legislatore. Le fondazioni bancarie *sono soltanto* “*universitates patrimoniali*”, per di più non accumulate da un fondatore e perciò, in passato ed ancora oggi, nella sostanza “*adespoti*”.

Altro equivoco che giova eliminare subito è quello che fa capo alla espressione “società civile”; espressione giornalistica, e però utilizzata nella ordinanza di remissione, con la quale si vorrebbe indicare qualcosa di contrapposto alle comunità politicamente organizzate.

La nostra Costituzione (come qualsiasi altra carta costituzionale) non consente di raffigurare due tipologie di “*societates*”, quelle che sono organizzate e si esprimono sulla base della Costituzione a partire dall'art. 1, comma secondo della stessa, e quella delle persone (in pratica, qualificate dalle attività che esercitano od altrimenti notabili) le quali, per varie motivazioni individuali, preferiscono non aderire esplicitamente a formazioni politiche o sociali, e farsi eventualmente candidare da associazioni minime, non di rado neppure demo-

cratiche al loro interno. Comunque, il riferimento alla “società civile” può valere soltanto ai fini della “provvista” delle singole persone cui affidare compiti di amministrazione o di revisione contabile, *non certo anche come fondamento per così dire costituzionale dell'autonomia delle fondazioni.*

In conclusione, i curatori “*pro-tempore*” di fondazioni bancarie che tanta resistenza hanno opposto e continuano ad opporre a qualsiasi più razionale assetto del settore ed a qualsiasi modifica legislativa o regolamentare non coerente con il loro intento di conservare il controllo di fatto sulle “*universitates*” patrimoniali erette in fondazioni, rappresentano soprattutto se stessi, posto che le fondazioni amministrare per definizione sono inanimati “oggetti soggettivizzati”.

Deve quindi dubitarsi della legittimazione dei soggetti che hanno ricorso al TAR Lazio (un solo amministratore ha avvertito la necessità morale e giuridica di ricorrere in proprio). Della A.C.R.I. si tornerà a trattare in altra memoria.

Quanto sin qui osservato con riguardo alla preliminare di rilevanza delle questioni può in qualche misura valere anche per esaminare la pertinenza di due dei parametri costituzionali evocati dal remittente, e precisamente dell'art. 118, quarto comma e dell'art. 18 Cost.

Salvo errore, per la prima volta è sollecitata l'autorevole interpretazione di codesta Corte sull'art. 118, quarto comma Cost. Senonchè, ad avviso di questa difesa, detto parametro – se correttamente analizzato, e non assunto a slogan enfatico ed approssimativo – non può essere utilizzato per la pronuncia sulle disposizioni legislative in esame.

Anzitutto, esso (quarto comma) *non pone un limite preclusivo ai legislatori* statali e regionali, non vieta cioè a tali legislatori di prevedere interventi amministrativi (o in genere pubblici) ogniqualvolta sia, con acclamamento in fatto, constatata la presenza di una “autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati”; il precetto costituzionale solo indica ai legislatori ordinari un orientamento (“favoriscono”), li autorizza ed incita a favorire, con linguaggio a ridotta coerenza simile a quello rinvenibile nell'art. 31, comma secondo e nell'art. 47, comma secondo Cost.

Inoltre, il quarto comma “*de quo*” considera “l'autonomia iniziativa di cittadini”, ad esempio aderenti ad associazioni di volontariato, “per lo svolgimento di attività di interesse generale”, pone al centro della previsione costituzionale la prestazione di queste “attività di interesse generale”, attività omogenee per tipologia a quelle che potrebbero essere fornite da apparati pubblici, e però idonee a costituire un surrogato di queste e quindi una alternativa ad esse. La “autonomia iniziativa” *ex art. 118, quarto comma* si distingue dunque nettamente e persino si contrappone alla “libera” (in linea di massima) “iniziativa economica privata” di cui all'art. 41 Cost., con impiego di risorse finanziarie proprie e con organizzazione e remunerazione di altri fattori della produzione, per lo svolgimento di attività economiche lucrative di interesse immediato non “generale” (ovviamente senza denegare il contributo di queste ultime attività al benessere della collettività).

Il principio di sussidiarietà, nella sua versione cosiddetta orizzontale, è menzionato alla fine del quarto comma per inquadrare concettualmente e chiarire il precetto costituzionale, e non certo per esprimere una regola di portata indefinita, assorbente, ed idonea a vanificare le precedenti parole del comma stesso. Impropriamente il parere del Consiglio di Stato, Sez. atti normativi, 1° luglio 2002 esibito dalla difesa del Monte dei Paschi di Siena – un parere molto accurato dal punto di vista tecnico, e però molto sensibilizzato, nei paragrafi introduttivi, dalle opinioni degli amministratori in carica delle fondazioni – ha enfatizzato l'art. 118, comma quarto Cost., ad esso attribuendo una eccessiva e non neutrale carica ideologica di stampo anti-pubblico (farebbe “assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi”), ed ha preconstituito i dubbi riproposti dal remittente. In particolare, la anzidetta carica ideologica è trasfusa nella ordinanza di rimessione laddove essa recita “invertire il rapporto sancito, dalla recente riforma dell'art. 118, comma quarto”.

In conclusione, il parametro in esame *non ha introdotto un ulteriore ordine di autonomie*, esso pure costituzionalmente garantito in aggiunta alle autonomie governate dalla sovranità popolare ed alle autonomie dei privati (per ovvie esigenze di concisione sono state lasciate da parte altre autonomie per così dire non direttamente riferibili al mondo dell'economia, quale ad esempio l'autonomia della attività culturale, scientifica e artistica); il

parametro in esame non ha costituzionalizzato uno spontaneismo potenzialmente confligente con il “pubblici poteri” democraticamente formati, e che – quando sorretto da cospicue risorse finanziarie – potrebbe persino degenerare in eversivo.

Appare a questo punto palese che gli amministratori di fondazioni bancarie non sono riconducibili alla figura dei “cittadini singoli o associati”; che “*a fortiori*” a tale figura non sono riconducibili neppure le persone giuridiche fondazioni, le quali, oltretutto, non sono “cittadini”; e che comunque la legislazione incontestabilmente “favorisce”, e molto, sul piano tributario l’iniziativa (anche quella non-benefica, tutt’altro che marginale) delle fondazioni bancarie. Del resto, le disposizioni “*sub iudice*” sono state criticate dal remittente non perché non “favoriscono” le iniziative ma perché “stravolgerebbero” (*sic*, con drammatizzazione eccessiva) la nozione di autonomia privata.

Neppure l’art. 18, comma primo Cost. è pertinente rispetto alle questioni in esame. Il “diritto” – non soltanto la libertà – dei “cittadini” (e degli stranieri) di “associarsi” è palesemente estraneo alla materia controversa: non si discute di cittadini che intendano associarsi o gestire una associazione da loro costituita. La garanzia costituzionale offerta dall’art. 18 non pare estendersi fino a raffigurare un diritto a costituire fondazioni od altre persone giuridiche; tuttavia, su questo argomento non occorre soffermarsi, posto che le odierne fondazioni bancarie sono state costituite dalla legge e non “cittadini-fondatori”.

A questo punto occorre iniziare a considerare le fondazioni denominate “di origine associativa”, con riguardo alla remota vicenda costitutiva dell’ente pubblico cassa di risparmio (vicenda per solito risalente a circa due secoli fa). Come noto, prima degli “scorpori” inizio anni Novanta una parte delle casse era governata da assemblea di associati; peraltro, la qualità di associato era personale ed intrasmissibile, era non “*res*” commerciabile ma “*munus publicum*”. Sicchè, la distinzione tra casse di risparmio di origine storica associativa ed altre casse di risparmio riguardava soltanto un aspetto dell’organizzazione del singolo ente pubblico, e non determinava diversità ontologica.

Attualmente la struttura organizzativa delle fondazioni associative, disciplinata negli statuti, si caratterizza solo per la presenza dell’assemblea dei soci, senza altre differenze sostanziali rispetto alle c.d. fondazioni istituzionali. Infatti dalla stessa dottrina è ritenuta impropria la ripartizione tra fondazioni istituzionali e associative in quanto in entrambi i casi prevale l’elemento istituzionale: la presenza di un fondo di dotazione a composizione non associativa; e la stessa assemblea quando esiste è composta da soci cooptati che non rappresentano il capitale.

La presenza “*ab antiquo*” di una assemblea di associati è stata tenuta in ogni considerazione dalle norme legislative e regolamentari degli anni tra il 1990 ed il 2002. Da ultimo, l’art. 4, comma 1 lettera *d*) del d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, lettera non modificata nel 2001- ad opera dell’art. 11, comma 5 – (salva l’eliminazione di un inciso concernente la cooperazione) e confermata dall’art. 3, comma 6 del regolamento 2 agosto 2002, n. 217, reca norma non sottoposta a sindacato di legittimità costituzionale e perciò estranea alla materia controversa, in questo giudizio, come espressamente riconosciuto nella ordinanza di rimessione.

Sull’argomento qui sommariamente accennato si tornerà in altra memoria.

Premesso che neppure per le fondazioni “di origine associativa” appare congruo invocare l’art. 18 Cost., “*a fortiori*” il parametro non è utilizzabile per altre fondazioni, generate per trasformazione di Casse di risparmio di origine istituzionale.

Non condivisibile è il brano del citato parere 1° luglio 2002 nel quale è espresso, non è chiaro con quale investitura, (posto che la Sezione consultiva non è giudice delle leggi), l’auspicio per “una lettura evolutiva dell’art. 18 Cost.” attraverso la saldatura di detto parametro con l’art. 118, comma quarto Cost. “per l’affermazione dei valori collettivi” dei quali formazioni sociali organizzate si farebbero portatrici. Questo brano reca in sé una sorta di “manifesto” del fai-da-te spontaneistico, privo di garanzie di democraticità, e che può essere reso concretamente efficace dalla disponibilità di cospicue risorse.

La non riconducibilità delle fondazioni bancarie in un unico indistinto aggregato con linguaggio giornalistico denominato “terzo settore” è esplicitamente esclusa dall’art. 10 comma 10 del d. lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, comma che recita “non si considerano in ogni caso ONLUS ...gli enti conferenti (si noti, si parla di enti, e non di fondazioni) di cui alla legge 30 luglio 1990, n. 218”. L’origine e l’evoluzione storica degli enti pubblici conferenti

ora tramutati in fondazioni, la ingente consistenza dei loro patrimoni, il diverso e peculiare regime della vigilanza, e soprattutto la radicalmente diversa disciplina della “destinazione del reddito” (cfr. art. 8, lettera C, D ed E del d. lgs. 17 maggio 1999, n. 153) ne fanno soggetti del tutto distinti e differenti dalle ONLUS, ancorché anche per queste ultime il legislatore usi l’espressione “settori” di attività, e ne preveda una elencazione. È appena il caso di aggiungere che il mondo delle ONLUS sta conoscendo problematiche tutt’altro che risolte. Accostamenti tra fondazione bancarie ed ONLUS creerebbero incertezze delle quali proprio non si avverte l’utilità.

Il remittente ha menzionato anche altri parametri costituzionali. A pag. 7 dell’atto di intervento si è già rilevata l’estraneità dell’art. 41, Cost. alla materia qui controversa.

Le fondazioni bancarie sono esplicitamente qualificate “enti non commerciali”, per di più – una volta a regime – “enti il cui fine è equiparato per legge ai fini di beneficenza” (art. 9, comma 4 e art. 12, commi 1 e 2 del d. lgs. 17 maggio 1999, n. 153), e “persone giuridiche private senza fine di lucro”, sottoposte a *regime giuridico “speciale”*, per il che le norme civilistiche sono esplicitamente dichiarate applicabili “solo in via residuale” e sussidiaria “ed in quanto compatibili” (art. 2, comma 1 e art. 29 del predetto d. lgs., e periodo aggiunto dalla legge 15 giugno 2002, n. 112 all’art. 5, comma 1 del d.l. 15 aprile 2002, n. 63). Le fondazioni bancarie dunque non sono imprese, non desiderano farsi qualificare come tali (anche per beneficiare di agevolazioni fiscali), e quindi non svolgono, non possono svolgere e neppure ambiscono svolgere “iniziativa economica privata”.

Il remittente asserisce che l’art. 41 Cost. “tutela l’autonomia privata”. L’asserzione è inesatta: l’art. 41 Cost. non ha riguardo a qualsivoglia contratto (art. 1322 cod. civ.) od atto o comunque manifestazione (persino non commerciale) dell’autonomia privata. Come univocamente emerge anche dai suoi Commi secondo e terzo e della sua collocazione sul titolo III della parte prima della Costituzione, esso garantisce non qualsivoglia attività dei privati, ma specificatamente la “iniziativa economica” ossia l’organizzazione dei fattori della produzione e le attività rivolte a risultati di lucro, in breve l’imprenditorialità.

Con riguardo *soltanto* ai primi quattro commi ed al comma 14 dell’art. 11 in esame, il remittente menziona l’art. 117 Cost; i commi terzo e quarto e sesto di esso sono evocati pure in tre ricorsi “diretti” proposti da Regioni del Centro Italia avverso (anche) l’art. 11 in esame. Il remittente osserva che “alcuni dei settori indicati nell’art. 11, comma 1 rientrano nell’ambito delle materie che la norma costituzionale assegna alla potestà legislativa concorrenteo, addirittura, a quella esclusiva delle regioni”. Significativamente, nell’atto di intervento per l’A.C.R.I. e le ottanta fondazioni *l’art. 117 Cost. è dimenticato*: deve desumersi che, per ovvie ragioni, le fondazioni non desiderano che competenza legislativa sia riconosciuta ai legislatori regionali, e che – su questo punto – la linea delle fondazioni si discosta dalla opinione del remittente.

In effetti, l’art. 117 Cost. è stato erroneamente menzionato. Le disposizioni dell’art. 11 in esame concernono il regime delle fondazioni intese come “soggetti”, e *non la disciplina dei “settori”* nei quali esse possono operare.

Ovviamente, nel porre in essere i loro interventi, le fondazioni dovranno in futuro tener conto di leggi prodotte dalle Regioni nelle materie di loro competenza (o, se si preferisce, non riservate allo Stato); da questa circostanza però non può desumersi che i legislatori regionali siano competenti ad imporre a tali soggetti comportamenti o scelte per quanto attiene sia alla dislocazione dei loro investimenti sia alla destinazione delle loro erogazioni “altruiste” sia al rapporto tra accantonamenti ed erogazioni.

Nella passata legislatura, il Parlamento nazionale, con disegno istituzionale coerentemente mirante a realizzare equilibri “bilanciati”, da un lato ha conferito alle Regioni più ampie competenze legislative, e d’altro lato ha accresciuto il novero e la consistenza delle autonomie di diritto pubblico (si pensi alle istituzioni scolastiche ed anche agli enti locali) ed ha attuato il passaggio di soggetti già pubblici (quali gli enti conferenti) nell’area disciplinata dal diritto privato, seppur con previsione di un regime “speciale”. Le marginali correzioni apportate nella legislatura in corso alla normativa sulle fondazioni non hanno ribaltato “in parte qua” quel disegno istituzionale, tracciato prima della riforma del Titolo quinto della Costituzione ed in vista di essa. Queste marginali correzioni rimangono nella scia della riforma del 1998 – 1999, che ha collocato le fondazioni bancarie nell’ambito dell’“ordinamento civile” (art. 117, comma secondo lettera L Cost.) sia pure con peculiari connotati

“speciali”. Con formula forse un pò brutale, potrebbe dirsi che gli enti conferenti sono stati trasformati in fondazione avendo presente anche il dibattito all'epoca in corso sul riparto delle competenze legislative. Sembra superfluo aggiungere che una legislazione esclusiva dello Stato potrebbe essere ravvisata anche con riguardo all'art. 117, comma secondo lettera E, considerato che le “universitates” patrimoniali delle fondazioni sono “risparmio” (non privato) accumulato.

Non pare che il remittente abbia evocato l'art. 117 Cost. anche per porre la questione – pur ipotizzabile – di legittimità costituzionale dell'inciso “diversi dallo Stato” contenuto nella novellata lettera C dell'art. 4, comma 1 del d.lgs. n. 153 del 1999.

Poche parole sono sufficienti ad escludere che la materia di legislazione concorrente “casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale” (art. 117, comma terzo Cost.) possa assumere rilevanza per quanto qui interessa. Le fondazioni bancarie sono entità ormai nettamente separate e distinte dalle s.p.a. casse di risparmio conferitarie, e che ulteriormente da queste si distaccheranno nel prossimo futuro. Inoltre, la specificazione “a carattere regionale” nella previsione della anzidetta materia univocamente indica che per le aziende di credito a carattere nazionale od interregionale è rimasta una competenza legislativa esclusiva dello Stato. Come notorio, dopo le aggregazioni e fusioni avvenute nel sistema bancario durante gli ultimi dieci anni la maggior parte delle aziende di credito ha assunto carattere e dimensioni operative superiori all'ambito territoriale di una Regione; e di riflesso molte delle fondazioni bancarie sono divenute socie, sovente importanti, delle neo – formatesi aziende di credito a carattere nazionale (talvolta più fondazioni sono divenute socie della stessa banca). Ciò ha prodotto in alcuni casi un aumento della “influenza” (art. 2359 cod. civ.) delle fondazioni – socie sul sistema bancario nazionale; un risultato non desiderato dal legislatore del 1998 – 1999, e che anche l'art. 11, comma 7 e 10 in esame mira a contrastare.

In relazione alla questione di legittimità costituzionale dei commi 4 (ultimo periodo) e 7 dell'art. 11 in esame è menzionato anche l'art. 22 Cost., palesemente non pertinente alla materia qui controversa.

Questo parametro è evocato, congiuntamente al solo introduttivo art. 2, Cost., al punto 7 della ordinanza di rimessione adducendosi che il predetto comma 7 comporterebbe una “eccessiva compressione della capacità delle persone”, ed al successivo punto 8 ove pure si accenna a “limitazioni della capacità delle persone”. Il remittente non considera che il testo costituzionale è incentrato sulle parole “*per motivi politici*”, e quindi omette del tutto di addurre argomenti e/o elementi di fatto a sostegno dell'essere le disposizioni criticate state poste per gli anzidetti motivi e con l'intento persecutorio. Come evidente, dei due commi dianzi menzionati, l'uno – il comma 4 ultimo periodo – attiene alla individuazione dei “soggetti (non si tratta di persone fisiche) cui è attribuito il potere di designare”, e l'altro il comma 7 – prevede alcune incompatibilità per “i soggetti (persone fisiche) che svolgono funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione o controllo”. Nessuno dei due commi concerne la capacità delle persone; entrambi mirano a prevenire i più vistosi conflitti di interesse, e comunque certamente non sono stati prodotti “per motivi politici”. Né può seriamente sostenersi che al legislatore ordinario sia dall'art. 22 Cost. inibito di modellare poteri ed incompatibilità secondo discrezionali sue valutazioni.

In conclusione, unico parametro costituzionale forse invocabile, per quanto concretamente utilizzabile, in questo giudizio costituzionale rimane il generale principio di eguaglianza, che peraltro “nel merito” non appare violato da alcune delle disposizioni in esame. L'intero impianto dell'ordinanza si rivela artificioso e privo di qualsivoglia fondamento; il remittente ha solo “girato” a codesta Corte dubbi inconsistenti, e però istillati (con qualche esorbitare dall'attività consultiva) nel citato parere 1° luglio 2002.

Occorre sottolineare che nessuna questione di legittimità costituzionale è stata prospettata per il citato periodo aggiunto dalla legge di conversione all'art. 5, comma 1 del d.l. 15 aprile 2002, n. 63. Il remittente ha in proposito scritto che tale periodo “non ha alcun effetto novativo della disciplina in vigore” (affermazione parzialmente condivisibile), e però ha omesso di evidenziare le parole più significative di quella disposizione, e cioè “le norme del codice civile si applicano alle fondazioni bancarie solo in via residuale ed in quanto compatibile. Questo periodo ed il “criterio” fondamentale testè riportato sono dunque fuori discussione e del resto erano già nell'art. 29 del d. lgs. n. 153 del 1999; ciò non è affatto irrilevante in questa sede, ove seppur *infondatamente* si ipotizza la demolizione di alcune indivi-

duate disposizioni legislative. Ad esempio, una pronuncia demolitoria dell'art. 11, comma 10 sarebbe preliminarmente impedita dal "criterio" enunciato dal citato art. 5. Quanto disposto da tale articolo non può essere in questa sede "disapplicato" (fermo restando il potere di codesta Corte di sollevare ulteriore questione dinanzi a se stessa).....

In realtà, il periodo qui considerato ha integrato e modificato quell'art. 2, comma 1 del d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 che il remittente (sottovalutando il successivo citato art. 29) ha di fatto (ed erroneamente) elevato a parametro costituzionale, facendo leva su esso per evocare l'art. 3 Cost.

In effetti, se l'art. 2, comma 1 citato è letto congiuntamente all'art. 5, comma 1 pure citato, viene meno la possibilità di invocare l'art. 3 Cost. "*sub specie* dell'irrazionalità legislativa" (così recita la ordinanza di remissione), viene meno la possibilità di attribuire all'art. 2, comma 1 "rango di norma di principio", e l'opinione relativa allo "stravolgimento" espressa dal remittente rimane solo una opinione (perverto non solo erronea, ma preclusa a quel giudice perché, nella sostanza, valutazione politica).

Ad integrazione di quanto scritto nell'ultimo periodo (a pag. 10) dell'atto di intervento per il Presidente del Consiglio, si segnalano a titolo esemplificativo, gli artt. 109 e 122 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. L'art. 122 recita "patti in qualunque forma stipulati", e l'art. 109 recita "aderenti ad un patto, anche nullo, previsto dall'art. 122".

L'art. 11 in esame, ai commi 1, 2 e 3, ha integrato l'art. 1 (inserendo la lettera *C bis*, e modificando la lettera *D*) ed ha sostituito l'art. 2, comma 2 del d.lgs 17 maggio 1999, n. 153. In ordine al secondo periodo della citata lettera *C bis* ("i settori indicati possono essere modificati..") si rileva, in via preliminare, che la questione a tale periodo relativa è palesemente non rilevante ai fini del decidere "*a quo*". Il regolamento 2 agosto 2002 oggetto di quel giudizio, all'art. 1, recita: "Le definizioni utilizzate nel presente regolamento corrispondono a quelle dell'art. 1 "del citato d. lgs.; dunque i settori ammessi elencati nella lettera *C bis non sono stati modificati dal regolamento*. Per il momento non occorre soffermarsi sull'art. 37 *bis*, comma 2, periodo secondo, della legge Merloni 11 febbraio 1994, n. 109, come modificata da ultimo dalla legge 1° agosto 2002, n. 166, la quale ha "*ope legis*" integrato l'anzidetta lettera *C bis*.

Quanto testè osservato rende evidente che il TAR Lazio avrebbe dovuto semplicemente dichiarare inammissibile "*in parte qua*" il terzo motivo del ricorso propostogli, quanto meno per assenza di interesse attuale a ricorrere. La legittimità costituzionale dell'ultimo periodo della lettera *C bis* potrà essere sottoposta a scrutinio di codesta Corte solo se e quando di quel periodo sarà fatta applicazione.

Solo per dovere di completezza si osserva che la questione relativa a detto ultimo periodo è, oltre che inammissibile per le molteplici ragioni esposte, anche infondata. Premesso che una vera e propria "riserva di legge" non è prevista, per la materia di che trattasi, dalla Costituzione, il remittente ha ritenuto che, trattandosi di "una forma di delegificazione", avrebbe dovuto prevedersi un regolamento governativo *ex art.* 17, commi 1 e 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400, anziché un regolamento ministeriale *ex art.* 17, comma 3 stessa legge, ed inoltre che insufficiente sarebbe l'indicazione delle "norme generali" da osservarsi in sede di produzione del regolamento "*de quo*". Quest'ultima critica appare inconsistente, posto che i criteri generali sono agevolmente desumibili dagli artt. 1 e 2 (come integrati e modificati) del d. lgs. n. 153 del 1999. L'altra critica ha invece qualche consistenza (non però perché si abbia un caso di delegificazione); essa tuttavia non considera che l'art. 17 della legge n. 400 del 1988 *non* è dotato di forza superiore alla disposizione legislativa qui in esame comunque non può essere evocato come parametro costituzionale. Né l'art. 70 Cost. può essere invocato per indirettamente costruire una sorta di "riserva relativa di legge" non prevista, come si è detto); in Costituzione, o per pervenire alla eliminazione dell'inciso "comma 3" dal periodo di che trattasi.

La lettera *C bis*, come integrata dalla legge 1° agosto 2002, n. 166, reca una elencazione di venti "settori ammessi" raggruppati in categorie (in tal senso l'interpretazione datane dal menzionato parere 1° luglio 2002, implicitamente condivisa dall'art. 2 del regolamento). Il remittente muove critica soprattutto per l'inclusione di quattro settori - "prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica", "sicurezza alimentare e agricoltura di qualità", "edilizia popolare locale", e "realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità" (va specificato la fondazione partecipando come soggetto finanziatore associato o consorziato nella promo-

zione di iniziativa in regime di “*project financing*”) – a suo dire “avulsi dalla tradizione operativa delle fondazioni bancarie” (*rectius*, degli enti pubblici conferenti, ch  le neonate fondazioni non hanno tradizione), ed invece ricompresi “nell’ambito dei compiti appartenenti ai pubblici poteri”. Premesso che ovviamente nessuno pensa che le fondazioni possano (men che mai debbano) sostituire la polizia, l’ispettorato frodi, ed altri similari apparati, non si vede quale mai parametro costituzionale osti a che, ad esempio, le fondazioni si rendano per filantropia acquirenti o committenti di alloggi da locare a canone contenuto a famiglie non abbienti, o si impegnino a sostegno del volontariato in progetti a favore di minori devianti o di ex detenuti per prevenirne la caduta o la ricaduta nel crimine; attivit , queste e similari, neppure estranee a quanto in passato praticato dagli enti Casse di risparmio. Ed il remittente non si   avveduto della contraddizione .. a l’enfasi .. lui posta al principio di sussidiariet  la riserva, pure da lui posta dei compiti rappresentanti ai pubblici poteri”.

Comunque, ogni discussione sulla elencazione dei “settori ammessi” appare ininfluyente, posto che   lasciato a ciascuna fondazione il potere di scegliere a quali settori dedicarsi; se repeter  di non farsi coinvolgere ad esempio nella edilizia popolare locale od in iniziative in “*project financing*”, ciascuna fondazione potr  semplicemente non includere tali settori tra i “rilevanti” e tra quelli nei quali intervenire in via non prevalente, e scegliere altri settori “rilevanti” o di intervento. Semmai, alle disposizioni in esame potrebbe essere mossa una critica (non giuridico-costituzionale) di dubbia utilit  ed effettivit  rispetto alle finalit  perseguite dal legislatore; l’accento alla “preferenza ai settori di maggiore rilevanza sociale”   vago e poco incisivo. Un correttivo, esso pure flebile,   stato introdotto dall’art. 2, comma 4 periodo secondo del regolamento 2 agosto 2002; periodo che parrebbe limitativo dei compiti elencati nell’art. 10, comma 3 del d.lgs. n. 153 del 1999, considerato che la segnalazione e il richiamo dell’attenzione ivi previsti possono rimanere “lettera morta”.

Anche il limite numerico – “non superiore a tre” (quindi anche uno solo, come nel previgente art. 1, lettera D) – dei settori rilevanti, limite fissato prima dell’interpretazione data dal Consiglio di Stato dalla lettera C bis, in assenza di un obbligo di individuare i settori rilevanti in tre categorie diverse, pu  rivelarsi di dubbia incisivit  rispetto alle anzidette finalit . Ad esempio, sarebbe ben difficile raffigurare come “ente strumentale” (cosi  si legge nell’ordinanza di rimessione) di amministrazioni pubbliche territoriali una fondazione la quale scegliesse come “rilevanti” il primo ed il quinto dei settori della categoria 1.

Le considerazioni che precedono, e le molte altre che potrebbero essere esposte, rendono evidente che le critiche mosse dal remittente in realt  attengono alla opportunit  politica, e non sono neppur qualificabili come ammissibili dubbi circa la legittimit  costituzionale dei commi 1, 2 e 3 dell’art. 11 in esame; e comunque che nessuna seria “compressione” dell’autonomia delle fondazioni deriva dalla griglia dei settori ammessi e dei settori rilevanti. Del resto, lo stesso (poco minimalista) remittente in ordine all’obbligo di operare esclusivamente nei settori ammessi non riesce ad indicare un settore per cosi  dire dimenticato, ed   costretto a scrivere che la questione va impostata “in astratto”; ed in ordine all’obbligo di individuare “il o i settori rilevanti” osserva soltanto che la fondazione sarebbe costretta ad operare nell’ambito dei settori ammessi e “nel solco tracciato in via eteronoma”, (ossia dal Parlamento), senza addurre ulteriore specifici argomenti.

E non pare possa addirittura indicarsi come incostituzionale “l’intenzione del legislatore del 2001” di coordinare “in una prospettiva unitaria le potenzialit  espresse” dalle fondazioni bancarie. Una siffatta intenzione, qualora ravvisabile e qualora effettivamente realizzabile mediante i timidi strumenti normativi predisposti, sarebbe persino costituzionalmente doverosa ai sensi di pi  parametri costituzionale, a cominciare dal sovente trascurato art. 3, comma secondo Cost.

Il remittente critica l’art. 11, comma 4 in esame (*alias* la novellata lettera C dell’art. 4, comma 1 del d. lgs. n. 153 del 1999, travasato nell’art. 3, comma 1 e nell’art. 5, comma 2 del regolamento 2 agosto 2002, n. 217, perch  mentre per i designati dagli enti territoriali usa la parola “qualificata”, per le personalit  altrimenti designate richiede “professionalit , competenza ed esperienza”. In sostanza, il remittente ipotizza che persone di fatto poco “qualificate”, e perci  non sufficientemente idonee, siano designate solo per “appartenenza” a partiti o sindacati. Questa critica suppone che le norme anzidette siano destinate a rimanere inosservate (il che   indimostrato), e non considera che il personale “*latu sensu*” politico

subisce una dura selezione e sviluppa qualità e sensibilità di grande utilità anche per le fondazioni. Comunque, la critica testè riferita, oltre che inammissibile concretandosi essa in opinabili apprezzamenti di opportunità, non è idonea né a condurre a demolizione della disposizione né ad una pronuncia additiva (ad esempio, per aggiunta dell'avverbio "professionalmente" prima della parola "qualificata"). La disposizione "*de qua*" è suscettibile di molteplici interpretazioni, ed anche di essere letta in coerenza con il principio di eguaglianza: con pronuncia interpretativa di infondatezza, potrebbe essere chiarito che i requisiti di "professionalità, competenza ed esperienza devono essere egualmente presenti per tutti i designati, cioè anche per quelli espressi dalle autonomie territoriali; il che del resto è già desumibile dall'art. 4 del regolamento citato.

Inammissibili ed inconsistenti appaiono i dubbi del remittente in ordine al secondo periodo della lettera C in esame, ed al "salvo quanto previsto al periodo precedente" che ne costituisce lo "*incipit*".

In seguito al menzionato parere del Consiglio di Stato, questo secondo periodo è stato trasfuso nell'art. 5, comma 2 del regolamento anzidetto, dopo essere stato puntualizzato nel secondo periodo di detto comma 2.

La disposizione concerne non i componenti degli organi delle fondazioni ma "i soggetti ai quali è attribuito il potere di designare" taluno di detti componenti; quindi contro di essa (disposizione) qualche doglianza avrebbe potuto emergere in futuro, nel contesto di altra controversia, per iniziativa non delle fondazioni (o loro amministratori) ma di un diverso "soggetto" cui fosse stato denegato il predetto "potere di designare". Il che avrebbe dovuto, in via preliminare, indicare al remittente la carenza "*in parte qua*" di interesse a ricorrere in capo alle fondazioni ricorrenti e conseguentemente la preliminar non – rilevanza della questione qui prospettata.

Sul merito di essa si osserva che il remittente ha ravvisato due diversi dubbi di legittimità costituzionale: per disuguaglianza (art. 3 Cost.) a suo dire "ingiustificata" tra "soggetti" ammessi a designare, e per "irrazionalità intrinseca della precisione legislativa" stante – se ben si è compreso – la insussistenza di un vincolo di mandato. Il primo di tali dubbi è palesemente inconsistente: gli enti territoriali sono "*ope legis*" qualificati a designare, mentre è semplicemente impensabile una pari qualificazione per altri "soggetti" la cui individuazione è rimessa allo statuto di ciascuna fondazione; inoltre gli enti territoriali sono soggetti democraticamente governati e "portatori di interessi" non settoriali e che non possono dirsi particolari se non per la dimensione dell'elemento "territorio". Peraltro, proprio il territorio connota anche la comunità dalla quale la cassa di risparmio ha, nel corso dei decenni, tratto linfa, e che è quindi alla base dell'accumulazione patrimoniale. Quindi l'art. 3 Cost. sarebbe stato violato se situazioni differenti avessero ricevuto disciplina non differenziata.

Il secondo dubbio, che invece concerne le persone componenti gli organi delle fondazioni, può essere agevolmente fufato in via interpretativa: è evidente che tutti i componenti, quale che sia stato il soggetto designante, sono egualmente esenti da vincoli di mandato ed egualmente devono perseguire imparzialmente gli "scopi" della fondazione, e non curare "interessi" alieni.

Il "salvo quanto previsto al periodo precedente" riguarda solo i soggetti designati, non le persone chiamate a far parte degli organi della fondazione. Ciò precisato, la disposizione sottoposta a scrutinio, lungi dal tracciare una linea di "netta distinzione di natura delle due componenti in seno all'organo di indirizzo", come erroneamente scritto dal remittente, risulta opportuna perché concorre a prevenire deviazioni dagli "scopi" (potrebbe dirsi eccessi di potere) e conflitti di interesse. A ben vedere, anzi, anche questo secondo dubbio risulta inammissibile: il remittente nell'esprimere una sua (in realtà erronea) opinione circa una vaga (e non correlata a parametro costituzionale) "irrazionalità intrinseca" della disposizione ed una sua (pervero immotivata) preferenza per le regole poste dall'art. 2391 cod. civ. – queste notoriamente tra le regole maggiormente criticate del diritto societario, per la loro scarsa incisività e per la conseguente loro scarsissima effettività -, chiede a codesta Corte di rendere una pronuncia estranea al sindacato di legittimità costituzionale. Il remittente erra vistosamente quando suppone che il legislatore ordinario non possa graduare i rimedi contro i conflitti di interessi secondo sue valutazioni discrezionali, di volta in volta adeguati al settore cui la normativa è indirizzata (in argomento, anche quanto già scritto, con riguardo all'art. 11, comma 7 in esame, a pag. 7 dell'atto di intervento).

A giustificazione del dubbio di legittimità costituzionale dell'ultimo periodo dell'art. 11 comma 14, il remittente non adduce considerazioni autonome ed ulteriori rispetto a quelle esposte riguardo – parrebbe – ai commi 4 e 7 dello stesso articolo, ed ipotizza una pronuncia “quale diretta conseguenza” di una declaratoria di fondatezza di altre questioni. Senonché il citato ultimo periodo parrebbe recare due disposizioni *non “conseguenziali”*: con la prima è prevista la “ricostituzione degli organi” in seguito allo “adeguamento dei propri statuti”; con la seconda è prevista una limitazione temporanea “all’ordinaria amministrazione” (salvo deroghe autorizzate) dell’attività delle fondazioni. Quindi, a rigore, la questione relativa all’ultimo periodo “*de quo*” sarebbe inammissibile di ipotizzata incostituzionalità. Né le fondazioni appaiono legittimate a dolersi del “*vulnus* che – a detta del remittente – deriva ai soggetti (persone fisiche) attualmente componenti”.

Comunque, l’applicazione del periodo in esame è stata sospesa; si fa riserva di tornare sull’argomento.

f.to Avv. Franco Favara».

Corte Costituzionale, sentenza 29 settembre 2003, n. 300 – Presidente R. Chieppa – Redattore G. Zagrebelsky.

«(omissis) nei giudizi di legittimità costituzionale degli articoli 11; 17, comma 2; 19, commi 1 e 14; 22, commi 3 e 4; 24, commi 2, 3, 4, 9 e 13; 25, commi 1, 5 e 10; 27, comma 13; 28, commi 1, 5, 6, 8 e 11; 29; 30; 33; 35; 41; 52, commi 10, 14, 17, 20, 39 e 83; 54; 55; 59; 60, comma 1, lettera d); 64; 66; 67; 70 e 71 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 [Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)], promossi con ricorsi delle Regioni Marche, Toscana, Emilia-Romagna e Umbria, notificati il 22 (primo e secondo ricorso), il 27 e il 26 febbraio 2002, depositati in cancelleria il 28 febbraio, il 1° e l’8 marzo (terzo e quarto ricorso) 2002 e iscritti ai nn. 10, 12, 23 e 24 del registro ricorsi 2002 (omissis).

Considerato in diritto 1. – Le regioni Marche, Toscana, Emilia-Romagna e Umbria, nell’impugnare numerose disposizioni della legge 28 dicembre 2001, n. 448 [Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)], contestano tra l’altro l’art. 11 di tale legge (Modifiche al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, in materia di fondazioni). Per ragioni di omogeneità di materia, la trattazione della questione di costituzionalità indicata viene separata da quella delle altre, sollevate con i medesimi ricorsi, oggetto di distinte decisioni.

2. – l’articolo di legge in questione incide su numerosi aspetti della disciplina delle fondazioni di origine bancaria, in particolare in tema di: campi materiali di intervento (i settori «ammessi» e «rilevanti»); regole di composizione dell’organo di indirizzo; cause di incompatibilità; modalità di gestione e destinazione del patrimonio; definizione della nozione di «controllo» di una società bancaria da parte di una fondazione; «periodo transitorio», in relazione alle prescritte dismissioni delle partecipazioni di controllo in società bancarie; poteri di vigilanza; adeguamento degli statuti alle nuove disposizioni legislative e ricostituzione degli organi delle fondazioni conseguenti alle modifiche statutarie.

Con argomenti sostanzialmente analoghi, tutte le Regioni ricorrenti sostengono che le disposizioni della legge statale impugnata intervengono con norme di dettaglio in una materia – quella delle «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale» – che l’art. 117, terzo comma, della Costituzione assegna alla legislazione concorrente regionale. La competenza legislativa regionale in materia di fondazioni di origine bancaria, ad avviso delle ricorrenti, discenderebbe altresì dalla circostanza che tali fondazioni sono chiamate dalla legge a operare in settori materiali affidati costituzionalmente alla cura della legislazione regionale (concorrente, o, per la sola Regione Toscana, esclusiva, secondo l’art. 117, quarto comma, della Costituzione).

Una particolare censura è poi rivolta ai commi 1 e 14 del denunciato art. 11, i quali riconoscono all’Autorità di vigilanza – attualmente il Ministro dell’economia e delle finanze –

una potestà regolamentare che, operando, in ipotesi, in materia di legislazione regionale, violerebbe la riserva di potestà regolamentare disposta dall'art. 117, sesto comma, della Costituzione a favore delle Regioni in tutte le materie non di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

3. – Data la loro sostanziale identità, i quattro ricorsi, per la parte attinente all'art. 11 della legge n. 448 del 2001, possono riunirsi per essere trattati congiuntamente e decisi con unica sentenza.

4. – I ricorsi in esame non sono fondati.

5. – Tutte le censure si basano sul presupposto che le fondazioni di origine bancaria siano tuttora soggetti caratterizzati dall'appartenenza all'organizzazione del credito e del risparmio. Tale presupposto non è oggi più sostenibile, tenuto conto degli sviluppi della legislazione in materia a partire dal 1990.

La legge 30 luglio 1990, n. 218 (Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico), e il successivo decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356 (Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio), hanno dato avvio a una profonda trasformazione e riorganizzazione del settore bancario, anche attraverso la trasformazione delle banche pubbliche in società per azioni. Nelle sue linee generali, il procedimento giuridico previsto si è basato (a) sul cosiddetto «scorporo» della azienda bancaria dagli originari enti creditizi; (b) sulla scissione di questi ultimi in due soggetti: gli «enti conferenti» e le «società per azioni conferitarie» e (c) sul «conferimento» dell'azienda bancaria alla società per azioni conferitaria da parte dell'ente conferente. A quest'ultimo, una volta operato il conferimento, era affidata (1) la gestione del pacchetto azionario, da esso detenuto nella società conferitaria, oltre (2) all'azione – tradizionale per le Casse di risparmio – nel campo della promozione dello sviluppo sociale, culturale ed economico.

Questa procedura, che ha attivato una fase di trasformazione degli enti pubblici creditizi condotta essenzialmente dall'interno di essi, senza intromissioni nel capitale prima degli enti bancari e poi delle società bancarie, ha comportato, in un primo momento, uno stretto legame sostanziale tra «soggetti conferenti» e «soggetti conferitari», pur distinti giuridicamente. Sebbene gli enti conferenti dovessero soprattutto per la caratterizzazione ricevuta con l'art. 12 del decreto legislativo n. 356 del 1990 concentrare le proprie risorse nel perseguimento dei fini di interesse pubblico e utilità sociale stabiliti nei loro statuti, e non potessero esercitare direttamente l'impresa bancaria, essi erano principalmente i titolari del capitale della società per azioni conferitaria, potendo mantenere la partecipazione di controllo, in vista peraltro delle operazioni di ristrutturazione del capitale e di dismissione di partecipazioni, attraverso le procedure degli articoli 1-7 del decreto legislativo. Era prevista, sia pure transitoriamente, una «continuità operativa» tra i due soggetti [art. 12, comma 1, lettera c)], assicurata dalla previsione nello statuto dell'ente conferente della nomina di membri del suo comitato di gestione (o equivalente) nel consiglio di amministrazione della società conferitaria e di componenti l'organo di controllo nel collegio sindacale della società stessa. Agli enti conferenti, aventi capacità di diritto pubblico e di diritto privato, si continuavano ad applicare le disposizioni di legge relative alle procedure di nomina degli organi amministrativi e di controllo (in particolare, la nomina governativa del presidente e del vicepresidente). Su tali enti veniva mantenuta la preesistente vigilanza del Ministro del tesoro, prevista per gli enti pubblici creditizi. Al Ministro, inoltre, dovevano essere sottoposte, per l'approvazione, le modifiche degli statuti. Riassuntivamente e coerentemente, il Titolo III del decreto legislativo n. 356 poteva essere intestato agli «enti pubblici conferenti» che, come questa Corte ha riconosciuto con la sentenza n. 163 del 1995, potevano considerarsi quali elementi costitutivi del sistema creditizio allora esistente.

Al processo di separazione fu dato impulso con norme dettate e prescrizioni impartite nel 1994, volte a promuovere le procedure di dismissione di partecipazioni degli enti pubblici conferenti nelle società per azioni conferitarie: il decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332 (Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni), convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio

1994, n. 474, e la direttiva del Ministro del Tesoro del 18 novembre 1994 (Criteri e procedure per le dismissioni delle partecipazioni deliberate dagli enti conferenti di cui all'art. 11 del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, nonché per la diversificazione del rischio degli investimenti effettuati dagli stessi enti). Quest'ultimo provvedimento in particolare, adottato nell'ambito del potere di vigilanza governativa sugli enti conferenti, mirava al duplice e connesso scopo di concentrarne l'attività nel perseguimento delle finalità a essi assegnate nei settori di intervento di interesse e utilità sociale e, correlativamente, restando esclusa la gestione della società conferitaria, di ridurre progressivamente la partecipazione detenuta in quest'ultima, tramite dismissioni destinate a ridurne la consistenza a non più del cinquanta per cento del proprio patrimonio, nei cinque anni successivi.

Con la legge di delega 23 dicembre 1998, n. 461 (Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'art. 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria), e il conseguente decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 (Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'art. 1 della legge 23 dicembre 1998, n. 461), la trasformazione della natura giuridica degli originari enti conferenti può dirsi normativamente realizzata. Essi quali enti pubblici gestori della partecipazione al capitale delle società conferitarie – cessano di esistere come tali, dal momento dell'approvazione, entro centoottanta giorni dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 153 [art. 2, comma 1, lettera l), della legge n. 461], delle modifiche statutarie rese necessarie per l'adeguamento alle nuove disposizioni e vengono trasformati in «fondazioni», «persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale» che «perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti» (art. 2 del d.lgs. n. 153 del 1999). Il patrimonio delle fondazioni è espressamente vincolato agli scopi statuari (art. 5, comma 1, dello stesso decreto).

A tali soggetti, costituiti in fondazioni disciplinate da norme specifiche, è espressamente precluso l'esercizio di funzioni creditizie ed è altresì esclusa qualsiasi forma di finanziamento, di erogazione o di sovvenzione, diretti o indiretti, a enti con fini di lucro o in favore di imprese di qualsiasi natura, con l'eccezione delle imprese strumentali ai propri fini statuari (oltre che delle cooperative sociali di cui alla legge n. 381 del 1991) (art. 3, comma 2). Salvo quindi che in enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali, in tutte le altre ipotesi, comprendenti dunque anche le società bancarie conferitarie, sono vietate le partecipazioni di controllo (art. 6, comma 1). Pertanto, le fondazioni, a partire dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 153, non possono acquisire nuove partecipazioni di controllo in società diverse da quelle anzidette, né conservarle, ove già detenute nelle società stesse (art. 6, comma 4). Quanto alla detenzione delle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie, l'art. 25, con norma transitoria stabilita «ai fini della loro dismissione», prevedeva peraltro un periodo di tolleranza di quattro anni dalla entrata in vigore del decreto legislativo. Ove il quadriennio fosse decorso inutilmente, il menzionato art. 25 disponeva che le dismissioni, comunque obbligatorie, potessero avvenire in un ulteriore periodo di non oltre due anni, con la perdita, tuttavia, delle agevolazioni fiscali, secondo quanto previsto dall'art. 12, comma 3.

Alla suddetta trasformazione giuridica della natura dell'ente, alla destinazione delle sue attività a scopi esclusivi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, con la totale separazione funzionale dall'attività creditizia, e al divieto di partecipazioni di controllo nel capitale di società esercenti l'attività bancaria, si accompagna infine un rigoroso regime di incompatibilità tra cariche, rispettivamente, nella fondazione e nella società bancaria conferitaria [art. 4, comma 1, lettera g), e comma 3].

6.1. – Il quadro normativo testé delineato mostra con evidenza che le fondazioni sorte dalla trasformazione degli originari enti pubblici conferenti (solo impropriamente indicate, nel linguaggio comune e non in quello del legislatore, con l'espressione «fondazioni bancarie»), secondo la legislazione vigente, non sono più – a differenza degli originari «enti pub-

blici conferenti» – elementi costitutivi dell'ordinamento del credito e del risparmio, al quale è riconducibile la competenza legislativa che l'art. 117, terzo comma, della Costituzione riconosce alle Regioni in materia di «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale». L'evoluzione legislativa ha spezzato quel «vincolo genetico e funzionale», di cui parlano le sentenze n. 341 e n. 342 del 2001 di questa Corte, vincolo che in origine legava l'ente pubblico conferente e la società bancaria, e ha trasformato la natura giuridica del primo in quella di persona giuridica privata senza fine di lucro (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 153) della cui natura il controllo della società bancaria, o anche solo la partecipazione al suo capitale, non è più elemento caratterizzante. Con questa trasformazione, muta la collocazione nel riparto materiale delle competenze legislative tracciato dall'art. 117 della Costituzione. Né le disposizioni legislative impugnate, che pure modificano per aspetti rilevanti il decreto legislativo n. 153 del 1999, sono tali da ricondurre le fondazioni all'ordinamento al quale appartenevano gli enti pubblici conferenti.

Tanto basta per escludere la fondatezza della pretesa delle quattro Regioni ricorrenti, di vedere annullate le impugnate disposizioni della legge dello Stato in materia di fondazioni di origine bancaria, in conseguenza della competenza legislativa concorrente loro riconosciuta relativamente alle «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale». L'art. 11 della legge n. 448 del 2001 opera infatti non in questa materia ma in quella dell'«ordinamento civile», comprendente la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato che l'art. 117, secondo comma, della Costituzione assegna alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

6.2. – Da questa considerazione discende altresì l'infondatezza della censura mossa specificamente ai commi 1 e 14 del denunciato art. 11, nella parte in cui riconoscono potestà regolamentare all'Autorità di vigilanza. Una volta ricondotta la disciplina in esame a una materia compresa nel secondo comma dell'art. 117, cade la possibilità per le Regioni di argomentare la propria competenza regolamentare, esistente, secondo il sesto comma dello stesso art. 117, nelle materie diverse da quelle assegnate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Con il medesimo ordine di considerazioni, il Consiglio di Stato (Sezione consultiva per gli atti normativi, 1° luglio 2002), del resto, ha riconosciuto la legittimità e definito i limiti del potere regolamentare previsto dall'impugnato comma 14 dell'art. 11 della legge n. 448 del 2001.

6.3. – È bensì vero che questa Corte, chiamata a pronunciarsi sul potere di vigilanza sugli enti che avevano effettuato il conferimento dell'azienda bancaria alla società per azioni, in giudizi promossi da Regioni ad autonomia speciale anche in base a norme statutarie corrispondenti a quella costituzionale invocata nel presente giudizio, con le già ricordate sentenze n. 341 e n. 342 del 2001 ha riconosciuto, in relazione al momento in cui esse sono state pronunciate, la perdurante qualificazione quali enti creditizi di tali soggetti. Le Regioni ricorrenti non mancano perciò di appoggiare le proprie argomentazioni su queste recenti pronunce costituzionali.

Nel periodo transitorio delle operazioni di ristrutturazione bancaria, secondo le citate pronunce, la qualificazione di ente creditizio è stata ritenuta plausibile, in base al mancato venir meno, in concreto, del vincolo genetico e funzionale tra enti conferenti e società bancarie conferitarie, vincolo nel quale si è ritenuto trovare giustificazione la vigilanza transitoriamente attribuita dalla legge [fino alla istituzione della autorità di controllo sulle persone giuridiche e anche successivamente, finché perduri la partecipazione di controllo in società bancarie, secondo la previsione dell'art. 2, comma 1, lettera *i*), della legge n. 461 del 1998] al Ministro del tesoro. La Corte ha ritenuto che la perdita di tale qualificazione fosse destinata a verificarsi solo al compimento della trasformazione, con la dismissione della partecipazione rilevante nella società bancaria conferitaria e delle altre partecipazioni non più consentite [oltre che – si aggiungeva in quella circostanza – con l'adeguamento degli statuti e la relativa approvazione, già realizzatisi nella generalità dei casi, a norma della lettera *l*) del comma 1 dell'art. 2 della legge n. 461 del 1998], con la conseguenza che il potere di vigilanza, in forza delle disposizioni statutarie che attribuiscono alle Regioni ad autonomia speciale competenza in materia di enti creditizi, dovesse essere riconosciuto alle Regioni stesse.

Senonché il valore di queste considerazioni, dettate in relazione alla spettanza del potere di vigilanza, non può proiettarsi oltre la fase ordinaria di ristrutturazione degli enti conferenti – fondazioni di origine bancaria. Le sentenze n. 341 e n. 342 del 2001 cadono nel mezzo del quadriennio previsto dall'art. 25 del d.lgs. n. 153 come periodo normale per l'adeguamento, cui poteva seguire un biennio supplementare, nel caso di mancata dismissione delle partecipazioni nel periodo ordinario, peraltro sanzionata, come già rilevato, dalla perdita dei benefici tributari previsti viceversa per gli enti che avessero operato tempestivamente.

Nel momento presente, in cui il quadriennio si è compiuto, non c'è ragione per ritenere ulteriormente perdurante l'originaria qualificazione degli enti conferenti, quali elementi del sistema del credito e del risparmio, anche perché, a ritenere il contrario, si determinerebbe la conseguenza di rimettere ad adempimenti concreti dei singoli enti la piena e generale operatività della riforma realizzata dalla legge; con l'assurdo ulteriore effetto che la competenza legislativa dello Stato e delle Regioni verrebbe a determinarsi non in generale, ma in relazione all'effettivo rapporto di partecipazione al capitale della società bancaria in cui ogni ente si trovasse e finirebbe per dipendere non dalla legge ma dagli adempimenti concreti, attuativi della legge, rimessi all'iniziativa degli enti stessi.

Nella specie, si è di fronte a una fase di transizione il cui completamento è rimesso all'attuazione delle prescrizioni legislative che è demandata all'attività degli enti di origine bancaria, sotto la vigilanza ministeriale. Ma a questa Corte spetta il giudizio di legittimità costituzionale della legge, indipendentemente dagli atti concreti di applicazione della legge medesima. Essa non può trascurare la circostanza che il termine previsto per l'adeguamento è ormai decorso (e, si può aggiungere, da quanto risulta in fatto, rispettato da parte della grande maggioranza degli enti interessati).

A differenza di quanto ebbe a decidere nel 2001, la Corte oggi non può dunque non dare rilievo alla conclusione del periodo ordinario assegnato agli enti per gli adempimenti conseguenti alla decisione legislativa di separare gli enti medesimi dal sistema creditizio, ancorché il legislatore stesso abbia previsto proroghe per far fronte a situazioni particolari (si vedano il comma 1-*bis* dell'art. 25 del d.lgs. n. 153, introdotto dal comma 13 dell'art. 11 della legge n. 448 del 2001; il comma 3-*bis* del medesimo articolo, introdotto dall'art. 80, comma 20, lettera *b*), della legge n. 289 del 2002; e, da ultimo, le modifiche apportate ai commi 1 e 3-*bis* dello stesso art. 25, a opera del decreto-legge 24 giugno 2003, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° agosto 2003, n. 212).

Ciò che conta ormai, in definitiva, ai fini della determinazione della portata da assegnare al riparto delle competenze legislative delineato nell'art. 117, secondo e terzo comma, della Costituzione, è la qualificazione degli enti in questione quali fondazioni-persone giuridiche private, data dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 153 del 1999, più volte citato, indipendentemente dall'eventuale perdurare di loro coinvolgimenti in partecipazioni bancarie che la legge ancora consenta per ragioni particolari, accanto all'esercizio prioritario delle proprie funzioni finalizzate al perseguimento degli scopi di utilità sociale e di sviluppo economico, secondo le previsioni dei loro statuti.

7. – Le Regioni Toscana, Emilia-Romagna e Umbria fanno altresì valere, a favore della propria competenza legislativa, l'indiscutibile circostanza che le fondazioni di origine bancaria, a norma dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 153, tanto nella versione originaria quanto in quella modificata dal comma 3 dell'art. 11 della legge n. 448 del 2001, operano per scopi di utilità sociale in materie, relativamente a molte delle quali esiste competenza legislativa regionale, alla stregua del terzo e del quarto comma dell'art. 117. Da questa constatazione viene tratta la conseguenza che al legislatore statale sarebbe precluso organizzare le modalità di esercizio delle funzioni in questione. Le fondazioni, che vengono così ritenute essere modalità organizzative di esercizio di queste ultime, rientrerebbero perciò nell'ambito della competenza delle leggi regionali, almeno per le materie che a tale competenza sono riconducibili.

Questo modo di ragionare presuppone che le fondazioni di origine bancaria e le loro attività rientrino in una nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso

soggettivo e oggettivo. Dopo il d.lgs. n. 153, questo presupposto non è più sostenibile. La loro definizione quali persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale; il riconoscimento del carattere dell'utilità sociale agli scopi da esse perseguiti; la precisazione, contenuta nell'art. 2, comma 1, lettera *a*), della legge n. 461 del 1998, che, quali che siano le attività effettivamente svolte dalle fondazioni, «restano fermi compiti e funzioni attribuiti dalla legge ad altre istituzioni», innanzitutto agli enti pubblici, collocano – anche in considerazione di quanto dispone ora l'art. 118, quarto comma, della Costituzione – le fondazioni di origine bancaria tra i soggetti dell'organizzazione delle «libertà sociali» (sentenza n. 50 del 1998), non delle funzioni pubbliche, ancorché entro limiti e controlli compatibili con tale loro carattere. Non è dunque possibile invocare le funzioni attribuite alla competenza delle Regioni per rivendicare a esse il potere di ingerenza nell'organizzazione di soggetti che appartengono a un ambito diverso da quello pubblicistico che è il loro.

Ciò non toglie, naturalmente, che nei confronti dell'attività delle fondazioni di origine bancaria, come di quella di qualunque altro soggetto dell'«ordinamento civile», valgano anche le norme regionali, emanate nell'ambito delle proprie competenze per disciplinare i diversi settori dell'attività nei quali queste istituzioni, secondo i propri statuti, operano.

8. – Per queste considerazioni, tutte le censure mosse all'art. 11 della legge n. 448 del 2001 dalle Regioni Marche, Toscana, Emilia-Romagna e Umbria con i ricorsi in epigrafe devono essere dichiarate non fondate.

Per questi motivi: la Corte costituzionale riservata ogni decisione sulle restanti questioni di legittimità costituzionale della legge 28 dicembre 2001, n. 448 [Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)], sollevate dalle Regioni Marche, Toscana, Emilia-Romagna e Umbria con i ricorsi indicati in epigrafe; riuniti i giudizi, *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 [Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)], sollevate, in riferimento all'art. 117, terzo, quarto e sesto comma, della Costituzione, dalle Regioni Marche, Toscana, Emilia-Romagna e Umbria, con i ricorsi in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 settembre 2003».

La ricostruzione sistematica del settore

(*Note d'udienza – sentenza 29 settembre 2003, n. 300*).

«Ambiguità che caratterizza il «settore» ed i «soggetti» in esso operanti. Tutta la vicenda normativa delle fondazioni bancarie si è svolta all'insegna dell'ambiguità — che concerne sia la collocazione del *settore* sia la natura dei *soggetti* in esso operanti.

Si oscilla tra una concezione per così dire privatistica ed una concezione che pone nel massimo rilievo la matrice pubblicistica e l'interesse pubblico che ne costituisce il fondamento, in correlazione con i noti relevantissimi interessi economico-sociali che fanno capo ai «soggetti» che sono il punto di riferimento dell'attività ed ai soggetti conferitari.

Attualmente è senz'altro questa concezione pubblicistica quella dominante che ha condotto sia la giurisprudenza che la dottrina a definire le fondazioni bancarie come *enti creditizi in quanto esercitano indirettamente l'impresa bancaria — non più abilitati all'esercizio del credito — ma non ancora enti no profit di diritto privato* (una sorta di *tertium genus* in via di evoluzione).

Tale ambiguità trova conferma nell'oggetto dei giudizi sottoposti oggi alla valutazione della Corte e nell'opposta natura dei soggetti in essi coinvolti e degli interessi di cui gli stessi sono portatori.

Da un lato le Fondazioni Casse di Risparmio che ai loro fini invocano la «tutela dell'autonomia privata» senza riferimenti all'art. 117 Cost.; dall'altro le Regioni che invocano la tutela della loro potestà «concorrente o esclusiva» (in modo confuso) di legiferare in materia ai sensi dell'art. 117, terzo o quarto comma.

Regioni che nelle loro difese prendono nettamente posizione per la qualificazione come «organismi di diritto pubblico» delle fondazioni bancarie con riferimento alla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici e afferma che «per le modalità della loro nascita, per l'origine del loro patrimonio e per il regime complessivo di cui al d.lgs. 153/1999, anche dopo l'acquisizione della formale personalità di diritto privato non costituiscono veri soggetti di autonomia privata, ma continuano a presentare *ai fini della individuazione dei limiti della potestà legislativa caratteristiche marcatamente pubblicistiche*».

Infondatezza. Vero è che qualunque dei due indirizzi (privatistico o pubblicistico) si ritenga di seguire, nulla muta per quel che riguarda l'infondatezza dei ricorsi.

1. — Infatti, se si ritiene di dover seguire la linea privatistica si dovrà riconoscere che l'art. 11 ha collocato le fondazioni come persone giuridiche nate da una legge dello stato (legge 218/1990, «legge Amato») con caratteristiche del tutto peculiari, non assimilabili alle banche e quindi estranee alle materie di competenza regionale, nell'ambito dell'ordinamento civile e che pertanto, la norma sulla strada di un disegno istituzionale, correlato alle politiche di privatizzazione, tracciato ben prima della riforma del Titolo V, adeguando la disciplina alle modifiche costituzionali e recependo taluni aspetti della giurisprudenza costituzionale (richiamo agli artt. 117-118 e rafforzamento della rappresentanza degli enti locali negli organi di indirizzo delle fondazioni) ha inteso disciplinare le fondazioni come «soggetti», piuttosto che disciplinare i «settori» in cui possono operare.

Da ciò discende che — ferma l'esigenza che le fondazioni in futuro tengano conto delle leggi regionali nelle materie riservate alle regioni — queste non possono imporre ai soggetti comportamenti per quel che riguarda la scelta per gli investimenti, la destinazione delle erogazioni e il rapporto tra accantonamenti ed erogazioni.

Da tale configurazione della norma come riguardante materia che rientra nell'«ordinamento civile» (art. 117, lettera *l*) deriverebbe che legittimamente lo Stato ha disciplinato in forza del potere esclusivo le fondazioni come «soggetti» in relazione ai quali non esiste competenza regionale.

Al riguardo si sottolinea che anche sotto l'aspetto soggettivo nessuna valenza può essere attribuita alle origini bancarie delle fondazioni. È infatti improprio ricondurre le fondazioni, che hanno ereditato dalle casse di risparmio originarie solo la funzione di erogazione degli utili a scopi pubblici di utilità sociale, alle stesse casse. Al contrario eredi delle casse, quali imprese

bancarie, sono le s.p.a. che esercitano l'impresa bancaria: le fondazioni sono solo azioniste delle banche e come tali non soggette alla vigilanza della Banca d'Italia.

Inoltre, proprio l'art. 11 (comma 13) prevedendo che, in alternativa alla dismissione, le fondazioni possano per un ulteriore periodo affidare le proprie azioni ad una società di gestione del risparmio indipendente, assicura la definitiva separazione alle fondazioni dalle banche conferitarie anche per quanto concerne i poteri derivanti dall'essere azionista di maggioranza.

2. — Se si privilegia, invece, l'aspetto pubblicistico della materia [tesi che parrebbe essere ritenuta preferibile alla luce di quanto ritenuto dalla Corte nelle sentenze 341 e 342/2001, ove si afferma la permanenza della qualificazione di ente creditizio delle fondazioni fino al compimento della trasformazione sia con la dismissione della partecipazione rilevante nella società bancaria conferitaria e delle altre partecipazioni non più consentite, sia con l'adeguamento degli statuti e la relativa approvazione degli Statuti (fondazioni non persone giuridiche private senza fini di lucro argomentando dal combinato disposto degli artt. 2 e 28, comma secondo, d.lgs. 153/1999) e si afferma che solo dopo le modifiche statutarie si porrà il problema del coordinamento con il nuovo regime delle persone giuridiche private e delle trasformate istituzioni pubbliche di assistenza in associazioni e fondazioni con personalità di diritto privato senza fine di lucro, anche in relazione agli scopi ed ai settori di attività previsti per la fondazione (*ex* bancaria) ed alle materie di competenza (esclusiva o concorrente) regionale (o provinciale)], la materia rientrerebbe comunque nell'ambito della legislazione esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *e*) che affida allo Stato la «tutela del risparmio». Che si debba seguire piuttosto questa seconda via appare coerente:

a) oltre che con quanto ritenuto dalla Corte costituzionale nelle più recenti sentenze sopra citate (341, 342/2001 e in sentenza 163/1995) ove si evidenzia anche che è la qualificazione di ente creditizio che giustifica nel periodo transitorio delle operazioni di ristrutturazione bancaria l'attribuzione dei poteri di vigilanza sulle fondazioni al Ministero del Tesoro e si ribadisce la permanenza di un vincolo genetico e funzionale tra enti conferenti e società bancarie conferitarie;

b) con la disciplina della «tutela del risparmio» in via generale che, è opportuno sottolineare, trova nella Costituzione un riferimento specifico nella stessa parte prima: Titolo III, art. 47, primo e secondo comma: «la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione...».

Tale norma che fa riferimento alla Repubblica (da intendersi, in questo caso come in molti altri articoli della prima parte della Costituzione, con riferimento allo Stato centrale, concernendo — le funzioni nella norma prevista — funzioni ritenute fondamentali in guisa da non poter che essere uniformi su tutto il territorio nazionale) deve essere interpretata e correlata a

quanto dettato dall'art. 117, secondo comma, lettera *e*) che ne costituisce la trasposizione nel Titolo V ed è, come tale, la conferma della tesi sempre recepita dalla Corte, secondo la quale la tutela del risparmio (*anche prima dell'entrata in vigore della modifica del Titolo V della Costituzione*) non poteva e non può che essere riservata allo Stato.

Sarebbe erroneo, pertanto, correlare ai fini interpretativi tale norma all'art. 114 Cost. che, se pone lo Stato in posizione paritaria rispetto agli altri Enti, non toglie che lo Stato (come è dimostrato dal fatto che nel secondo comma art. 114 esso non è citato per quel che riguarda la sua autonomia e l'aggancio di questa alla Costituzione) debba essere riconosciuto come svolgente un ruolo centrale nel promuovere l'«interesse nazionale».

Concetto questo che, pur non essendo esplicitato nel Titolo V, permane anche nella nuova disciplina come «limite implicito» all'ambito di azione degli altri enti e come espressione della stessa unità della Repubblica.

A ben vedere l'«interesse nazionale» (che ha una sua elasticità e variabilità sostanziale e di cui può essere custode e interprete solo lo Stato come rappresentante degli interessi unitari della Repubblica) nel Titolo V trova un punto di riferimento e di emersione specifico (oltre che nell'eccezionale potere sostitutivo di cui all'art. 120, secondo comma) proprio nella previsione di un potere esclusivo di legiferare (art. 117, secondo comma) che costituisce nell'enunciazione delle materie una esplicitazione di tutto quanto secondo il legislatore costituzionale deve essere ricompreso nei poteri riservati al ruolo centrale dello Stato a tutela della unitarietà della Repubblica;

c) occorre aggiungere che appare del tutto infondato il riferimento delle difese delle Regioni all'art. 117, comma terzo, per quel che concerne le materie di legislazione concorrente (casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito di interesse regionale).

Non è dubbio, infatti, che le fondazioni bancarie:

1) sono entità ormai distinte e separate dalle S.p.a. Casse di Risparmio conferitarie e ulteriormente si distingueranno da queste in futuro;

2) hanno carattere nazionale o interregionale con riferimento ad un ambito territoriale che va ben oltre quello di una singola regione.

Ciò è comprovato dall'ampiezza e varietà dei «settori», cui fa riferimento l'art. 11, che hanno per natura dimensioni che vanno oltre quelle dell'Ente Regione e, ancor più, dall'enorme influenza che una massa di denaro calcolabile in 60 milioni di euro ha sull'intero sistema economico nazionale.

Tali dimensioni ed influenza sono così grandi che potrebbero rendere invocabile il potere di legislazione esclusiva che in materia allo Stato, nella attuale fase transitoria, potrebbe essere riconosciuto oltre che sotto il profilo della lettera *l*) del secondo comma dell'art. 117, sotto il profilo della lettera *g*) della medesima norma, ove si ritenga che attualmente le fondazioni bancarie possano essere ricomprese tra gli enti pubblici nazionali.

Da quanto sopra conclusivamente deriva che, nello stadio attuale della disciplina delle fondazioni bancarie, spostare l'asse verso un versante esclusivamente privatistico o verso una linea esclusivamente regionalistica avrebbe

(ed è questo che il legislatore ha inteso contrastare) effetti comunque negativi sulla tutela del patrimonio delle fondazioni che occorre preservare come patrimonio di tutti i cittadini e collocare coerentemente nell'ambito di quel «risparmio» che la Costituzione negli art. 47 e 117, secondo comma, lett. e) pone come bene comune, che deve in ogni caso essere disciplinato uniformemente per salvaguardare in modo univoco lo stesso interesse della comunità nazionale.

Avv. Massimo Mari»

Sulla potestà regolamentare dello Stato in regime di legislazione concorrente

(Corte Costituzionale, sentenza 1 ottobre 2003 n. 302)

La decisione della Corte Costituzionale ribadisce (vedi anche la sentenza n. 376 del 2002) un effetto cui i «delegificatori» della Riforma Bassanini forse non avevano pensato: se la semplificazione delle procedure, e, in generale, la *deregulation* avvengono con la semplice sostituzione di regolamenti (fonti subprimarie) alle leggi primarie, il meccanismo è destinato inevitabilmente ad incepparsi rispetto alla previsione di una legislazione concorrente regionale. La fonte regolamentare non basta più e, soprattutto, finisce per incidere in un'area (quella della normativa di dettaglio) riservata alla potestà legislativa regionale. Il caso di specie riguarda le modifiche introdotte dal Governo al regolamento 25 gennaio 2000 n. 34 sulla qualificazione delle imprese nei lavori pubblici.

La consapevolezza di questo effetto frenante alla operatività dei regolamenti «delegati» si ritrova anche nel parere della Sezione Normativa Consultiva del Consiglio di Stato n. 1794 del 26 agosto 2002, che, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Titolo quinto della Costituzione, ha ritenuto non più praticabile l'adozione di regolamenti ministeriali per disciplinare, ai sensi dell'art. 10 del decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 368, la gestione e la valorizzazione dei beni culturali attraverso associazioni e società miste.

G. F.

Corte Costituzionale, sentenza 1° ottobre 2003, n. 302 – Presidente R. Chieppa – Redattore A. Fionocchiaro – Giudice V. Onida.

«*Omissis*» nei giudizi per conflitti di attribuzione promossi con ricorsi della provincia di Trento, della Regione Valle d'Aosta, della provincia di Bolzano, della Regione Emilia Romagna, della provincia di Trento e della provincia di Bolzano sorti a seguito del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, concernente «Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'art. 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni» e degli artt. 1, comma 2 e 3, 188, comma 8, 9 e 10, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 544, recante «Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni» notificati il 28, il 27, il 29 aprile, il 26 e il 27 giugno 2000, depositati in Cancelleria il 5, il 9, il 18 maggio ed il 6 luglio successivi ed iscritti ai nn. 18, 19, 23, 30, 31 e 32 del registro conflitti 2000 (*omissis*).

Considerato in diritto. 1. — I sei ricorsi, promossi rispettivamente dalla provincia di Trento (reg. confl. n. 18 del 2000), dalla provincia di Bolzano (reg. confl. n. 23 del 2000) e dalla Regione Valle d'Aosta (reg. confl. n. 19 del 2000) nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, con riferimento al decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 (Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), nonché dalla Regione Emilia Romagna (reg. confl. n. 30 del 2000), dalla provincia di Trento (reg. confl. n. 31 del 2000) e dalla provincia di Bolzano (reg. confl. n. 32 del 2000) nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri, con riferimento al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), sollevano questioni di legittimità costituzionale

parzialmente coincidenti, in quanto dirette a sostenere l'inapplicabilità nei loro confronti dei regolamenti di delegificazione impugnati. I giudizi, evidentemente connessi, possono dunque essere riuniti per essere decisi con unica pronuncia.

2. — Con i primi tre ricorsi, proposti dalla provincia di Trento, dalla provincia di Bolzano e dalla Regione Valle d'Aosta, si chiede l'annullamento del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, nella parte in cui disciplina il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici di interesse provinciale e regionale ed in particolare (in subordine la regione Valle d'Aosta) degli artt. 1, comma 2; 2, comma 1, lettera *b*); 5, comma 1, lettera *h*) ed 8, comma 1.

Le ricorrenti contestano l'applicabilità del regolamento — che disciplina il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici sulla base del potere conferito dall'art. 8 della legge n. 109 del 1994 — ai lavori pubblici di interesse provinciale e regionale.

In particolare: la disposizione che estende la qualificazione prevista dal regolamento agli esecutori dei lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro, affidati dalle regioni e dalle province ad autonomia differenziata (art. 1, comma 2); quella che include tra le «stazioni appaltanti» del regolamento, oltre ai soggetti di cui all'art. 2, comma 2, della legge, anche le regioni e le province ad autonomia differenziata [art. 2, comma 1, lett. *b*)]; quella che include due rappresentanti delle regioni e delle province autonome — designati dalla conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome — nella commissione consultiva [art. 5, comma 1, lett. *h*)], istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici per esprimere pareri nel corso del procedimento di autorizzazione, da parte di quest'ultima, degli organismi di diritto privato che attuano il sistema di qualificazione (Società organismi di attestazione, SOA); quella che include tra i soggetti che non possono detenere partecipazioni al capitale di una SOA anche le regioni e le province autonome (art. 8, comma 1).

Tutte le ricorrenti, premesso di disporre in materia di lavori pubblici di interesse provinciale (o regionale) della potestà legislativa primaria e delle relative potestà amministrative, peraltro già esercitate, deducono l'invasione della propria sfera di competenza in materia di lavori pubblici, mediante la violazione dei principi costituzionali relativi all'esercizio del potere regolamentare e del principio di legalità.

3. — La regione Emilia Romagna ha proposto ricorso per conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato, avverso il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni) — emanato sulla base dell'art. 3 della legge n. 109 del 1994 — chiedendone l'annullamento nella parte in cui intende disciplinare i lavori pubblici di interesse regionale e segnatamente dell'art. 1, commi 2 e 3, e dell'art. 188, commi 8, 9 e 10. La provincia di Trento e la provincia di Bolzano hanno proposto analoghi ricorsi, chiedendo l'annullamento dello stesso regolamento nella parte in cui intende disciplinare i lavori pubblici di interesse provinciale e segnatamente dell'art. 1, commi 2 e 3, e dell'art. 188, commi 8, 9 e 10.

Le ricorrenti contestano l'applicabilità del regolamento ai lavori pubblici di interesse regionale e provinciale in via suppletiva, sino all'adeguamento della propria legislazione ai principi desumibili dalla legge quadro (art. 1, comma 3); l'applicabilità, in via permanente, del medesimo regolamento ai lavori pubblici di interesse regionale e provinciale finanziati in misura prevalente con fondi provenienti dallo Stato, ai lavori realizzati nell'ambito di funzioni delegate, nonché nelle materie non oggetto di potestà legislativa a norma dell'art. 117 della Costituzione (art. 1, comma 2); l'obbligo di istituire elenchi di collaudatori e di curarne la tenuta mediante apposite commissioni (art. 188, commi 8, 9 e 10).

Le ricorrenti, premesso di disporre in materia di lavori pubblici di interesse provinciale (o regionale) della potestà legislativa primaria (o concorrente) e delle relative potestà amministrative, peraltro già esercitate, deducono l'invasione della propria sfera di competenza in materia di lavori pubblici, mediante la violazione dei principi costituzionali relativi all'esercizio del potere regolamentare e del principio di legalità.

Tutte sostengono l'inidoneità della norma regolamentare ad intervenire nelle materie di competenza regionale e provinciale, tanto più se di competenza esclusiva, richiamando la giurisprudenza della Corte.

Inoltre, quanto al fondamento di tale applicabilità nell'art. 10, legge 10 febbraio 1953, n. 62, richiamato espressamente dalla norma impugnata, in generale ne sottolineano l'inidoneità perché relativo al rapporto di incompatibilità tra legge statale e legge regionale da valutare in concreto (regione Emilia Romagna), ed in particolare l'erroneità rispetto alle province autonome, per le quali l'adeguamento è specificamente disciplinato da norme di attuazione statutaria (art. 2, d.lgs. 16 marzo 1992, n. 266), che prevedono un apposito giudizio di costituzionalità.

La provincia di Bolzano, infine, sostiene che il regolamento impugnato è privo di base legale perché, ai sensi dell'art. 2, comma 2, legge n. 109 del 1994, come interpretato dalla sent. n. 482 del 1995, le regioni e le province non sono comprese tra i destinatari del regolamento.

4. — Va premesso che, come di recente affermato da questa Corte (sentenze nn. 39 e 13 del 2003 e 507 del 2002), tutti i ricorsi devono essere scrutinati alla luce delle disposizioni costituzionali sulla competenza vigenti nel momento in cui i decreti impugnati sono stati adottati, a nulla rilevando il successivo mutamento dei parametri conseguenti all'entrata in vigore del nuovo titolo V della Parte seconda della Costituzione.

4.1. — I primi tre ricorsi sono fondati sulla base delle considerazioni che seguono.

I decreti del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000, e n. 594 del 1999 trovano il loro fondamento, rispettivamente, negli artt. 8 e 3 della legge n. 109 del 1994.

Con il primo di tali articoli è stato previsto che, con apposito regolamento, da emanare ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, è istituito, tenuto conto della normativa vigente in materia, un sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1 (della legge n. 109 del 1994), di importo superiore a 150.000 euro, articolato in rapporto alle tipologie ed all'importo dei lavori stessi (art. 8, comma 2).

Con il secondo dei suddetti articoli è stata demandata alla potestà regolamentare del Governo, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con le modalità di cui al presente articolo e secondo le norme della legge n. 109 del 1994 la materia dei lavori pubblici con riferimento: *a)* alla programmazione, alla progettazione, alla direzione dei lavori, al collaudo e alle attività di supporto tecnico-amministrativo con le annesse normative tecniche; *b)* alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli incarichi di progettazione; *c)* alle forme di pubblicità e di conoscibilità degli atti procedimentali, anche mediante informazione televisiva o trasmissione telematica, nonché alle procedure di accesso agli atti; *d)* ai rapporti funzionali tra i soggetti che concorrono alla realizzazione dei lavori e alle relative competenze.

Subito dopo l'emanazione delle suddette norme, questa Corte ha esaminato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 109 del 1994 sollevata da alcune regioni e, con la sentenza n. 482 del 1995, l'ha dichiarata infondata rilevando, fra l'altro, l'inesattezza del presupposto interpretativo da cui le ricorrenti muovevano, e così testualmente motivando: «I regolamenti governativi, compresi quelli delegati, non sono legittimati a disciplinare materie di competenza regionale o provinciale (sentenza n. 333 del 1995). Né lo strumento della delegificazione previsto dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988 può operare per fonti di diversa natura, tra le quali vi è un rapporto di competenza e non di gerarchia. Nel caso in esame la disposizione denunciata prevede esclusivamente la delegificazione statale, rispettando l'attribuzione alla legge della disciplina dei rapporti con le regioni e le province autonome. Difatti queste ultime non sono comprese tra le amministrazioni e gli enti destinatari del regolamento, secondo l'espressa previsione ed elencazione che ne fa l'art. 2, comma 2, lettera *a)*, della legge n. 109 del 1994. Solo la diretta incompatibilità delle norme regionali con i sopravvenuti principi e norme fondamentali della legge statale può determinare, ai sensi dell'art. 10, primo comma, della legge 10 febbraio 1953, n. 62, l'abrogazione delle prime (sentenze nn. 153 del 1995, 498 e 497 del 1993, 50 del 1991, 151 del 1974). La disposizione denunciata non trova quindi applicazione alle ricorrenti, che non hanno pertanto interesse a far valere gli ulteriori vizi prospettati, mancando la lesione dell'autonomia costituzionalmente garantita alle regioni e alle province autonome (sentenze nn. 314 del 1990 e 961 del 1988). Esclusa l'applicabilità alle regioni dell'emanando regolamento, ogni dubbio di legittimità costituzionale riferito ai suoi contenuti (in particolare, per il rinvio ad

esso operato dall'art. 8, comma 2, della legge n. 109 del 1994, secondo quanto prospettano le province autonome di Bolzano e di Trento e la Regione Sardegna) non ha ragione di essere».

Sulla base di tali considerazioni il d.P.R. n. 34 del 2000 — e particolarmente le norme dello stesso impugnate — è incostituzionale nella parte in cui dispone la propria applicabilità alle regioni, anche a statuto speciale, e alle province autonome per non essere le stesse comprese fra i destinatari del regolamento.

Né si può convenire con l'eccezione della difesa erariale secondo cui la sentenza della Corte n. 482 del 1995, non ha riguardato l'art. 8 della legge n. 109 del 1994, relativo al sistema unitario di qualificazione, essendo infatti sufficiente rilevare, da un lato, che, come risulta dalla motivazione della pronuncia di questa Corte, vi è espresso richiamo all'articolo citato e, dall'altro che l'art. 8 della legge abilitante, rinvia, per i lavori pubblici assoggettati, all'art. 2, comma 1, che, a sua volta, per i soggetti affidatari, richiama l'art. 2, comma 2, dove non sono comprese regioni e province autonome.

Quanto enunciato trova del resto conferma nella sentenza di questa Corte n. 376 del 2002 che, nell'affrontare il problema dei regolamenti di delegificazione emanati ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, afferma espressamente che la delegificazione cioè la sostituzione di una disciplina di livello regolamentare ad una preesistente di livello legislativo riguarda solo la legislazione statale preesistente e che la delegificazione è lo strumento adottato dal legislatore statale per realizzare l'obiettivo della semplificazione dei procedimenti nell'ambito di ciò che era già disciplinato dalle leggi statali precedentemente in vigore. La sostituzione *in parte qua* con norme regolamentari riguarda esclusivamente le preesistenti disposizioni di leggi statali.

4.2. — Concludendo sui primi tre ricorsi, va dichiarato che non spetta allo Stato adottare, con il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 (Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni) norme applicabili nei confronti delle regioni, anche a statuto speciale, e delle province autonome di Trento e di Bolzano e, conseguentemente, va pronunciato l'annullamento degli artt. 1, comma 2, 2, comma 1, lettera *b*), 5, comma 1, lettera *h*) ed 8, comma 1, del predetto d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, nella parte in cui, rispettivamente, (*a*) individuano fra i destinatari del sistema unico di qualificazione, gli esecutori dei lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro, affidati dalle regioni anche a statuto speciale e dalle province autonome di Trento e Bolzano (art. 1, comma 2); (*b*) definiscono «stazioni appaltanti», fra le altre, le regioni anche a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano (art. 2, comma 1, lett. *b*); (*c*) includono nella commissione consultiva due rappresentanti delle regioni e delle province autonome (art. 5, comma 1, lett. *h*), espressione da intendersi comprensiva anche delle regioni ad autonomia differenziata; (*d*) includono anche le regioni e le province autonome tra i soggetti che non possono detenere partecipazioni al capitale di una SOA (art. 8, comma 1, espressione comprensiva anche delle regioni a statuto speciale).

5. — Passando all'esame degli altri tre ricorsi proposti dalla regione Emilia Romagna, dalla provincia di Trento e dalla provincia di Bolzano deve rilevarsi, preliminarmente, l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa erariale ed argomentata sulla circostanza che l'atto impugnato ha solo la forma del regolamento ma sostanza e forza di legge, come tale inidoneo ad essere oggetto di conflitto di attribuzione, potendosi nei suoi confronti proporre solo ricorso in via principale nei diversi termini previsti; con la conseguenza che, anche a volerli considerare, in via di conversione, quale impugnativa diretta, sarebbero palesemente tardivi.

L'atto impugnato non ha valore di legge e, quindi, non è soggetto al procedimento di impugnazione già previsto dall'art. 2 della legge costituzionale del 1948 e ora previsto (con termine modificato) dall'art. 127, comma 2, della Costituzione.

Correttamente, pertanto, le ricorrenti hanno proposto il conflitto di attribuzione ed i relativi ricorsi, notificati nel termine di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'atto impugnato, ai sensi dell'art. 39, comma 2, della legge n. 87 del 1953 sono ammissibili, per essere stati tempestivamente proposti.

5.1 — Passando all'esame delle singole questioni, sono fondate le censure relative agli artt. 1, comma 2, e 188, commi 8, 9 e 10 del d.P.R. n. 554 del 1999, per le stesse ragioni enunciate nel precedente paragrafo n. 4.1, dal momento che tale disciplina estende, con norma

regolamentare, le disposizioni predette a soggetti esclusi dall'applicazione delle stesse, sulla base della legge n. 109 del 1994. Pertanto, va dichiarato che non spetta allo Stato adottare con il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni) norme applicabili nei confronti delle regioni, anche a statuto speciale, e delle province autonome di Trento e di Bolzano e, conseguentemente va pronunciato l'annullamento degli artt. 1, comma 2, e 188, commi 8, 9 e 10 del citato d.P.R. n. 554 del 1999, nella parte in cui estendono, rispettivamente, l'applicabilità del regolamento ai lavori pubblici di interesse regionale e provinciale finanziati in misura prevalente con fondi provenienti dallo Stato, ai lavori realizzati nell'ambito di funzioni delegate e nell'ambito delle materie non oggetto di potestà legislativa a norma dell'art. 117 della Costituzione (art. 1, comma 2), nonché estendono l'obbligo di istituire elenchi di collaudatori e di curarne la tenuta mediante apposite commissioni (art. 188, commi 8, 9 e 10).

Il prevalente finanziamento statale e l'afferenza a funzioni delegate o a materie estranee al vecchio art. 117 della Costituzione non giustificano infatti l'applicabilità del regolamento che, in via generale, non si applica alle regioni e si deve escludere che il criterio del finanziamento prevalente sia suscettibile di trasferire un'opera pubblica dalla sfera di competenza regionale a quella statale.

Quanto all'altra censura è sufficiente osservare che lavori pubblici di competenza regionale non sono solo quelli attinenti ad altre materie di competenza regionale previste dal vecchio art. 117, in quanto l'ambito della materia «lavori pubblici» di competenza regionale era definito da norme di attuazione degli statuti speciali e, per le regioni ordinarie, dal d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 (Attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 22 luglio 1975, n. 382).

5.2. — Con riferimento alla censura relativa dell'art. 1, comma 3, del d.P.R. n. 544 del 1999, secondo cui, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 62 del 1953, le regioni, anche a statuto speciale e le province autonome di Trento e di Bolzano applicano le disposizioni del regolamento fino a quando non avranno adeguato la propria legislazione ai principi desumibili dalla legge, occorre distinguere fra regioni ordinarie e province di Trento e Bolzano (accommunate, per quel che interessa, alla regione Trentino-Alto Adige).

Nei confronti delle prime la norma impugnata non è illegittima, perché ad esse si applica il meccanismo dell'art. 10 della legge n. 62 del 1953, esplicitamente richiamata.

La disposizione denunciata va intesa nel senso che il regolamento si applica ove la preesistente legislazione regionale risulti in concreto abrogata per effetto del suo contrasto con i principi fondamentali recati dalla legge n. 109 del 1994, oltre che là dove non vi sia mai stata legislazione regionale (e dunque la disciplina statale previgente e ora «delegificata» continui ad applicarsi in forza del principio di continuità).

Stabilire se le leggi regionali preesistenti sono o non sono in contrasto con i nuovi principi fondamentali e, quindi, sono o non sono abrogate, è compito dei giudici nei casi concreti; il regolamento statale non può fare presumere che sia così, a priori, per tutte le leggi regionali preesistenti.

Sulla base di questa interpretazione, la questione, relativa alle regioni ordinarie, è infondata.

Diverso è il discorso per le province di Trento e Bolzano (che godono di una disciplina comune, per quanto di interesse, alla regione Trentino-Alto Adige).

A loro non si applica l'art. 10 della legge n. 62 del 1953, ma l'art. 2 del d.lgs. 16 marzo 1992, n. 266 (Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti il rapporto tra atti legislativi statali e leggi regionali e provinciali, nonché la potestà statale di indirizzo e coordinamento), secondo cui il sopravvenire di nuove norme statali comportanti vincoli di adeguamento della legislazione provinciale non produce abrogazione delle leggi provinciali preesistenti in contrasto con i nuovi vincoli, ma solo un obbligo di adeguamento, la cui mancata realizzazione può essere fatta valere dal Governo con apposito ricorso contro le leggi provinciali non adeguate.

Nei confronti, quindi, delle due province autonome non può trovare applicazione il regolamento statale in base all'art. 10 della legge n. 62 del 1953.

Pertanto va dichiarato che non spetta allo Stato e per esso al Presidente del Consiglio dei ministri adottare, con il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999,

n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni) norme applicabili in via suppletiva nei confronti delle province autonome di Trento e di Bolzano, e, conseguentemente va pronunciato l'annullamento dell'art. 1, comma 3, del predetto d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, nella parte in cui si riferisce alle province autonome di Trento e di Bolzano.

Per questi motivi la Corte costituzionale riuniti i giudizi;

a) dichiara che non spetta allo Stato e per esso al Presidente del Consiglio dei ministri, adottare, con il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34 (Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni) e con il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni) norme applicabili nei confronti delle Regioni, anche a statuto speciale, e delle province autonome di Trento e di Bolzano, e, conseguentemente, annulla gli artt. 1, comma 2, 2, comma 1, lettera *b*), 5, comma 1, lettera *h*) e 8, comma 1, del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, nonché gli artt. 1, commi 2 e 188, commi 8, 9 e 10 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, nella parte in cui si riferiscono alle Regioni, anche a statuto speciale, e alle province autonome di Trento e di Bolzano;

b) dichiara che non spetta allo Stato e per esso al Presidente del Consiglio dei ministri adottare, con il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni) norme applicabili nei confronti delle province autonome di Trento e di Bolzano, e, conseguentemente annulla l'art. 1, comma 3, del predetto d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, nella parte in cui si riferisce alle province autonome di Trento e di Bolzano;

c) rigetta, per il resto, il ricorso per conflitto di attribuzioni proposto dalla regione Emilia Romagna avverso l'art. 1, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), con il ricorso indicato in premessa.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 23 settembre 2003 (*omissis*)».

Memoria dell'Avvocatura Generale dello Stato per il Presidente del Consiglio dei Ministri (ct 22779/00, Avv. dello Stato P. Cosentino).

«Con ricorso notificato in data 27 giugno 2000 la Provincia Autonoma di Bolzano ha sollevato innanzi a codesta Corte conflitto di attribuzioni nei confronti dello Stato, chiedendo che venga dichiarato che *non spetta allo Stato* di disciplinare con regolamento ed in modo direttamente vincolante i lavori pubblici di interesse provinciale di competenza della ricorrente Provincia Autonoma, *e conseguentemente annullare* il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999 n. 554, concernente «Regolamento di attuazione della legge-quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni», nella parte in cui esso intende disciplinare lavori pubblici di interesse provinciale, e segnatamente negli articoli 1, commi 2 e 3, e 188, comma 8, per violazione di principi e norme costituzionali statutari e attuativi.

Si è costituito per resistere il Presidente del Consiglio dei Ministri, concludendo perché la Corte dichiarò inammissibile o comunque respinga il ricorso.

A) Il ricorso per conflitto di attribuzioni parrebbe in primo luogo non ammissibile, e ciò in quanto l'atto impugnato (il d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554) siccome invasivo della sfera di competenza provinciale ha soltanto la forma, o la veste, di regolamento, ma possiede la sostanza, e la forza, di legge (generale e astratta), in quanto trattasi di regolamento c.d. delegificato, cui tali forza e sostanza sono stati attribuiti dall'art. 3, comma 1, della legge-quadro 11 febbraio 1994 n. 109 (con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 17, comma 2, della

legge 23 agosto 1988 n. 400 per la disciplina di materie non coperte da riserva assoluta di legge). Pertanto, nei riguardi di un atto dello Stato dotato di tale forza (di legge) non sembra possa instaurarsi conflitto di attribuzioni, bensì impugnativa diretta dell'atto avente forza di legge ai sensi dell'art. 2 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1 nonché art. 32 legge 11 marzo 1953 n. 87, peraltro entro il termine (in vigore *prima* della modifica dell'art. 127 Cost, introdotto con l'art. 8 della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3) di 30 *giorni dalla pubblicazione* della legge (nella specie avvenuta in *Gazzetta Ufficiale* 28 aprile 2000 n. 98, S.O. n. 66/2), anziché quello di 60 giorni previsto per i conflitti di attribuzione ai sensi dell'art. 39, comma 2, della legge 11 marzo 1953 n. 87. Il ricorso *de quo agitur*, notificato il 26 giugno 2000, risulta pertanto inammissibile e comunque anche a volerlo considerare, in via di conversione dell'atto processuale, quale impugnativa diretta, palesemente tardivo (rispetto alla disciplina decadenziale vigente all'epoca della sua proposizione).

B) Il ricorso risulta comunque del tutto infondato nel merito. Con esso la Provincia Autonoma di Bolzano lamenta la violazione delle proprie attribuzioni di cui agli artt. 8, n. 17, e 16 dello statuto speciale (in particolare, art. 2 del d.lgs 16 marzo 1992 n. 266) nonché dell'art. 107 dello statuto. Tale violazione graverebbe sui principi costituzionali relativi ai rapporti tra fonti statali e regionali; viene, inoltre, lamentata la violazione del principio di legalità.

Ad avviso della ricorrente, infatti, il regolamento impugnato sarebbe privo di fondamento legale in quanto la legge n. 109/1994 aveva stabilito che il regolamento governativo non dovesse riguardare anche regioni e province autonome.

La ricorrente, pertanto, chiede alla Corte Costituzionale la dichiarazione di non spettanza allo Stato del potere di disciplinare, con il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, i lavori pubblici di interesse regionale di competenza della ricorrente Provincia Autonoma e chiede, per l'effetto, l'annullamento delle disposizioni di cui all'art. 1, commi 2 e 3, e dell'art. 188, commi 8-10, del presente regolamento.

Le censure devono essere respinte.

In primo luogo, infatti, per quanto riguarda il criterio della prevalenza del finanziamento statale (art. 1, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica n. 554/1999) ai fini dell'applicabilità delle norme del regolamento alle Regioni, occorre rilevare che esso attiene ad un aspetto connesso a *valutazioni discrezionali di allocazione di ingenti risorse finanziarie*, con conseguente sottrazione di fondi da destinare ad altre possibili finalità sicuramente di interesse dello Stato; l'interesse «regionale» - che ovviamente non può essere legato a parametri fissi e predeterminabili, quale ad esempio quello meramente territoriale - diventa in tal modo recessivo nell'ambito della qualificazione da darsi all'interesse ai sensi dell'art. 117 della Costituzione.

Per quanto concerne poi il riferimento alle «materie non oggetto di potestà legislativa a norma dell'articolo 117 della Costituzione», deve evidenziarsi che la vastità degli ambiti oggetto del regolamento postula certamente la regolamentazione di *materie che non attengono alla legislazione regionale dei lavori pubblici* rigidamente intesa (quali, ad esempio, la disciplina delle società di ingegneria, quella relativa alla definizione delle controversie, nonché alle garanzie).

Va inoltre osservato che la riforma operata dal legislatore nel settore dei lavori pubblici si fonda essenzialmente sulla stretta connessione tra le norme contenute nella legge quadro e quelle del regolamento delegificante, tale da non poter essere considerati operanti i principi contenuti nella legge, se non tradotti nella disciplina contenuta nel decreto in questione, ove naturalmente non trasposti nelle leggi regionali, come previsto al comma 3 dell'articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 554/1999.

Occorre aggiungere, infine, che laddove il riferimento all'art. 10 della legge n. 62 del 1953 sembra escludere le Regioni a statuto speciale e le province autonome dall'obbligo di adeguare la propria legislazione ai nuovi principi recati dalla legge quadro e dal regolamento, tale obbligo deriva direttamente dall'articolo 1, comma 2, della legge n. 109/1994, attraverso il richiamo espresso ai principi di riforma economica sociale.

Per le suesposte considerazioni, il Presidente del Consiglio dei Ministri insiste nelle conclusioni di inammissibilità e comunque di rigetto già formulate nell'atto di costituzione.

Roma, 22 febbraio 2003 – *Avv. Paolo Cosentino*».

Sussidiarietà e leale collaborazione nel sistema delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici

(Corte Costituzionale, sentenza 25 settembre - 1° ottobre 2003 n.303)

Nel contesto delle decisioni della Corte Costituzionale merita una particolare attenzione la sentenza n. 303 del 1° ottobre 2003, pronunciata nel giudizio di costituzionalità, promosso dalle Regioni, sulla delega al governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici di cui alla legge n. 443/2001, sulle modificazioni a tale disciplina introdotte dalla legge n. 166 del 2002 e sulla relativa legislazione delegata. L'importanza della decisione è nella circostanza che la Corte Costituzionale individua un limite funzionale all'operatività del criterio della competenza legislativa residuale delle Regioni di cui all'art. 117 del nuovo Titolo V, nei principi di sussidiarietà e di necessaria collaborazione.

La sussidiarietà opera – secondo la Corte Costituzionale – come criterio di allocazione al livello più adeguato delle funzioni, anche legislative, col solo limite che i presupposti per tale modificazione funzionale della competenza siano concretamente saggiati in un rapporto di concreta collaborazione con le Regioni e gli altri soggetti incisi.

Il principio così introdotto apre un varco di ragionevolezza nel quadro interpretativo del nuovo Titolo V e sembra essere stato adottato in prospettiva dalla Corte Costituzionale come misura concreta per valutare gli eventuali sconfinamenti statali nell'area della legislazione riservata alle Regioni.

G.F.

Corte Costituzionale, sentenza 25 settembre - 1° ottobre 2003 n. 303 – *Presidente* R. Chieppa – *Redattore* C. Mezzanotte – *Giudice* G. Zagrebelsky (ct. 41387/02 ed altri, Avv. dello Stato P. Cosentino).

«(omissis) Considerato in diritto 1. — Le Regioni Marche, Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna e la Provincia autonoma di Trento (reg. ric. nn. 9, 11, 13-15 del 2002) denunciano la legge 21 dicembre 2001, n. 443 (Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive), cosiddetta «legge obiettivo», il cui unico articolo è impugnato in più commi e, segnatamente, nei commi da 1 a 12 e nel comma 14, censurati per asserito contrasto con gli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione.

La Regione Toscana (reg. ric. n. 68 del 2002) impugna, per contrasto con gli artt. 117, 118 e 119 Cost., anche l'art. 13, commi 1, 3, 4, 5, 6 e 11, della legge 1° agosto 2002, n. 166 (Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti), che reca alcune modifiche alla legge n. 443 del 2001.

La Regione Toscana, la Provincia autonoma di Bolzano, la Regione Marche e la Provincia autonoma di Trento (reg. ric. nn. 79-81 e 83 del 2002) denunciano altresì numerosi articoli del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 (Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale), in riferimento agli artt. 76, 117, 118 e 120 Cost., nonché allo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, nel testo approvato con d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige).

Infine, le Regioni Campania, Toscana, Marche, Basilicata, Emilia-Romagna, Umbria e Lombardia ed il comune di Vercelli (reg. ric. nn. 84-91 del 2002) impugnano sia l'intero testo del decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198 (Disposizioni volte ad accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese, a norma dell'art. 1, comma 2, della legge 21 dicembre 2001, n. 443), sia, specificamente, numerosi articoli del medesimo decreto legislativo, lamentando la violazione degli artt. 3, 9, 32, 41, 42, 44, 70, 76, 77, 97, 114, 117, 118 e 119 Cost., nonché dell'art. 174 del trattato istitutivo della Comunità europea.

1.1. — La stretta connessione per oggetto e per titolo delle norme denunciate, tutte contenute nella legge di delega n. 443 del 2001 e nei decreti legislativi n. 190 e n. 198 del 2002 che se ne proclamano attuativi, nonché la sostanziale analogia delle censure prospettate dalle ricorrenti, rendono opportuna la trattazione congiunta dei ricorsi, che vanno quindi decisi con un'unica sentenza.

2. — Prima di affrontare nel merito le censure proposte dalle ricorrenti è opportuno soffermarsi sul contenuto della legge n. 443 del 2001. Si tratta di una disciplina che definisce il procedimento da seguire per l'individuazione, la localizzazione e la realizzazione delle infrastrutture pubbliche e private e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese. Il procedimento si articola secondo queste cadenze: il compito di individuare le suddette opere, da assolversi «nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle Regioni», è conferito al Governo (comma 1). Nella sua originaria versione la disposizione stabiliva che l'individuazione avvenisse, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, a mezzo di un programma «formulato su proposta dei Ministri competenti, sentite le Regioni interessate, ovvero su proposta delle Regioni, sentiti i Ministri competenti». Il programma doveva tener conto del piano generale dei trasporti e doveva essere inserito nel Documento di programmazione economico-finanziaria (DPEF), con indicazione degli stanziamenti necessari per la realizzazione delle opere. Nell'individuare le infrastrutture e gli insediamenti strategici il Governo era tenuto a procedere «secondo finalità di riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale» e ad indicare nel disegno di legge finanziaria «le risorse necessarie, che integrano i finanziamenti pubblici, comunitari e privati allo scopo disponibili». L'originario comma 1 prevedeva, infine, che «in sede di prima applicazione della presente legge il programma è approvato dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) entro il 31 dicembre 2001».

Il comma 1 dell'art. 1 della legge n. 443 del 2001 è stato modificato dall'art. 13, comma 3, della legge 1° agosto 2002, n. 166, che ha mantenuto in capo al Governo l'individuazione delle infrastrutture e degli insediamenti strategici e di preminente interesse nazionale, ma ha elevato il livello di coinvolgimento delle Regioni e delle Province autonome, introducendo espressamente un'intesa: in base all'art. 1, comma 1, attualmente vigente, l'individuazione delle opere si definisce a mezzo di un programma che è predisposto dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti «d'intesa con i Ministri competenti e le Regioni o Province autonome interessate». Tale programma deve essere inserito sempre nel DPEF ma previo parere del CIPE e «previa intesa della Conferenza unificata», e gli interventi in esso previsti «sono automaticamente inseriti nelle intese istituzionali di programma e negli accordi di programma quadro nei comparti idrici ed ambientali [...] e sono compresi in un'intesa generale quadro avente validità pluriennale tra il Governo e ogni singola Regione o Provincia autonoma, al fine del congiunto coordinamento e realizzazione delle opere». Anche nella sua attuale versione la norma ribadisce tuttavia che «in sede di prima applicazione della presente legge il programma è approvato dal CIPE entro il 31 dicembre 2001».

Regolata la fase di individuazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale, la legge n. 443 del 2001, al comma 2, conferisce al Governo la delega ad emanare, entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi «volti a definire un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti individuati ai sensi del comma 1», dettando, alle lettere da *a*) ad *o*) del medesimo comma 2, i principi e i criteri direttivi per l'esercizio del potere legislativo delegato. Questi ultimi investono molteplici aspetti di carattere procedimentale: sono fissati i moduli procedurali per addivenire all'approvazione dei progetti, preliminari e definitivi, delle opere [lettere *b*) e *c*)], dovendo risultare, quelli preliminari, «com-

prensivi di quanto necessario per la localizzazione dell'opera d'intesa con la Regione o la Provincia autonoma competente, che, a tal fine, provvede a sentire preventivamente i comuni interessati» [lettera *b*]); sono individuati i modelli di finanziamento [tecnica di finanza di progetto: lettera *a*)], di affidamento [contraente generale o concessionario: in particolare lettere *e*) ed *f*)] e di aggiudicazione [lettere *g*) e *h*)], ed è predisposta la relativa disciplina, anche in deroga alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, ma nella prescritta osservanza della normativa comunitaria.

L'assetto procedimentale così sinteticamente descritto — che trova ulteriore svolgimento in numerose altre disposizioni della legge n. 443 del 2001, tra le quali quelle sulla disciplina edilizia (commi da 6 a 12 e comma 14), anch'esse impugnate — si completa con il comma 3-*bis*, introdotto dal comma 6 dell'art. 13 della legge n. 166 del 2002, il quale prevede una procedura di approvazione dei progetti definitivi «alternativa» a quella stabilita dal precedente comma 2, demandata ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri previa deliberazione del CIPE integrato dai Presidenti delle Regioni e Province autonome interessate, sentita la Conferenza unificata e previo parere delle competenti commissioni parlamentari.

2.1. — Questa Corte non è chiamata, nella odierna sede, a giudicare se le singole opere inserite nel programma meritino di essere considerate strategiche, se sia corretta la loro definizione come interventi di preminente interesse nazionale o se con tali qualificazioni siano lese competenze legislative delle Regioni. Simili interrogativi potranno eventualmente porsi nel caso di impugnazione della deliberazione approvativa del programma, che non ha natura legislativa. In questa sede si tratta solo di accertare se il complesso *iter* procedimentale prefigurato dal legislatore statale sia *ex se* invasivo delle attribuzioni regionali; si deve cioè appurare se il legislatore nazionale abbia titolo per assumere e regolare l'esercizio di funzioni amministrative su materie in relazione alle quali esso non vanta una potestà legislativa esclusiva, ma solo una potestà concorrente.

Il nuovo art. 117 Cost. distribuisce le competenze legislative in base ad uno schema imperniato sulla enumerazione delle competenze statali; con un rovesciamento completo della previgente tecnica del riparto sono ora affidate alle Regioni, oltre alle funzioni concorrenti, le funzioni legislative residuali.

In questo quadro, limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (*konkurrierende Gesetzgebung*) o alla *clausola di supremazia* nel sistema federale statunitense (*Supremacy Clause*)]. Anche nel nostro sistema costituzionale sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principi giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica. Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto nell'art. 118, primo comma, Cost., il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida, come si chiarirà subito appresso, la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. È del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come *subsidium* quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni,

con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto.

2.2. — Una volta stabilito che, nelle materie di competenza statale esclusiva o concorrente, in virtù dell'art. 118, primo comma, la legge può attribuire allo Stato funzioni amministrative e riconosciuto che, in ossequio ai canoni fondanti dello Stato di diritto, essa è anche abilitata a organizzarle e regolarle, al fine di renderne l'esercizio permanentemente raffrontabile a un parametro legale, resta da chiarire che i principi di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificare una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata. Che dal congiunto disposto degli artt. 117 e 118, primo comma, sia desumibile anche il principio dell'intesa consegue alla peculiare funzione attribuita alla sussidiarietà, che si discosta in parte da quella già conosciuta nel nostro diritto di fonte legale. Enunciato nella legge 15 marzo 1997, n. 59, come criterio ispiratore della distribuzione legale delle funzioni amministrative fra lo Stato e gli altri enti territoriali e quindi già operante nella sua dimensione meramente statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, quel principio, con la sua incorporazione nel testo della Costituzione, ha visto mutare il proprio significato. Accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come *ratio* ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie.

Ecco dunque dove si fonda una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e dell'adeguatezza. Si comprende infatti come tali principi non possano operare quali mere formule verbali capaci con la loro sola evocazione di modificare a vantaggio della legge nazionale il riparto costituzionalmente stabilito, perché ciò equivarrebbe a negare la stessa rigidità della Costituzione. E si comprende anche come essi non possano assumere la funzione che aveva un tempo l'interesse nazionale, la cui sola allegazione non è ora sufficiente a giustificare l'esercizio da parte dello Stato di una funzione di cui non sia titolare in base all'art. 117 Cost. Nel nuovo Titolo V l'equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale.

Ciò impone di annettere ai principi di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, oltretutto le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà.

2.3. — La disciplina contenuta nella legge n. 443 del 2001, come quella recata dal decreto legislativo n. 190 del 2002, investe solo materie di potestà statale esclusiva o concorrente ed è quindi estranea alla materia del contendere la questione se i principi di sussidiarietà e adeguatezza permettano di attrarre allo Stato anche competenze legislative residuali delle Regioni. Ed è opportuno chiarire fin d'ora, anche per rendere più agevole il successivo argomentare della presente sentenza, che la mancata inclusione dei «lavori pubblici» nella elencazione dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti.

3. — Alla stregua dei paradigmi individuati nei paragrafi che precedono, devono essere saggiate le censure che si appuntano sulla legge n. 443 del 2001, nella sua versione originaria ed in quella modificata dalla legge n. 166 del 2002.

3.1. — Per primo deve essere esaminato il ricorso della Provincia autonoma di Trento, nel quale vengono censurati i commi da 1 a 4 dell'art. 1 della legge n. 443 del 2001 sul parametro dell'art. 117 Cost. Il ricorso è proposto sulla premessa che le competenze Provinciali fondate sullo statuto speciale non siano scalfite; sarebbero invece lese le attribuzioni spettanti alla Provincia ai sensi dell'art. 117 Cost., in virtù della clausola di favore contenuta nell'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, secondo la quale alle Regioni speciali e alle Province autonome, fino all'adeguamento dei rispettivi statuti, si applica la disciplina del nuovo Titolo V nella parte in cui assicura forme di autonomia più ampie rispetto a quelle previste dagli statuti stessi. In particolare, il comma 5 del denunciato art. 1, nel fare salve le competenze delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome, di cui agli statuti speciali e alle relative norme di attuazione, lascerebbe indenni le attribuzioni di cui al d.P.R. 22 marzo 1974, n. 381, per il quale, per gli interventi concernenti le autostrade (art. 19), la viabilità, le linee ferroviarie e gli aerodromi (art. 20), lo Stato deve ottenere la previa intesa della Provincia. Del pari la posizione della Provincia risulterebbe garantita dal decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, e segnatamente dall'art. 4, che le riserva «la gestione amministrativa di ogni opera che lo statuto non assegni alla competenza statale».

La Provincia, ponendo a base del proprio ricorso la violazione di competenze più ampie rispetto a quelle statutarie, che assume derivanti dall'art. 117 Cost., aveva l'onere di individuarle nel raffronto con le competenze statutarie, che, per sua stessa ammissione, sono fatte salve dalla legge oggetto di impugnazione. Ai fini di una corretta instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale la ricorrente non poteva quindi limitarsi al mero richiamo all'art. 117 Cost.

Il ricorso è pertanto inammissibile.

3.2. — In via preliminare va dichiarato inammissibile il congiunto intervento *ad adiuvandum* dell'Associazione Italia Nostra-Onlus, di Legambiente-Onlus, dell'Associazione italiana per il *World Wide Fund For Nature* (WWF)-Onlus, nel giudizio instaurato con il ricorso della Regione Toscana avverso la legge n. 166 del 2002. Va qui ribadito l'orientamento consolidato di questa Corte secondo il quale nei giudizi di legittimità costituzionale in via di azione non è ammessa la presenza di soggetti diversi dalla parte ricorrente e dal titolare della potestà legislativa il cui esercizio è oggetto di contestazione (cfr., da ultimo, sentenze n. 49 del 2003, n. 533 e n. 510 del 2002, n. 382 del 1999).

4. — Le Regioni Marche, Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna denunciano il comma 1 nella sua prima formulazione, lamentando anzitutto la violazione dell'art. 117 Cost., perché la relativa disciplina non sarebbe ascrivibile ad alcuna delle materie di competenza legislativa esclusiva statale; e del resto, argomentano le ricorrenti, non essendo più contemplata dall'art. 117 Cost. la materia dei «lavori pubblici di interesse nazionale», non sarebbe possibile far riferimento alla dimensione nazionale dell'interesse al fine di escludere la potestà legislativa regionale o Provinciale.

Le predette ricorrenti sostengono poi che l'individuazione delle grandi opere potrebbe, in parte, rientrare in uno degli ambiti materiali individuati dall'art. 117, terzo comma, Cost. (quali porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia), ma la disposizione censurata, da un lato, detterebbe una disciplina di dettaglio e non di principio e quindi sarebbe comunque lesiva dell'autonomia legislativa regionale; dall'altro, escluderebbe le Regioni dal processo «codecisionale», che dovrebbe essere garantito attraverso lo strumento dell'intesa.

La Regione Marche denuncia inoltre il medesimo comma 1 per contrasto con gli artt. 118 e 119 Cost., sul rilievo che non sarebbero stati rispettati i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza e che sarebbe stata lesa l'autonomia finanziaria regionale con l'attribuzione al Governo del compito di reperire tutti i finanziamenti.

La Regione Toscana, con distinto e successivo ricorso, impugna il comma 1 anche nella formulazione modificata dall'art. 13, comma 3, della legge n. 166 del 2002, ribadendo che la disposizione violerebbe l'art. 117 Cost., in quanto non troverebbe fondamento nella competenza legislativa statale esclusiva o concorrente; e in ogni caso, in quanto detterebbe una disciplina compiuta, dettagliata e minuziosa che precluderebbe alla Regione ogni possibilità di scelta. La ricorrente deduce altresì la violazione dell'art. 118, primo comma, Cost., assumendo che, da un lato, non sarebbero stati rispettati i criteri di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza; dall'altro, le esigenze di esercizio unitario di cui parla l'art. 118 Cost., non

autorizzerebbero una deroga al riparto della potestà legislativa posto dall'art. 117 Cost. Infine, sempre ad avviso della Regione Toscana, l'introduzione di un'intesa con le Regioni interessate e con la Conferenza unificata ai fini dell'individuazione delle grandi opere non consentirebbe di eliminare i prospettati dubbi di incostituzionalità, giacché l'intesa non garantirebbe una reale forma di coordinamento paritario, in assenza di meccanismi atti ad impedire che essa sia recessiva dinanzi al preminente potere dello Stato, che potrebbe procedere anche a fronte del motivato dissenso regionale.

4.1. — Vanno scrutinate nel merito le censure che le Regioni sollevano avverso il comma 1, dell'art. 1 della legge n. 443 del 2001, anche quelle che ne investono l'originaria versione, dovendosi escludere che le sopravvenute modifiche recate dall'art. 13, comma 3, della legge n. 166 del 2002, abbiano determinato sul punto una cessazione della materie del contendere. Ciò in quanto proprio in base alla disposizione originaria è stato approvato il programma delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi da parte del CIPE (con delibera n. 121 del 21 dicembre 2001) ed è a tale programma che fa riferimento anche il comma 1 nel testo novellato dall'art. 13 della legge n. 166 del 2002, come può desumersi chiaramente dal fatto che la norma, riprendendo in parte la disposizione anteriore, stabilisce che «in sede di prima applicazione della presente legge il programma è approvato dal CIPE entro il 31 dicembre 2001».

Tutte le censure sono infondate e per dar conto di ciò è bene esaminare preliminarmente l'impugnazione proposta dalla sola Regione Toscana avverso il comma 1, nel testo sostituito dalla legge 1° agosto 2002, n. 166.

Quando si intendano attrarre allo Stato funzioni amministrative in sussidiarietà, di regola il titolo del legiferare deve essere reso evidente in maniera esplicita perché la sussidiarietà deroga al normale riparto delle competenze stabilito nell'art. 117 Cost. Tuttavia, nel caso presente, l'assenza di un richiamo espresso all'art. 118, primo comma, non fa sorgere alcun dubbio circa l'oggettivo significato costituzionale dell'operazione compiuta dal legislatore: non di lesione di competenza delle Regioni si tratta, ma di applicazione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza, che soli possono consentire quella attrazione di cui si è detto. Predisporre un programma di infrastrutture pubbliche e private e di insediamenti produttivi è attività che non mette capo ad attribuzioni legislative esclusive dello Stato, ma che può coinvolgere anche potestà legislative concorrenti (governo del territorio, porti e aeroporti, grandi reti di trasporto, distribuzione nazionale dell'energia, ecc.). Per giudicare se una legge statale che occupi questo spazio sia invasiva delle attribuzioni regionali o non costituisca invece applicazione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza diviene elemento valutativo essenziale la previsione di un'intesa fra lo Stato e le Regioni interessate, alla quale sia subordinata l'operatività della disciplina. Nella specie l'intesa è prevista e ad essa è da ritenersi che il legislatore abbia voluto subordinare l'efficacia stessa della regolamentazione delle infrastrutture e degli insediamenti contenuta nel programma di cui all'impugnato comma 1 dell'art. 1. Nel congegno sottostante all'art. 118, l'attrazione allo Stato di funzioni amministrative da regolare con legge non è giustificabile solo invocando l'interesse a un esercizio centralizzato di esse, ma è necessario un procedimento attraverso il quale l'istanza unitaria venga saggiata nella sua reale consistenza e quindi commisurata all'esigenza di coinvolgere i soggetti titolari delle attribuzioni attratte, salvaguardandone la posizione costituzionale. Ben può darsi, infatti, che nell'articolarsi del procedimento, al riscontro concreto delle caratteristiche oggettive dell'opera e dell'organizzazione di persone e mezzi che essa richiede per essere realizzata, la pretesa statale di attrarre in sussidiarietà le funzioni amministrative ad essa relative risulti vanificata, perché l'interesse sottostante, quale che ne sia la dimensione, possa essere interamente soddisfatto dalla Regione, la quale, nel contraddittorio, ispirato al canone di leale collaborazione, che deve instaurarsi con lo Stato, non solo allegri, ma argomenti e dimostri la propria adeguatezza e la propria capacità di svolgere in tutto o in parte la funzione.

L'esigenza costituzionale che la sussidiarietà non operi come aprioristica modificazione delle competenze regionali in astratto, ma come metodo per l'allocazione di funzioni a livello più adeguato, risulta dunque appagata dalla disposizione impugnata nella sua attuale formulazione.

Chiarito che la Costituzione impone, a salvaguardia delle competenze regionali, che una intesa vi sia, va altresì soggiunto che non è rilevante se essa preceda l'individuazione delle

infrastrutture ovvero sia successiva ad una unilaterale attività del Governo. Se dunque tale attività sia stata già posta in essere, essa non vincola la Regione fin quando l'intesa non venga raggiunta.

In questo senso sono quindi da respingere anche le censure che le ricorrenti indirizzano contro il comma 1 dell'art. 1 della legge n. 443 del 2001, nella versione anteriore alla modifica recata dalla legge n. 166 del 2002, per il fatto che in essa era previsto che le Regioni fossero solo sentite singolarmente ed in Conferenza unificata e non veniva invece esplicitamente sancito il principio dell'intesa. L'interpretazione coerente con il sistema dei rapporti Stato-Regioni affermato nel nuovo Titolo V impone infatti di negare efficacia vincolante a quel programma su cui le Regioni interessate non abbiano raggiunto un'intesa per la parte che le riguarda, come nel caso della deliberazione CIPE del 21 dicembre 2001, n. 121.

5. — Tutte le Regioni ricorrenti impugnano il comma 2 dell'art. 1, che detta — dalla lettera *a)* alla lettera *o)* — i principi ed i criteri direttivi in base ai quali il Governo è chiamato ad emanare, entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi «volti a definire un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti individuati ai sensi del comma 1».

Con analoghe censure, che evocano il contrasto con l'art. 117 Cost., e, per la Regione Marche, anche gli artt. 118 e 119 Cost., si deduce anzitutto che la prevista normativa derogatoria della legge quadro sui lavori pubblici n. 109 del 1994 violerebbe la potestà legislativa esclusiva delle Regioni in materia di appalti e lavori pubblici.

Si sostiene inoltre che le competenze regionali sarebbero ugualmente violate anche se si ricadesse nell'ambito della potestà legislativa concorrente, perché il denunciato comma 2, detterebbe una disciplina compiuta e di dettaglio, non cedevole rispetto ad una eventuale futura legislazione regionale.

Le censure sono genericamente formulate e quindi inammissibili. Per comprenderlo è sufficiente la ricognizione del contenuto delle disposizioni denunciate.

Il comma 2 dell'art. 1 della legge n. 443 del 2001, ha ad oggetto la delega ad emanare uno o più decreti legislativi volti a definire il quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi individuati ai sensi del comma 1. Nell'esercizio della delega il Governo, autorizzato a riformare le procedure per la valutazione di impatto ambientale (VIA) e l'autorizzazione integrata ambientale, nel rispetto dell'art. 2 della direttiva 85/337/CEE, come modificata dalla direttiva 97/11/CE, e ad introdurre un regime speciale anche derogatorio di numerose disposizioni della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che non siano necessaria ed immediata applicazione delle direttive comunitarie, è tenuto a rispettare i principi e criteri direttivi fissati nelle lettere da *a)* ad *o)* del medesimo comma 2.

Come già detto in precedenza, l'indirizzo imposto al legislatore delegato investe una molteplicità di aspetti a carattere procedimentale e muove dal modello di finanziamento delle opere, con il concorso del capitale privato, attraverso la disciplina della tecnica di finanza di progetto [lettera *a)*] per finanziare e realizzare le infrastrutture e gli insediamenti di cui al comma 1.

La delega autorizza poi il Governo a definire i moduli procedurali sostitutivi di quelli previsti per il rilascio dei provvedimenti concessori o autorizzatori di ogni specie, avuto riguardo anche alla durata delle procedure per l'approvazione dei progetti preliminari, «comprensivi di quanto necessario per la localizzazione dell'opera d'intesa con la Regione o la Provincia autonoma competente, che, a tal fine, provvede a sentire preventivamente i comuni interessati, e, ove prevista, della VIA», nonché a prefigurare le procedure necessarie per la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e per l'approvazione del progetto definitivo, con previsione di termini perentori per la risoluzione delle interferenze con servizi pubblici e privati e di responsabilità patrimoniali in caso di mancata tempestiva risoluzione [lettera *b)*].

Viene quindi impartita al Governo la direttiva di attribuire al CIPE, integrato dai Presidenti delle Regioni interessate, il compito di valutare le proposte dei promotori, di approvare il progetto preliminare e quello definitivo, di vigilare sull'esecuzione dei progetti approvati, adottando i provvedimenti concessori ed autorizzatori necessari, comprensivi della localizzazione dell'opera e, ove prevista, della VIA istruita dal competente Ministero. Si prescrive inoltre che vengano affidati al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti compiti

di istruttoria e di formulazione di proposte e quello di assicurare il supporto necessario per l'attività del CIPE, eventualmente tramite un'apposita struttura tecnica di *advisor* e di commissari straordinari [lettera *c*]).

La delega prosegue autorizzando la modificazione della disciplina in materia di conferenza di servizi e dettando i criteri ispiratori per il suo funzionamento [lettera *d*]).

Vengono quindi individuati i modelli di affidamento e di aggiudicazione concernenti la realizzazione delle opere di cui al comma 1, e prefigurata la cornice della rispettiva disciplina, anche in deroga alla legge n. 109 del 1994, ma si impone al Governo il rispetto della normativa comunitaria.

Si prevede inoltre che il legislatore delegato affidi la realizzazione delle infrastrutture strategiche ad un unico soggetto contraente generale o concessionario [lettera *e*]) e si dettano i criteri che devono presiedere alla disciplina dell'affidamento a contraente generale, con riferimento all'art. 1 della direttiva 93/37/CEE [lettera *f*]).

Quanto poi al soggetto aggiudicatore, si stabilisce l'obbligo, nel caso in cui l'opera sia realizzata prevalentemente con fondi pubblici, di rispettare la normativa europea in tema di evidenza pubblica e di scelta dei fornitori di beni o servizi, «ma con soggezione ad un regime derogatorio rispetto alla citata legge n. 109 del 1994 per tutti gli aspetti di essa non aventi necessaria rilevanza comunitaria» [lettera *g*]). Al tempo stesso si autorizza, nel rispetto della normativa comunitaria ed al fine di favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici, l'introduzione di specifiche deroghe alla vigente disciplina in materia di aggiudicazione di lavori pubblici e di realizzazione degli stessi, indicando i criteri per regolamentare l'attività del contraente generale e la costituzione di società di progetto [lettera *h*]).

La delega investe ancora i profili concernenti l'individuazione di misure adeguate per valutare il regolare assolvimento degli obblighi assunti dal contraente generale [lettera *i*]), la previsione, nel caso di concessione di opera pubblica unita a gestione della stessa, di appositi meccanismi di corresponsione del prezzo al concessionario, nonché di fissazione della durata della concessione medesima [lettera *l*]), con il rispetto dei relativi piani finanziari [lettera *m*]).

La delega detta criteri anche in ordine alle forme di tutela risarcitoria susseguente alla stipula dei contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento a contraente generale, prescrivendo che debba essere esclusa la reintegrazione in forma specifica e ristretta la tutela cautelare, per tutti gli interessi patrimoniali, «al pagamento di una provvisoria» [lettera *n*]). Infine si stabilisce che il Governo debba prevedere, per le procedure di collaudo delle opere, «termini perentori che consentano, ove richiesto da specifiche esigenze tecniche, il ricorso anche a strutture tecniche esterne di supporto alle commissioni di collaudo» [lettera *o*]).

Si è dunque in presenza di una disciplina particolarmente complessa che insiste su una pluralità di materie, tra loro intrecciate, ascrivibili non solo alla potestà legislativa concorrente ma anche a quella esclusiva dello Stato (ad esempio la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema). In un quadro normativo siffatto, le censure mosse dalle ricorrenti non raggiungono il livello di specificità che si richiede ai fini di uno scrutinio di merito (in tal senso v. sentenza n. 384 del 1999), poiché nei motivi di ricorso non vi è neppure una sintetica esposizione delle ragioni per cui le disposizioni contenute nel comma 2 denunciato, singolarmente considerate, determinino una lesione delle attribuzioni regionali.

6. — Sono invece sufficientemente circostanziate le questioni che le Regioni Umbria ed Emilia-Romagna sollevano sulle lettere *g*) ed *n*), del comma 2, sostenendone il contrasto con il «diritto europeo». In particolare la lettera *g*), nella parte in cui circoscrive l'obbligo per il soggetto aggiudicatore di rispettare la normativa europea in tema di evidenza pubblica solo «nel caso in cui l'opera sia realizzata prevalentemente con fondi pubblici», violerebbe la direttiva 93/37/CEE, alla quale non sarebbe conforme neppure nel caso del ricorso all'istituto della concessione di lavori pubblici (art. 3 § 1) o all'affidamento ad unico soggetto contraente generale.

La questione deve essere scrutinata nel merito, nel senso della non fondatezza, a prescindere dal problema più generale, che investe ora l'interpretazione dell'art. 117, primo comma, Cost., se ed entro quali limiti l'ipotesi di contrasto di una norma interna con l'ordinamento comunitario sia idonea a radicare la competenza del giudice delle leggi.

Nei giudizi di impugnazione deve essere tenuto fermo l'orientamento già espresso da questa Corte (sentenze n. 85 del 1999, n. 94 del 1995 e n. 384 del 1994), secondo il quale il valore costituzionale della certezza e della chiarezza normativa deve fare aggio su ogni altra considerazione soprattutto quando una esplicita clausola legislativa di salvaguardia del diritto comunitario renda, come nella specie, manifestamente insussistente il denunciato contrasto.

La lettera *g)* dell'art. 2, infatti, contiene una delega al Governo perché siano adottate procedure di aggiudicazione anche derogatorie rispetto alla legge n. 109 del 1994 quando non si tratti di opere realizzate prevalentemente con fondi pubblici, ma non autorizza il Governo a violare il diritto comunitario: al contrario si prevede che la deroga non debba riguardare gli aspetti aventi necessaria rilevanza comunitaria. Anche la disciplina dell'aggiudicazione in appalto di opere realizzate con prevalenti fondi privati dovrà quindi rispettare il diritto comunitario, qualunque ne sia il contenuto.

6.1 — La lettera *n)*, seconda frase, a sua volta, nella parte in cui restringe, per tutti gli «interessi patrimoniali», la tutela cautelare al «pagamento di una provvisoria», disattenderebbe la direttiva 89/665/CEE (c.d. direttiva ricorsi), giacché ridurrebbe «le possibilità di tutela piena per i concorrenti che lamentino violazioni delle norme comunitarie in materia di appalti».

Anche in questo caso si può prescindere dal problema appena richiamato dei rapporti tra il diritto comunitario e il diritto interno e dei limiti entro i quali di questi rapporti possa conoscere la Corte Costituzionale. La questione è infatti inammissibile per difetto di interesse sotto un duplice profilo: in primo luogo, essa evoca un contrasto col diritto comunitario senza però dedurre l'esistenza di una lesione delle attribuzioni regionali; inoltre la disposizione denunciata investe la tutela giurisdizionale di terzi e non riguarda quindi materie di competenza legislativa delle Regioni.

6.2 — La Regione Toscana denuncia infine la lettera *c)* del medesimo comma 2, come sostituito dall'art. 13, comma 5, della legge n. 166 del 2002, deducendo il contrasto con gli artt. 117 e 118 Cost. Essa non garantirebbe il rispetto delle attribuzioni delle Regioni, relegate ad un ruolo meramente consultivo nell'approvazione dei progetti, demandata al CIPE, integrato dai Presidenti delle Regioni interessate. Inoltre la ricorrente, premesso che il comma 3 dell'art. 13, nel sostituire il comma 1 dell'art. 1 della legge n. 443, dispone che anche le strutture concernenti la nautica da diporto possono essere inserite nel programma delle infrastrutture strategiche, rileva che la previsione secondo cui la valutazione di impatto ambientale sulle stesse debba essere effettuata dal Ministro competente e non dalle Regioni violerebbe le attribuzioni di queste ultime in materia di porti e valorizzazione dei beni ambientali.

La questione non è fondata.

Contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, la disposizione impugnata, nell'attribuire al CIPE, integrato dai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome interessate, il compito di approvare i progetti preliminari e definitivi delle opere individuate nel programma di cui al comma 1, non circoscrive affatto il ruolo delle Regioni (o delle Province autonome) a quello meramente consultivo, giacché queste, attraverso i propri rappresentanti, sono a pieno titolo componenti dell'organo e partecipano direttamente alla formazione della sua volontà deliberativa, potendo quindi far valere efficacemente il proprio punto di vista. Occorre inoltre considerare che l'approvazione dei progetti deve essere comprensiva anche della localizzazione dell'opera, sulla quale, come già per la relativa individuazione, ai sensi del comma 1 dell'art. 1, è prevista l'intesa con la Regione o la Provincia autonoma interessata [lettera *b)* del medesimo comma 2].

Né infine può dirsi che la disposizione denunciata, come sostenuto dalla ricorrente, affidi al Ministro competente l'effettuazione della valutazione di impatto ambientale sulle opere inserite nel programma, considerato che dalla piana lettura della norma risulta che una siffatta valutazione è affidata al CIPE in composizione allargata ai rappresentanti regionali e Provinciali, mentre al Ministro è lasciata unicamente la relativa fase istruttoria.

7. — È fondata la questione di legittimità costituzionale — sollevata da tutte le ricorrenti — che investe l'art. 1, comma 3, della legge n. 443, nella parte in cui autorizza il Governo a integrare e modificare il regolamento di cui al d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, per renderlo conforme a quest'ultima legge e ai decreti legislativi di cui al comma 2.

Che ai regolamenti governativi adottati in delegificazione fosse inibito disciplinare materie di competenza regionale era già stato affermato da questa Corte avendo riguardo al quadro costituzionale anteriore all'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione. Nelle sentenze n. 333 e n. 482 del 1995 e nella più recente sentenza n. 302 del 2003 l'argomento su cui è incentrata la *ratio decidendi* è che lo strumento della delegificazione non può operare in presenza di fonti tra le quali non vi siano rapporti di gerarchia, ma di separazione di competenze. Solo la diretta incompatibilità delle norme regionali con sopravvenuti principi o norme fondamentali della legge statale può infatti determinare l'abrogazione delle prime. La ragione giustificativa di tale orientamento si è, se possibile, rafforzata con la nuova formulazione dell'art. 117, sesto comma, Cost., secondo il quale la potestà regolamentare è dello Stato, salva delega alle Regioni, nelle materie di legislazione esclusiva, mentre in ogni altra materia è delle Regioni. In un riparto così rigidamente strutturato, alla fonte secondaria statale è inibita in radice la possibilità di vincolare l'esercizio della potestà legislativa regionale o di incidere su disposizioni regionali preesistenti (sentenza n. 22 del 2003); e neppure i principi di sussidiarietà e adeguatezza possono conferire ai regolamenti statali una capacità che è estranea al loro valore, quella cioè di modificare gli ordinamenti regionali a livello primario. Quei principi, lo si è già rilevato, non privano di contenuto precettivo l'art. 117 Cost., pur se, alle condizioni e nei casi sopra evidenziati, introducono in esso elementi di dinamicità intesi ad attenuare la rigidità nel riparto di funzioni legislative ivi delineato. Non può quindi essere loro riconosciuta l'attitudine a vanificare la collocazione sistematica delle fonti conferendo primarietà ad atti che possiedono lo statuto giuridico di fonti secondarie e a degradare le fonti regionali a fonti subordinate ai regolamenti statali o comunque a questi condizionate. Se quindi, come già chiarito, alla legge statale è consentita l'organizzazione e la disciplina delle funzioni amministrative assunte in sussidiarietà, va precisato che la legge stessa non può spogliarsi della funzione regolativa affidandola a fonti subordinate, neppure predeterminando i principi che orientino l'esercizio della potestà regolamentare, circoscrivendone la discrezionalità.

8. — È fondata pure la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3-*bis*, della legge n. 443 del 2001, introdotto dall'art. 13, comma 6, della legge n. 166 del 2002, proposta dalla Regione Toscana lamentando la violazione degli artt. 117 e 118 Cost., per il fatto che alle Regioni sarebbe stato riservato un ruolo meramente consultivo nella fase di approvazione dei progetti definitivi delle opere individuate nel programma governativo.

La disposizione denunciata consente che tale approvazione, in alternativa alle procedure di cui al comma 2, avvenga con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Per questa procedura alternativa è previsto che il decreto del Presidente del Consiglio sia adottato previa deliberazione del CIPE integrato dai Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate, sentita la Conferenza unificata e previo parere delle competenti commissioni parlamentari.

Dalla degradazione della posizione del CIPE da organo di amministrazione attiva (nel procedimento ordinario) ad organo che svolge funzioni preparatorie (nel procedimento «alternativo») discende che la partecipazione in esso delle Regioni interessate non costituisce più una garanzia sufficiente, tanto più se si considera che non è previsto, nel procedimento alternativo, alcun ruolo delle Regioni interessate nella fase preordinata al superamento del loro eventuale dissenso.

9. — Tutte le Regioni impugnano il comma 4 dell'art. 1, in riferimento all'art. 117 e, limitatamente al ricorso della Regione Marche, anche agli artt. 118 e 119 Cost.

La disposizione contiene una delega al Governo ad emanare, nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi di cui al comma 2, previo parere favorevole del CIPE, integrato dai Presidenti delle Regioni interessate, sentite la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e le competenti commissioni parlamentari, uno o più decreti legislativi recanti l'approvazione definitiva di specifici progetti di infrastrutture strategiche individuate secondo quanto previsto al comma 1.

Le impugnazioni delle ricorrenti sono svolte molto succintamente e si limitano ad operare un mero rinvio agli argomenti sviluppati in relazione a disposizioni di diverso contenuto senza ulteriori precisazioni, se non quella che si verserebbe in materia di potestà legislativa residuale sulla quale lo Stato sarebbe radicalmente privo di competenza. Anche il denunciato comma 4 dell'art. 1, come le precedenti disposizioni, riguarda però materie di compe-

tenza concorrente o esclusiva dello Stato e non investe potestà residuali. Né tra queste ultime, per le ragioni già esposte, possono ritenersi compresi i lavori pubblici. Le impugnazioni vanno pertanto rigettate.

10. — Il motivo di ricorso proposto dalla Regione Marche contro l'art. 1, comma 5, della legge n. 443 del 2001, a mente del quale, ai fini della presente legge, «sono fatte salve le competenze delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome», non ha una sua autonoma consistenza ma deve essere interpretato come argomento teso a corroborare le censure svolte negli altri motivi di ricorso, sulle quali si è appena deciso.

11. — Le Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna denunciano i commi da 6 a 12 e il comma 14 dell'art. 1, che disciplinano, nel loro complesso, il regime degli interventi edilizi con disposizioni il cui contenuto conviene subito illustrare.

Il comma 6 prevede che, per determinati interventi, in alternativa a concessioni ed autorizzazioni edilizie, l'interessato possa avvalersi della denuncia di inizio attività (DIA). L'alternativa riguarda in particolare: *a*) gli interventi edilizi minori, di cui all'art. 4, comma 7, del decreto-legge n. 398 del 1993 (convertito nella legge n. 493 del 1993); *b*) le ristrutturazioni edilizie, comprensive della demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma; *c*) gli interventi ora sottoposti a concessione, se sono specificamente disciplinati da piani attuativi che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal consiglio comunale in sede di approvazione degli stessi piani o di ricognizione di quelli vigenti; *d*) i sopralzi, le addizioni, gli ampliamenti e le nuove edificazioni in diretta esecuzione di idonei strumenti urbanistici diversi da quelli indicati alla lettera *c*), ma recanti analoghe previsioni di dettaglio. Rimane ferma la disciplina previgente quanto all'obbligo di versare il contributo commisurato agli oneri di urbanizzazione ed al costo di costruzione (comma 7).

Il comma 8 stabilisce che la tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale per la realizzazione degli interventi di cui al comma 6 sia subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle disposizioni di legge vigenti e in particolare dal testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490.

Il comma 9 e il comma 10 contengono la disciplina relativa al caso in cui le opere da realizzare riguardino immobili soggetti a un vincolo la cui tutela compete, anche in via di delega, all'amministrazione comunale (comma 9) ovvero soggetti a un vincolo la cui tutela spetti ad amministrazioni diverse da quella comunale (comma 10). Nel primo caso è previsto che il termine per la presentazione della denuncia di inizio attività, di cui all'art. 4, comma 11, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 398, decorre dal rilascio del relativo atto di assenso. Nel secondo caso si prevede che, ove il parere favorevole del soggetto preposto alla tutela non sia allegato alla denuncia, il competente ufficio comunale convoca una conferenza di servizi ai sensi degli artt. 14, 14-bis, 14-ter e 14-quater della legge 7 agosto 1990, n. 241, e il termine di venti giorni per la presentazione della denuncia di inizio dell'attività decorre dall'esito della conferenza. Tanto nel caso in cui l'atto dell'autorità comunale preposta alla tutela del vincolo non sia favorevole, quanto nel caso di esito non favorevole della conferenza, la denuncia di inizio attività è priva di effetti.

Il comma 11, a sua volta, abroga il comma 8 dell'art. 4 del decreto-legge n. 398 del 1993, il quale prevedeva la possibilità di procedere ad attività edilizie minori sulla base di denuncia inizio attività a condizione che gli immobili non fossero assoggettati alle disposizioni di cui alla legge n. 1089 del 1939, alla legge n. 1497 del 1939, alla legge n. 394 del 1991, ovvero a disposizioni immediatamente operative dei piani aventi la valenza di cui all'art. 1-bis del decreto-legge n. 312 del 1985, convertito nella legge n. 431 del 1985, o dalla legge n. 183 del 1989, o che non fossero comunque assoggettati dagli strumenti urbanistici a discipline espressamente volte alla tutela delle loro caratteristiche paesaggistiche, ambientali, storico-archeologiche, storico artistiche, storico architettoniche e storico testimoniali.

In base al comma 12 le disposizioni di cui al comma 6 «si applicano nelle Regioni a statuto ordinario a decorrere dal novantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge» e «le Regioni a statuto ordinario, con legge, possono individuare quali degli interventi indicati al comma 6 sono assoggettati a concessione edilizia o ad autorizzazione edilizia». Con il comma 14 viene delegato il Governo ad emanare, entro il 30 giugno 2003, un decreto legislativo volto a introdurre nel testo unico delle disposizioni legislative e regola-

mentari in materia edilizia, di cui all'art. 7 della legge n. 50 del 1999, e successive modificazioni, le modifiche strettamente necessarie per adeguarlo alle disposizioni di cui ai commi da 6 a 13 (quest'ultima disposizione, non denunciata, fa salva la potestà legislativa esclusiva delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano).

È importante rilevare che il comma 12 è stato modificato dall'art. 13, comma 7, della legge n. 166 del 2002, il quale ha aggiunto alla versione originaria le seguenti disposizioni: «salvo che le leggi regionali pubblicate prima della data di entrata in vigore della presente legge siano già conformi a quanto previsto dalle lettere *a)*, *b)*, *c)* e *d)* del medesimo comma 6, anche disponendo eventuali categorie aggiuntive e differenti presupposti urbanistici. Le Regioni a statuto ordinario possono ampliare o ridurre l'ambito applicativo delle disposizioni di cui al periodo precedente».

Tutte le disposizioni il cui contenuto si è ora esposto hanno portata generale e prescindono dalla disciplina procedimentale concernente le infrastrutture e gli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale, della quale non costituiscono ulteriore svolgimento.

Contro di esse si orientano le censure delle ricorrenti, le quali assumono che lo Stato avrebbe violato la competenza residuale delle Regioni in materia edilizia e, subordinatamente, avrebbe leso, con una disciplina di dettaglio, la competenza regionale concorrente in materia di governo del territorio.

Nelle memorie presentate in prossimità dell'udienza, la Regione Toscana, in considerazione della sopravvenuta modifica del comma 12, ha espressamente dichiarato di rinunciare ai motivi di ricorso concernenti i commi da 6 a 12 ed il comma 14. Insistono invece nelle censure le Regioni Umbria ed Emilia-Romagna, sicché questa Corte deve pronunciarsi su di esse.

11.1. — È innanzitutto da escludersi che la materia regolata dalle disposizioni censurate sia oggi da ricondurre alle competenze residuali delle Regioni, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost. La materia dei titoli abilitativi ad edificare appartiene storicamente all'urbanistica che, in base all'art. 117 Cost., nel testo previgente, formava oggetto di competenza concorrente. La parola «urbanistica» non compare nel nuovo testo dell'art. 117, ma ciò non autorizza a ritenere che la relativa materia non sia più ricompresa nell'elenco del terzo comma: essa fa parte del «governo del territorio». Se si considera che altre materie o funzioni di competenza concorrente, quali porti e aeroporti civili, grandi reti di trasporto e di navigazione, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, sono specificamente individuati nello stesso terzo comma dell'art. 117 Cost. e non rientrano quindi nel «governo del territorio», appare del tutto implausibile che dalla competenza statale di principio su questa materia siano stati estromessi aspetti così rilevanti, quali quelli connessi all'urbanistica, e che il «governo del territorio» sia stato ridotto a poco più di un guscio vuoto.

11.2. — Chiarito che si versa in materia di competenza concorrente, resta da chiedersi se nelle disposizioni denunciate vi siano aspetti eccedenti la formulazione di un principio di legislazione. Un accurato esame della disciplina poc'anzi richiamata conduce a una risposta negativa. Non vi è nulla in essa che non sia riconducibile ad una enunciazione di principio e che possa essere qualificato normativa di dettaglio.

Giova premettere che i principi della legislazione statale in materia di titoli abilitativi per gli interventi edilizi non sono rimasti, nel tempo, immutati, ma hanno subito sensibili evoluzioni.

Dal generale e indifferenziato onere della concessione edilizia (legge n. 10 del 1977) si è passati all'autorizzazione per gli interventi di manutenzione straordinaria e fra questi al silenzio-assenso quando non siano coinvolti edifici soggetti a disciplina vincolistica (legge n. 457 del 1978). Il silenzio-assenso è stato successivamente ampliato ed esteso e fatto oggetto di specifiche previsioni procedurali (legge n. 94 del 1982, che ha convertito il decreto-legge n. 9 del 1982). Alle Regioni è stato poi attribuito (legge n. 47 del 1985) il potere di semplificare le procedure ed accelerare l'esame delle domande di concessione e di autorizzazione edilizia e di consentire, per le sole opere interne agli edifici, l'asseverazione del rispetto delle norme di sicurezza e delle norme igienico-sanitarie vigenti, secondo un modello che, in qualche modo, anticipa l'istituto della denuncia di inizio attività. Ed ancora (decreto-legge n. 398 del 1993, convertito nella legge n. 493 del 1993) sono state nuovamente

regolate le procedure per il rilascio della concessione edilizia, eliminando il silenzio-assenso e prevedendo in sua vece la nomina di un commissario regionale *ad acta* con il compito di adottare il provvedimento nei casi di inerzia del comune. Si è giunti quindi alla disciplina sostanziale e procedurale della denuncia di inizio attività (DIA) per taluni enumerati interventi edilizi, imponendo alle Regioni l'obbligo di adeguare la propria legislazione ai nuovi principi (legge n. 662 del 1996).

È dunque lungo questa direttrice, in cui lo Stato ha mantenuto la disciplina dei titoli abilitativi come appartenente alla potestà di dettare i principi della materia, che si muovono le disposizioni impugnate. Le fattispecie nelle quali, in alternativa alle concessioni o autorizzazioni edilizie, si può procedere alla realizzazione delle opere con denuncia di inizio attività a scelta dell'interessato integrano il *proprium* del nuovo principio dell'urbanistica: si tratta infatti, come agevolmente si evince dal comma 6, di interventi edilizi di non rilevante entità o, comunque, di attività che si conformano a dettagliate previsioni degli strumenti urbanistici. In definitiva, le norme impugnate perseguono il fine, che costituisce un principio dell'urbanistica, che la legislazione regionale e le funzioni amministrative in materia non risultino inutilmente gravose per gli amministrati e siano dirette a semplificare le procedure e ad evitare la duplicazione di valutazioni sostanzialmente già effettuate dalla pubblica amministrazione.

Né può dirsi che le modificazioni introdotte nell'ultimo periodo del comma 12 dell'art. 1, e cioè l'attribuzione alle Regioni del potere di ampliare o ridurre le categorie di opere per le quali è prevista in principio la dichiarazione di inizio attività, abbiano comportato, nella disciplina contenuta nel comma 6, un mutamento di natura e l'abbiano trasformata in normativa di dettaglio. Vi è solo una maggiore flessibilità del principio della legislazione statale quanto alle categorie di opere a cui la denuncia di inizio attività può applicarsi. Resta come principio la necessaria compresenza nella legislazione di titoli abilitativi preventivi ed espressi (la concessione o l'autorizzazione, ed oggi, nel nuovo testo unico n. 380 del 2001, il permesso di costruire) e taciti, quale è la DIA, considerata procedura di semplificazione che non può mancare, libero il legislatore regionale di ampliarne o ridurne l'ambito applicativo.

La materia del contendere in relazione ai commi 6 e 12 non è dunque cessata, come invece vorrebbe l'Avvocatura generale dello Stato, ma le censure che le Regioni Umbria ed Emilia-Romagna hanno tenute ferme nei confronti di queste disposizioni non possono essere accolte, giacché, anche dopo le sopravvenute modificazioni del comma 12, le disposizioni impugnate si limitano a porre principi e non costituiscono norme di dettaglio.

11.3. — Del pari va respinta la censura relativa al comma 7, il quale, senza avere il contenuto di norma di dettaglio, si limita a reiterare l'obbligo dell'interessato di versare gli oneri di urbanizzazione commisurati al costo di costruzione anche quando il titolo abilitativo consista nella denuncia di inizio attività. L'onerosità del titolo abilitativo riguarda infatti un principio della disciplina un tempo urbanistica e oggi ricompresa fra le funzioni legislative concorrenti sotto la rubrica «governo del territorio».

11.4. — Non sono fondate le questioni concernenti i commi da 8 a 11 dell'art. 1, per le quali sono svolti motivi di censura analoghi a quelli appena esaminati.

Seppure, infatti, non si fosse in presenza di una legislazione statale rientrante nell'art. 117, secondo comma, lettera *s*), Cost., che attribuisce allo Stato la competenza esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, ecosistema e beni culturali, le disposizioni censurate non eccederebbero l'ambito della potestà legislativa statale nelle materie di competenza concorrente, e in particolare nella materia «governo del territorio». In effetti esse, lungi dal porre una disciplina di dettaglio, costituiscono espressione di un principio della legislazione statale diverso da quello previgente, contenuto nell'art. 4, comma 8, del decreto-legge n. 398 del 1993 (che viene espressamente abrogato), secondo il quale può procedersi con denuncia di inizio attività anche alla realizzazione degli interventi edilizi di cui al comma 6 dell'art. 1 della legge n. 443 del 2001 che riguardano aree o immobili sottoposti a vincolo. Il legislatore, stabilito tale nuovo principio, ha coordinato l'istituto della denuncia di inizio attività con le vigenti disposizioni che pongono vincoli, a tal fine ribadendo l'indispensabilità che l'amministrazione preposta alla loro tutela esprima il proprio parere, la cui assenza priva di effetti la denuncia di inizio attività. In definitiva le disposizioni censurate si limitano

a far salva la previgente normativa vincolistica, senza alterare il preesistente quadro delle relative competenze, anche delegate alle amministrazioni comunali, e senza attrarre allo Stato ulteriori competenze. Le attribuzioni regionali non sono pertanto lese.

11.5. — Le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi inducono a ritenere priva di fondamento la censura che le ricorrenti muovono al comma 14, contenente la delega al Governo ad emanare un decreto legislativo volto ad introdurre nel testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia di cui all'art. 7 della legge 8 marzo 1999, n. 50, le modifiche strettamente necessarie per adeguarlo alle disposizioni dei commi da 6 a 13. Si sostiene dalle ricorrenti che la disposizione sia illegittima in quanto sarebbe «il concetto stesso di testo unico che ripugna al riparto costituzionale delle competenze» e ciò non soltanto per le materie residuali regionali, ma anche per le materie di competenza concorrente, nelle quali sulle Regioni grava soltanto il vincolo di conformarsi ai principi della legislazione statale.

Le disposizioni impugnate — lo si è appena visto — non sono tuttavia ascrivibili a competenze residuali e hanno il contenuto di principi che le Regioni possono svolgere con proprie norme legislative. Inserire quei principi in un testo unico già vigente è dunque operazione che non lede alcuna attribuzione regionale.

12. — La Regione Toscana ha impugnato anche i commi 1, 4 e 11 dell'art. 13 della legge n. 166 del 2002.

12.1. — Il comma 4 inserisce, dopo il comma 1 dell'art. 1 della legge n. 443 del 2001, il «comma 1-bis», il quale detta le indicazioni che deve contenere il programma delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale da inserire nel documento di programmazione economico-finanziaria. La ricorrente assume che la disposizione violerebbe gli artt. 117 e 118, primo comma, Cost. per le stesse identiche ragioni già poste a fondamento della censura svolta avverso il comma 3 dell'art. 13 della legge n. 166 del 2002, che ha sostituito il comma 1 della citata legge n. 443.

Il motivo di ricorso è da respingersi sulla base delle stesse argomentazioni che hanno condotto a ritenere infondate le censure avverso il menzionato comma 1 dell'art. 1 nella versione vigente: la doglianza in esame non assume infatti alcuna autonomia rispetto a quella già scrutinata, con la quale, del resto, è prospettata congiuntamente.

12.2. — Nei commi 1 e 11 dell'art. 13 della legge n. 166, sono individuati ed autorizzati i limiti di impegno di spesa quindicennali per la progettazione e realizzazione delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale «individuate in apposito programma approvato» dal CIPE, prevedendo, tra l'altro, che le risorse autorizzate «integrano i finanziamenti pubblici, comunitari e privati allo scopo disponibili». Il successivo comma 11 dispone i necessari stanziamenti di bilancio.

In ordine a tali disposizioni la Regione Toscana sostiene che esse, nel prevedere specifici stanziamenti per la progettazione e la realizzazione delle opere strategiche approvate dal CIPE, contrasterebbero sia con gli artt. 117 e 118 Cost., in quanto si riferirebbero al programma predisposto dal CIPE che si assume elaborato «in spregio alle competenze regionali»; sia con l'art. 119 Cost., perché inciderebbero sull'autonomia finanziaria delle Regioni garantita dalla Costituzione anche in relazione al reperimento delle risorse per la realizzazione delle infrastrutture di competenza regionale.

La censura va respinta per considerazioni analoghe a quelle già svolte nel punto 4.1. della presente pronuncia: in assenza dell'intesa con la Regione interessata i programmi sono inefficaci. Ne consegue che anche questa disposizione deve essere interpretata nel senso che i finanziamenti concernenti le infrastrutture e gli insediamenti produttivi individuati nel programma approvato dal CIPE potranno essere utilizzati per la realizzazione di quelle sole opere che siano state individuate mediante intesa tra Stato e Regioni o Province autonome interessate.

Quanto all'evocato parametro dell'art. 119 Cost., è sufficiente osservare che si tratta di finanziamenti statali individuati e stanziati in vista della realizzazione di un programma di opere che lo Stato assume, nei termini già chiariti, in base ai principi di sussidiarietà ed adeguatezza anche in considerazione degli oneri finanziari che esso comporta e non è pensabile che lo Stato possa esimersi dal reperire le risorse. Non è pertanto apprezzabile alcuna lesione dell'autonomia finanziaria delle Regioni.

13. — Si tratta ora di esaminare i ricorsi proposti dalle Regioni Toscana e Marche e dalle Province autonome di Bolzano e di Trento, in riferimento agli artt. 76, 117, 118 e 120 della Costituzione, nonché agli artt. 8, primo comma, numeri 5, 6, 9, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22 e 24; 9, primo comma, numeri 8, 9, e 10; 16 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, e relative norme di attuazione, avverso numerosi articoli del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, attuativo della delega contenuta nell'art. 1, comma 2, della legge 21 dicembre 2001, n. 443.

Specificamente la Toscana impugna gli artt. 1-11; 13; 15 e 16, commi 1, 2, 3, 6 e 7; 17-20; la Provincia autonoma di Bolzano gli artt. 1, commi 1 e 7; 2, commi 1, 2, 3, 4, 5 e 7; 3, commi 4, 5, 6 e 9; 13, comma 5; 15; la Regione Marche gli artt. 1-11; 13 e 15-20; la Provincia autonoma di Trento gli artt. 1, 2, 3, 4, 13 e 15.

14. — Il ricorso della Provincia autonoma di Trento è stato depositato presso la cancelleria della Corte Costituzionale oltre il termine previsto dall'art. 32, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87. La Provincia, con apposita istanza, pur non disconoscendo il carattere perentorio del termine per il deposito, ritiene che possa trovare applicazione alla fattispecie la disciplina dell'errore scusabile, che, per il processo costituzionale, non è espressamente previsto. Si chiede pertanto di considerare scusabile, e dunque tempestivo, il deposito effettuato dalla Provincia autonoma il 5 novembre 2002. In subordine, la Provincia sollecita questa Corte a sollevare dinanzi a se stessa la questione di legittimità costituzionale degli artt. 31, terzo comma, e 32, terzo comma, della legge n. 87 del 1953, nella parte in cui precludono l'applicazione di tale istituto, per violazione dell'art. 24, primo comma, Cost. e del principio di ragionevolezza.

Entrambe le richieste non possono essere accolte. Nei giudizi in via di azione va senz'altro esclusa l'applicabilità della disciplina dell'errore scusabile, così come è da escludersi che la Corte possa ritenere non manifestamente infondata una questione di legittimità proprio su quelle norme legislative che, regolando il processo costituzionale, sono intese a conferire ad esso il massimo di certezza e ad assicurare alle parti il corretto svolgimento del giudizio.

Il ricorso della Provincia autonoma di Trento deve essere pertanto dichiarato inammissibile.

15. — L'art. 1, comma 1, che regola la progettazione, l'approvazione e realizzazione delle infrastrutture strategiche e degli insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale, individuati dall'apposito programma, è impugnato dalla Provincia autonoma di Bolzano. Preliminarmente la ricorrente lamenta che la disposizione sarebbe rivolta a salvaguardare unicamente le competenze riconosciutele dallo statuto speciale e dalle norme di attuazione, senza alcun riferimento alle nuove e maggiori competenze derivanti dagli artt. 117 e 118, applicabili alle Regioni ad autonomia differenziata in virtù della clausola di estensione contenuta nell'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, e comunque che violerebbe l'art. 2 del decreto legislativo n. 266 del 1992. Tale disposizione definisce le condizioni dell'adeguamento (sei mesi) della legislazione Provinciale ai principi della legislazione statale, tenendo ferma «l'immediata applicabilità nel territorio regionale (...) degli atti legislativi dello Stato nelle materie nelle quali alla Regione o alla Provincia autonoma è attribuita delega di funzioni statali».

La pretesa avanzata dalla Provincia di Bolzano è quella di rimanere indenne dall'obbligo di applicazione immediata nel proprio territorio della disciplina contenuta nella disposizione impugnata. Un'applicazione immediata, tuttavia, è esclusa dallo stesso art. 1, il quale, per un verso, fa salve le competenze delle Province autonome e delle Regioni a statuto speciale; per altro verso subordina l'applicazione della disciplina a una previa intesa, alla quale la stessa Provincia autonoma, proprio perché titolare di competenze statutarie che le sono fatte salve, può sottrarsi. In questi termini la censura è infondata.

Anche competenze ulteriori rispetto a quelle statutariamente previste, che possano derivare alla Provincia di Bolzano dalla clausola contenuta nell'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, soggiacciono ai medesimi limiti propri delle funzioni corrispondenti delle Regioni ordinarie; e se per queste è l'intesa, quale limite immanente all'operare del principio di sussidiarietà, ad assicurare la salvaguardia delle relative attribuzioni, un identico modulo collaborativo deve agire anche nei confronti della Provincia di Bolzano.

Per le stesse ragioni va respinta la censura svolta dalla Provincia di Bolzano, sempre in riferimento al parametro dell'art. 2 del decreto legislativo n. 266 del 1992, nei confronti del-

l'art. 13, comma 5, il quale stabilisce che l'approvazione del CIPE, adottata a maggioranza dei componenti con l'intesa dei presidenti delle Regioni, sostituisce, anche a fini urbanistici ed edilizi, ogni altra autorizzazione, approvazione, parere e nulla osta comunque denominato, costituisce dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza delle opere e consente la realizzazione e l'esercizio delle infrastrutture strategiche per l'approvvigionamento energetico e di tutte le attività previste nel progetto approvato.

16. — Le Regioni Marche e Toscana impugnano l'art. 1, comma 5, secondo il quale le Regioni, le Province, i comuni, le città metropolitane applicano, per le proprie attività contrattuali ed organizzative relative alla realizzazione delle infrastrutture e diverse dall'approvazione dei progetti (comma 2) e dalla aggiudicazione delle infrastrutture (comma 3), le norme del presente decreto legislativo «fino alla entrata in vigore di una diversa norma regionale, (...) per tutte le materie di legislazione concorrente». Si denuncia la lesione dell'art. 117 della Costituzione poiché in materie di competenza concorrente sarebbe posta una normativa cedevole di dettaglio.

Non può negarsi che l'inversione della tecnica di riparto delle potestà legislative e l'enumerazione tassativa delle competenze dello Stato dovrebbe portare ad escludere la possibilità di dettare norme suppletive statali in materie di legislazione concorrente, e tuttavia una simile lettura dell'art. 117 svaluterebbe la portata precettiva dell'art. 118, comma primo, che consente l'attrazione allo Stato, per sussidiarietà e adeguatezza, delle funzioni amministrative e delle correlative funzioni legislative, come si è già avuto modo di precisare. La disciplina statale di dettaglio a carattere suppletivo determina una temporanea compressione della competenza legislativa regionale che deve ritenersi non irragionevole, finalizzata com'è ad assicurare l'immediato svolgersi di funzioni amministrative che lo Stato ha attratto per soddisfare esigenze unitarie e che non possono essere esposte al rischio della ineffettività.

Del resto il principio di cedevolezza affermato dall'impugnato art. 1, comma 5, opera a condizione che tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome interessate sia stata raggiunta l'intesa di cui al comma 1, nella quale si siano concordemente qualificate le opere in cui l'interesse regionale concorre con il preminente interesse nazionale e si sia stabilito in che termini e secondo quali modalità le Regioni e le Province autonome partecipano alle attività di progettazione, affidamento dei lavori e monitoraggio. Si aggiunga che, a ulteriore rafforzamento delle garanzie poste a favore delle Regioni, l'intesa non può essere in contrasto con le normative vigenti, anche regionali, o con le eventuali leggi regionali emanate allo scopo.

17. — L'art. 1, comma 7, lettera e), definisce opere per le quali l'interesse regionale concorre con il preminente interesse nazionale «le infrastrutture (...) non aventi carattere interregionale o internazionale per le quali sia prevista, nelle intese generali quadro di cui al comma 1, una particolare partecipazione delle Regioni o Province autonome alle procedure attuative» e opere di carattere interregionale o internazionale «le opere da realizzare sul territorio di più Regioni o Stati, ovvero collegate funzionalmente ad una rete interregionale o internazionale». La Regione Toscana lamenta la violazione dell'art. 76 Cost., giacché la legge n. 443 del 2001 non autorizzerebbe il Governo a porre un regime derogatorio anche per le opere di interesse regionale.

In realtà l'art. 1 del decreto legislativo n. 190, fa riferimento a infrastrutture pubbliche e private e insediamenti produttivi strategici e «di preminente interesse nazionale» e non parla mai di opere di interesse regionale, ma solo di opere nelle quali con il «preminente interesse nazionale», che permane in posizione di prevalenza, concorre l'interesse della Regione. Opere di interesse esclusivamente regionale, in altri termini, non sono oggetto della disciplina impugnata.

Non è pertanto ravvisabile nella disposizione denunciata alcun eccesso di delega.

17.1 — La stessa Regione Toscana, la Regione Marche e la Provincia di Bolzano assumono poi che l'art. 1 comma 7, lettera e), violerebbe gli artt. 117, commi terzo, quarto e sesto, e 118 Cost., poiché la disposizione escluderebbe la concorrenza dell'interesse regionale con il preminente interesse nazionale in relazione ad opere aventi carattere interregionale o internazionale, mentre il solo fatto della localizzazione di una parte dell'opera sul territorio di una Regione implicherebbe il coinvolgimento di un interesse regionale e la conseguente legittimazione della Regione interessata all'esercizio nel proprio territorio delle competenze legislative, regolamentari e amministrative ad essa riconosciute dalla Costituzione.

Anche questa censura deve essere respinta.

Le ricorrenti muovono dalla erronea premessa che per le opere di interesse interregionale sia esclusa ogni forma di coinvolgimento delle Regioni interessate. Al contrario deve essere chiarito che l'intesa generale di cui al primo comma dell'art. 1 del decreto legislativo ha ad oggetto, fra l'altro, la qualificazione delle opere e dunque la stessa classificazione della infrastruttura come opera di interesse interregionale deve ottenere l'assenso regionale.

Chiarito che il decreto legislativo n. 190, non autorizza una qualificazione unilaterale del livello di interesse dell'opera e ribadito che anche la classificazione della stessa deve formare oggetto di un'intesa, non può dirsi scalfita la peculiare garanzia riconosciuta alla Provincia di Bolzano dalle norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige recate dal d.P.R. n. 381 del 1974, le quali richiedono appunto un'intesa fra Ministro dei lavori pubblici e presidenti delle Province autonome di Trento e Bolzano per «i piani pluriennali di viabilità e i piani triennali per la gestione e l'incremento della rete stradale» (art. 19); e stabiliscono che «gli interventi di spettanza dello Stato in materia di viabilità, linee ferroviarie e aerodromi, anche se realizzati a mezzo di aziende autonome, sono effettuati previa intesa con la Provincia interessata» (art. 20).

18. — L'art. 2, comma 1, stabilisce che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti «promuove le attività tecniche ed amministrative occorrenti ai fini della sollecita progettazione ed approvazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi ed effettua, con la collaborazione delle Regioni e delle Province autonome interessate con oneri a proprio carico, le attività di supporto necessarie per la vigilanza, da parte del CIPE, sulla realizzazione delle infrastrutture».

Secondo la prospettazione della Provincia autonoma di Bolzano questa disposizione violerebbe l'art. 16 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, il quale pone il principio del parallelismo tra funzioni legislative e amministrative, nonché l'art. 4, comma 1, del decreto legislativo n. 266 del 1992, il quale dispone che «nelle materie di competenza propria della Regione o delle Province autonome la legge non può attribuire agli organi statali funzioni amministrative (...) diverse da quelle spettanti allo Stato secondo lo statuto speciale e le norme di attuazione, salvi gli interventi richiesti ai sensi dell'art. 22 dello statuto».

La ricorrente presuppone che alcune delle materie su cui insistono i compiti tecnici e amministrativi conferiti al Ministero sarebbero di competenza legislativa (e quindi amministrativa) Provinciale, ma omette di considerare che tra gli oggetti riconducibili alla propria competenza rientrano solo opere o lavori pubblici di interesse Provinciale, ai quali il decreto legislativo n. 190 non è applicabile. Quando invece l'opera trascende l'ambito di interesse della Provincia, allora si è al di fuori delle garanzie statutarie e le eventuali ulteriori competenze normative che essa intendesse trarre dall'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, in relazione alle infrastrutture di cui al decreto legislativo impugnato non potrebbero sottrarsi ai limiti che si fanno valere nei confronti delle Regioni ordinarie, ossia, nella specie, alla possibilità, per lo Stato, di far agire il principio di sussidiarietà attraendo e regolando funzioni amministrative. Il parallelismo invocato dalla ricorrente opera, pertanto, unicamente nell'ambito Provinciale e con riferimento alle competenze statutarie, essendo superato dall'applicabilità del principio di sussidiarietà per le competenze ulteriori.

18.1. — Per i motivi appena illustrati devono essere respinte anche tutte le censure che la Provincia di Bolzano prospetta, sempre sul parametro dell'art. 4, comma 1, del decreto legislativo n. 266 del 1992, con argomentazioni analoghe e che hanno ad oggetto gli artt. 1, commi 1 e 7; 2, commi 1, 2, 3, 4, 5, e 7; 3, commi 4, 5, 6, 9; 13, comma 5; e 15, i quali prevedono procedimenti di approvazione che comportano l'automatica variazione degli strumenti urbanistici, determinano l'accertamento della compatibilità ambientale e sostituiscono ogni altra autorizzazione, approvazione e parere.

19. — La Provincia autonoma di Bolzano impugna l'art. 2, commi 2, 3, 4 e 5, i quali, nel riservare al Ministero delle infrastrutture e trasporti la promozione dell'attività di progettazione, direzione ed esecuzione delle infrastrutture e il potere di assegnare le risorse integrative necessarie alle attività progettuali, violerebbero l'art. 16 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige e l'art. 4 del decreto legislativo n. 266 del 1992. Quest'ultimo, nel terzo comma, prevede che «fermo restando quanto disposto dallo statuto speciale e dalle relative norme di attuazione, nelle materie di competenza propria della Provincia, le amministrazioni statali, comprese quelle autonome, e gli enti dipendenti dallo Stato non possono

disporre spese né concedere, direttamente o indirettamente, finanziamenti o contributi per attività nell'ambito del territorio regionale o Provinciale». Tale disposizione, secondo la ricorrente imporrebbe la diretta assegnazione dei fondi alle Province autonome di Trento e Bolzano e non ai soggetti aggiudicatori.

Il motivo di ricorso va respinto per ragioni analoghe a quelle poc'anzi esposte, giacché alle Province autonome non spetta in materia alcuna competenza statutaria, se non con riguardo alle opere di interesse Provinciale. Non si applicano dunque i parametri che la ricorrente invoca.

20. — Le Regioni Toscana e Marche impugnano l'art. 2, comma 5, il quale prevede che per la nomina di commissari straordinari incaricati di seguire l'andamento delle opere aventi carattere interregionale o internazionale debbano essere sentiti i presidenti delle Regioni interessate. Le ricorrenti lamentano la violazione degli artt. 117 e 118 Cost. e del principio di leale collaborazione, che, a loro giudizio, imporrebbe il coinvolgimento della Regione nella forma dell'intesa.

La questione non è fondata.

La disposizione impugnata, infatti, prevede una forma di vigilanza sull'esercizio di funzioni che, in quanto assunte per sussidiarietà, sono qualificabili come statali, e non vi è alcuna prescrizione costituzionale dalla quale possa desumersi che il livello di collaborazione regionale debba consistere in una vera e propria intesa, anziché, come è previsto per le opere interregionali e internazionali, nella audizione dei presidenti delle Regioni e delle Province autonome in sede di nomina del commissario straordinario.

21. — Le Regioni Toscana e Marche impugnano l'art. 2, comma 7, nella parte in cui consente al Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e trasporti, sentiti, per le infrastrutture di competenza dei soggetti aggiudicatori regionali, i presidenti delle Regioni e delle Province autonome, di abilitare i Commissari straordinari ad adottare, con poteri derogatori della normativa vigente e con le modalità e i poteri di cui all'art. 13 del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, nella legge 23 maggio 1997, n. 135, i provvedimenti e gli atti di qualsiasi natura necessari alla sollecita progettazione, istruttoria, affidamento e realizzazione delle infrastrutture e degli investimenti produttivi, in sostituzione dei soggetti competenti. Se ne denuncia il contrasto con gli artt. 117, 118 e 120 della Costituzione.

Va innanzitutto premesso che le infrastrutture di competenza dei soggetti aggiudicatori regionali sono quelle in relazione alle quali, nelle intese previste dal comma 1 dell'art. 1 del decreto legislativo n. 190, si è riconosciuto che l'interesse regionale concorre con un interesse statale preminente ed è proprio questo riconoscimento a giustificare l'esercizio della funzione amministrativa da parte dello Stato. Ad evitare che le esigenze unitarie sottostanti alla realizzazione di tali opere possano restare insoddisfatte a causa dell'inerzia del soggetto aggiudicatore regionale, allo Stato sono conferiti poteri sollecitatori che peraltro devono essere esercitati seguendo un percorso procedimentale che non priva Regioni e Province autonome delle garanzie connesse alla titolarità di un interesse concorrente con quello statale. È infatti previsto che i commissari straordinari agiscano con le modalità e i poteri di cui al citato art. 13 del decreto-legge n. 67 del 1997, e il comma 4 di tale articolo, che deve essere ritenuto applicabile alla fattispecie, attribuisce al Presidente della Regione (e, in questo caso, per opere ricadenti nell'ambito della Provincia autonoma, al Presidente della Provincia) il potere di sospendere i provvedimenti adottati dal commissario straordinario e anche di provvedere diversamente, entro 15 giorni dalla loro comunicazione.

In questi termini, la censura è da respingere.

Non può essere condivisa neppure la prospettazione della Regione Toscana, secondo la quale alle ipotesi di inerzia regionale dovrebbe avviarsi ai sensi dell'art. 120 Cost., per la cui applicazione mancherebbero, nella specie, i presupposti. Occorre qui tenere ben distinte le funzioni amministrative che lo Stato, per ragioni di sussidiarietà e adeguatezza, può assumere e al tempo stesso organizzare e regolare con legge, dalle funzioni che spettano alle Regioni e per le quali lo Stato, non ricorrendo i presupposti per la loro assunzione in sussidiarietà, eserciti poteri in via sostitutiva. Nel primo caso, quando si applichi il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., quelle stesse esigenze unitarie che giustificano l'attrazione della funzione amministrativa per sussidiarietà consentono di conservare in capo allo Stato poteri acceleratori da esercitare nei confronti degli organi della Regione che restino

inerti. In breve, la già avvenuta assunzione di una funzione amministrativa in via sussidiaria legittima l'intervento sollecitatorio diretto a vincere l'inerzia regionale. Nella fattispecie di cui all'art. 120 Cost., invece, l'inerzia della Regione è il presupposto che legittima la sostituzione statale nell'esercizio di una competenza che è e resta propria dell'ente sostituito.

22. — Le Regioni ricorrenti censurano nella sua interezza l'art. 3, che disciplina la procedura di approvazione del progetto preliminare delle infrastrutture, le procedure di valutazione di impatto ambientale (VIA) e localizzazione, denunciandone il contrasto con l'art. 117 Cost., giacché detterebbe una disciplina di minuto dettaglio in relazione ad oggetti ricadenti nella competenza regionale in materia di governo del territorio.

La censura è inammissibile, in quanto formulata in termini generici, senza specificare quali parti della disposizione censurata eccederebbero la potestà regolativa che pure non si disconosce allo Stato in materia.

23. — L'art. 3, comma 5, il quale affida al CIPE l'approvazione del progetto preliminare delle infrastrutture coinvolgendo le Regioni interessate ai fini dell'intesa sulla localizzazione dell'opera, ma prevedendo che il medesimo progetto non sia sottoposto a conferenza di servizi, secondo la Regione Toscana sarebbe in contrasto con l'art. 76 Cost., poiché non sarebbe conforme all'art. 1, comma 2, lettera *d*), della legge n. 443 del 2001, il quale autorizzava solo a modificare la disciplina della conferenza dei servizi e non a sopprimerla.

La censura non è fondata.

Il Governo, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera *d*), era delegato a riformare le procedure per la valutazione di impatto ambientale e l'autorizzazione integrata ambientale, nell'osservanza di un principio-criterio direttivo molto circostanziato e così formulato: modificazione della disciplina in materia di conferenza di servizi con la previsione della facoltà, da parte di tutte le amministrazioni competenti a rilasciare permessi e autorizzazioni comunque denominati, di proporre, in detta conferenza, nel termine perentorio di novanta giorni, prescrizioni e varianti migliorative che non modificano la localizzazione e le caratteristiche essenziali delle opere. Tale criterio, diversamente da quanto assume la ricorrente, era dettato con riferimento all'approvazione del progetto definitivo, non già di quello preliminare. Attuativo della lettera *d*), dunque, non è l'art. 3, comma 5, bensì l'art. 4, comma 3, del decreto legislativo n. 190, relativo all'approvazione del progetto definitivo, che in effetti prevede la conferenza di servizi e risulta pertanto, sotto il profilo denunciato, conforme alla delega.

24. — Le Regioni ricorrenti denunciano i commi 6 e 9 dell'art. 3, i quali, nel prevedere che lo Stato possa procedere comunque all'approvazione del progetto preliminare relativo alle infrastrutture di carattere interregionale e internazionale superando il motivato dissenso delle Regioni, violerebbero gli artt. 114, commi primo e secondo; 117, commi terzo, quarto e sesto, e 118, commi primo e secondo, Cost. Le Regioni, si osserva nei ricorsi, sarebbero relegate in posizione di destinatarie passive di provvedimenti assunti a livello statale in materie che sono riconducibili alla potestà legislativa concorrente.

La questione non merita accoglimento.

Le procedure di superamento del dissenso regionale sono diversificate.

In una prima ipotesi [art. 3, comma 6, lettera *a*)] il dissenso può essere manifestato sul progetto preliminare di un'opera che, in virtù di un'intesa fra lo Stato e la Regione o Provincia autonoma, è stata qualificata di carattere interregionale o internazionale. In questo caso il progetto preliminare è sottoposto al consiglio superiore dei lavori pubblici, alla cui attività istruttoria partecipano i rappresentanti delle Regioni. A tale fine il consiglio valuta i motivi del dissenso e la eventuale proposta alternativa che, nel rispetto della funzionalità dell'opera, la Regione o Provincia autonoma dissenziente avessero formulato all'atto del dissenso. Il parere del consiglio superiore dei lavori pubblici è rimesso al CIPE che, in forza dell'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 190, applicabile nella specie, è integrato dai presidenti delle Regioni e Province autonome interessate. Se il dissenso regionale perdura anche in sede CIPE, il progetto è approvato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentita la Commissione parlamentare per le questioni regionali. Va in primo luogo rilevato che non si tratta qui di approvazione del progetto definitivo, ma solo di quello preliminare, e che le opere coinvolte non sono qualificate di carattere regionale. Risponde quindi allo statuto del principio di sussidiarietà e all'istanza unitaria che lo sorregge, che possano essere definite procedure di superamento del dissenso regionale,

le quali dovranno comunque come avviene nella specie informarsi al principio di leale collaborazione, onde offrire alle Regioni la possibilità di rappresentare il loro punto di vista e di motivare la loro valutazione negativa sul progetto. Nessuna censura, in definitiva, può essere rivolta alla disciplina legislativa, salva la possibilità per la Regione dissenziente di impugnare la determinazione finale resa con decreto del Presidente della Repubblica ove essa leda il principio di leale collaborazione, sul quale deve essere modellato l'intero procedimento.

Nella seconda ipotesi [art. 3, comma 6, lettera *b*)] il dissenso si manifesta sul progetto preliminare relativo a infrastrutture strategiche classificate nell'intesa fra Stato e Regione come di preminente interesse nazionale o ad opere nelle quali il preminente interesse statale concorre con quello regionale. Il procedimento di superamento del dissenso delle Regioni è diversamente articolato: si provvede in questi casi a mezzo di un collegio tecnico costituito d'intesa fra il Ministero e la Regione interessata a una nuova valutazione del progetto preliminare. Ove permanga il dissenso, il Ministro delle infrastrutture e trasporti propone al CIPE, sempre d'intesa con la Regione, la sospensione dell'infrastruttura, in attesa di una nuova valutazione in sede di aggiornamento del programma oppure «l'avvio della procedura prevista in caso di dissenso sulle infrastrutture o insediamenti produttivi di carattere interregionale o internazionale». Il tenore letterale della disposizione porta a concludere che la necessità dell'intesa con la Regione si riferisca non solo alla proposta di sospensione del procedimento, ma anche alla proposta di avvio della procedura di cui alla lettera *a*) dell'articolo in esame. Si consentirebbe insomma alla Regione, nel caso di opere di interesse regionale concorrente con quello statale, di «bloccare» l'approvazione del progetto ad esse relativo, in attesa di una nuova valutazione in sede di aggiornamento del programma.

In questi termini, il motivo di ricorso in esame deve essere rigettato.

24.1 — Per le ragioni appena esposte anche le censure relative agli artt. 4, comma 5, e 13, comma 5, che alla procedura dell'art. 3, comma 6, fanno espresso rinvio, devono essere respinte, così come deve essere rigettata la censura rivolta dalle Regioni Toscana e Marche nei confronti dell'art. 13, che disciplina le procedure per la localizzazione, l'approvazione dei progetti, la VIA degli insediamenti produttivi e delle infrastrutture private strategiche per l'approvvigionamento energetico, richiamando le procedure previste negli artt. 3 e 4 del decreto.

25. — Devono essere dichiarate inammissibili le censure che le Regioni Toscana e Marche svolgono nei confronti degli artt. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 e 11, che, in relazione alle infrastrutture e agli insediamenti produttivi qualificati come strategici, contengono un complesso insieme di innovazioni in materia di appalti e di concessioni di lavori pubblici. Se ne denuncia il contrasto con l'art. 117 Cost.

Ancor prima di esaminare nel merito la censura, che procede peraltro dalla erronea premessa che i lavori pubblici costituiscano una materia di esclusiva competenza regionale, si deve rilevare che essa è formulata in termini così generici da non consentire un corretto scrutinio di legittimità costituzionale sulle singole disposizioni. Nella congerie di norme contenute negli articoli impugnati, fatte simultaneamente e indistintamente oggetto di censura, discernere o selezionare i profili di competenza statale potenzialmente interferenti con la disciplina regionale non è onere che possa essere addossato alla Corte, ma attiene al dovere di allegazione del ricorrente. Vero in ipotesi che sussistano profili di disciplina inerenti a competenze residuali, è infatti indubitabile la potenziale interferenza con esse di funzioni e compiti statali riconducibili alla potestà legislativa esclusiva o concorrente, quali la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, la tutela della concorrenza, il governo del territorio.

26. — L'art. 4, comma 5, è impugnato dalla Regione Toscana per la parte in cui prevede che l'approvazione del progetto definitivo, adottata con il voto favorevole della maggioranza dei componenti il CIPE, «sostituisce ogni altra autorizzazione, approvazione e parere comunque denominato e consente la realizzazione e, per gli insediamenti produttivi strategici, l'esercizio di tutte le opere, prestazioni e attività previste nel progetto approvato». La ricorrente lamenta la violazione dell'art. 76 della Costituzione, per il contrasto con l'art. 1, comma 3-*bis*, della legge di delega n. 443 del 2001, come modificata dalla legge n. 166 del 2002, il quale porrebbe quale momento indefettibile del procedimento di approvazione del progetto definitivo il parere obbligatorio della Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo n. 281 del 1997.

La censura è infondata.

A prescindere dal rilievo che l'art. 1, comma 3-bis, della legge n. 443 del 2001, introdotto dalla legge n. 166 del 2002, non figura espressamente tra i criteri e principi direttivi per l'esercizio della delega, e che è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con la presente pronuncia (v. § 8), deve osservarsi che l'art. 4, comma 5, costituisce attuazione del criterio di cui all'art. 1, comma 2, lettera c), della citata legge n. 443 del 2001, come modificato dall'art. 13, comma 6, della legge n. 166 del 2002, del quale si è in precedenza escluso il dedotto profilo di lesione delle competenze regionali (punto 6.2.). Il suindicato criterio prevedeva infatti che venisse affidata al CIPE, integrato dai presidenti delle Regioni o Province autonome interessate, l'approvazione del progetto preliminare e di quello definitivo. E che l'operatività della disposizione impugnata presupponga che l'approvazione del progetto definitivo sia effettuata dal CIPE in composizione allargata si ricava dall'art. 1, comma 2, dello stesso decreto legislativo n. 190, il quale chiarisce che «l'approvazione dei progetti delle infrastrutture» (quindi del progetto preliminare come di quello definitivo) «avviene d'intesa tra lo Stato e le Regioni nell'ambito del CIPE allargato ai presidenti delle Regioni e delle Province autonome interessate».

27. — La Regione Toscana ha impugnato l'art. 8, nella parte in cui prevede che il Ministero delle infrastrutture e trasporti pubblici sul proprio sito informatico e, una volta istituito, sul sito informatico individuato dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 24 della legge 24 novembre 2000, n. 340, nonché nelle *Gazzette Ufficiali* italiana e comunitaria, la lista delle infrastrutture per le quali il soggetto aggiudicatore ritiene di sollecitare la presentazione di proposte da parte di promotori, precisando, per ciascuna infrastruttura, il termine (non inferiore a 4 mesi) entro il quale i promotori possono presentare le proposte e, se la proposta è presentata, stabilisce che il soggetto aggiudicatore, valutata la stessa come di pubblico interesse, promuova la procedura di VIA e se necessario la procedura di localizzazione urbanistica.

La ricorrente lo censura per eccesso di delega, in quanto esso non chiarirebbe se le infrastrutture inserite nella lista per sollecitare le proposte dei promotori siano da individuare tra quelle già ricomprese nel programma di opere strategiche formato d'intesa con le Regioni ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge di delega n. 443 del 2001 o se al contrario si debba consentire la presentazione di proposte dei promotori anche per opere non facenti parte del programma, e sulle quali nessuna intesa è stata raggiunta con le Regioni interessate.

L'interpretazione più piana e lineare della disposizione censurata è che debba trattarsi delle opere inserite nel programma di cui al comma 1, e sulle quali si sia raggiunta l'intesa. Non è quindi fondata la censura di violazione dell'art. 76 Cost. e neppure sussiste la violazione dell'art. 117, poiché il principio di sussidiarietà, come si è visto nel paragrafo 2.1, postula che allo Stato, una volta assunta la funzione amministrativa, compete anche di regolarla onde renderne l'esercizio raffrontabile a un parametro legale unitario.

28. — Le Regioni Toscana, Marche e la Provincia autonoma di Bolzano, propongono questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117, sesto comma, Cost., anche dell'art. 15 del decreto legislativo n. 190.

La questione è fondata.

Il comma 1 di tale articolo attribuisce al Governo la potestà di integrare tutti i regolamenti emanati in base alla legge n. 109 del 1994, «assumendo come norme regolatrici il presente decreto legislativo, la legge di delega e le normative comunitarie in materia di appalti di lavori» e stabilisce che le norme regolamentari si applichino alle Regioni solo «limitatamente alle procedure di intesa per l'approvazione dei progetti e di aggiudicazione delle infrastrutture» e, per quanto non pertinente a queste procedure, si applichino a titolo suppletivo, «sino alla entrata in vigore di diversa normativa regionale». Il comma 2 del predetto articolo autorizza i regolamenti emanati nell'esercizio della potestà di cui al comma 1 ad abrogare o derogare, dalla loro entrata in vigore, le norme di diverso contenuto precedentemente vigenti nella materia; il comma 3 puntualizza gli oggetti del regolamento autorizzato; il comma 4 stabilisce che, fino alla entrata in vigore dei regolamenti integrativi di cui al comma 1, si applica il d.P.R. n. 554 del 1999 in materia di lavori pubblici adottato dallo Stato ai sensi dell'art. 3 della legge n. 109 del 1994, in quanto compatibile con le norme della legge di delega e del decreto legislativo n. 190; e prosegue disponendo che i requisiti di qualificazione sono individuati e regolati dal bando e dagli atti di gara, nel rispetto delle previsioni del decreto legislativo n. 158 del 1995.

Dalle argomentazioni che sostengono il motivo di ricorso si evince che esso investe i primi quattro commi dell'art. 15, che riguardano appunto i regolamenti governativi autorizzati; ne è escluso invece il comma 5, che ha un oggetto diverso ed affatto autonomo, poiché concerne l'attività di monitoraggio tesa a prevenire e reprimere tentativi di infiltrazione mafiosa. Così accertata la portata delle censure, esse devono essere accolte, per le ragioni che sono state già esposte nel precedente paragrafo 7, dove si sono illustrati i motivi della pronuncia di accoglimento della questione riguardante l'art. 1, comma 3, della legge n. 443 del 2001, di cui l'impugnato art. 15 è attuativo.

29. — Con un'unica, laconica censura la Regione Toscana impugna, con richiamo agli stessi motivi già svolti, l'art. 16, il quale contiene una pluralità di norme transitorie, diverse a seconda dello stadio di realizzazione dell'opera al momento di entrata in vigore del decreto legislativo n. 190. La regolamentazione è infatti differenziata a seconda che sia stato approvato il progetto definitivo o esecutivo (comma 1); abbia avuto luogo la valutazione di impatto ambientale sulla base di norme vigenti statali o regionali (comma 2); non si sia svolta alcuna attività e si versi in fase di prima applicazione della disciplina (comma 3); o ancora si tratti di procedimenti relativi agli insediamenti produttivi e alle infrastrutture strategiche per l'approvvigionamento energetico in corso (comma 7, che regola anche il regime degli atti già compiuti). Ciascuna di queste ipotesi è assoggettata a una disciplina particolare e pertanto non è possibile indirizzare nei loro confronti una censura unitaria fondata su un solo motivo, per di più argomentato *per relationem* con riferimento ai «motivi sopra esposti», alcuni dei quali, a loro volta, vengono dichiarati inammissibili per genericità con la presente pronuncia.

La censura è pertanto inammissibile per la sua genericità.

30. — Le Regioni Marche e Toscana denunciano, in riferimento all'art. 117 Cost., gli artt. 17, 18, 19 e 20 nella parte in cui dettano una disciplina della procedura di valutazione di impatto ambientale di opere e infrastrutture che derogherebbe a quella regionale, cui dovrebbe riconsidersi la competenza a regolare gli strumenti attuativi della tutela dell'ambiente.

La censura non merita accoglimento.

Le ricorrenti muovono dalla premessa che la valutazione di impatto ambientale regolata dalle disposizioni censurate trovi applicazione anche nei confronti delle opere di esclusivo interesse regionale, ma così non è, poiché la sfera di applicazione del decreto legislativo n. 190, è limitata alle opere che, con intesa fra lo Stato e la Regione, vengono qualificate come di preminente interesse nazionale, con il quale concorre un interesse regionale.

Per le infrastrutture ed insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale, invece, non vi è ragione di negare allo Stato l'esercizio della sua competenza, tanto più che la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema forma oggetto di una potestà esclusiva, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *s*), che è bensì interferente con una molteplicità di attribuzioni regionali, come questa Corte ha riconosciuto nelle sentenze n. 536 e n. 407 del 2002, ma che non può essere ristretta al punto di conferire alle Regioni, anziché allo Stato, ogni determinazione al riguardo.

Quando sia riconosciuto in sede di intesa un concorrente interesse regionale, la Regione può esprimere il suo punto di vista e compiere una sua previa valutazione di impatto ambientale, ai sensi dell'art. 17, comma 4, ma il provvedimento di compatibilità ambientale è adottato dal CIPE, il quale, secondo una retta interpretazione, conforme ai criteri della delega [art. 1, comma 2, lettera *c*), della legge n. 443 del 2001, come sostituito dalla legge n. 166 del 2002], deve essere integrato dai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome interessate. L'insieme di queste previsioni appresta garanzie adeguate a tutelare le interferenti competenze regionali.

31. — Oggetto di censura è pure l'art. 19, comma 2, il quale demanda la valutazione di impatto ambientale a una Commissione speciale istituita con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente. Le Regioni Toscana e Marche lamentano una lesione degli artt. 9, 32, 117 e 118 Cost. per la mancata previsione di una partecipazione regionale in tale Commissione.

Premesso che la disposizione deve essere interpretata nel senso che la Commissione speciale opera con riferimento alle sole opere qualificate in sede di intesa come di interesse nazionale, interregionale o internazionale, essa è invece illegittima nella parte in cui, per le

infrastrutture e gli insediamenti produttivi strategici per i quali sia stato riconosciuto, in sede di intesa, un concorrente interesse regionale, non prevede che la Commissione speciale VIA sia integrata da componenti designati dalle Regioni o Province autonome interessate.

32. — Le Regioni Campania, Toscana, Marche, Basilicata, Emilia-Romagna, Umbria e Lombardia hanno proposto questione di legittimità costituzionale in via principale, in riferimento agli artt. 3, 9, 32, 41, 42, 44, 70, 76, 77, 97, 114, 117, 118 e 119 Cost., nonché all'art. 174 del trattato istitutivo della Comunità europea, dell'intero decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198, recante «Disposizioni volte ad accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese, a norma dell'art. 1, comma 2, della legge 21 dicembre 2001, n. 443», e in particolare degli artt. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12.

33. — Avverso il medesimo decreto legislativo ha proposto ricorso, «per sollevare questione di legittimità costituzionale e conflitto di attribuzione», anche il comune di Vercelli. Il ricorrente ritiene che la propria legittimazione ad impugnare discenda dal fatto che la revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione ha attribuito direttamente ai comuni potestà amministrative e normative che dovrebbero poter essere difese nel giudizio di legittimità costituzionale in via di azione e nel giudizio per conflitto di attribuzione.

A prescindere dalla qualificazione dell'atto e dal problema se con esso il comune abbia sollevato una questione di legittimità costituzionale o abbia introdotto un conflitto di attribuzione, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

L'art. 127 Cost. prevede che «La Regione, quando ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge». Con formulazione dal tenore inequivoco, la titolarità del potere di impugnazione di leggi statali è dunque affidata in via esclusiva alla Regione, né è sufficiente l'argomento sistematico invocato dal ricorrente per estendere tale potere in via interpretativa ai diversi enti territoriali.

Analogo discorso deve ripetersi per il potere di proporre ricorso per conflitto di attribuzione. Nessun elemento letterale o sistematico consente infatti di superare la limitazione soggettiva che si ricava dagli artt. 134 della Costituzione e 39, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 e, comunque, sotto il profilo oggettivo, resta ferma, anche dopo la revisione costituzionale del 2001, la diversità fra i giudizi in via di azione sulle leggi e i conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni, i quali ultimi non possono riguardare atti legislativi.

34. — Gli interventi spiegati dalle società H3G S.p.a., T.I.M. S.p.a. Telecom Italia Mobile, Vodafone Omnitel N.V. (già Vodafone Omnitel S.p.a.), Wind Telecomunicazioni S.p.a. e quelli proposti, peraltro tardivamente, dai comuni di Pontecurone, Monte Porzio Catone, Roma, Polignano a Mare, Mantova e del Coordinamento delle associazioni consumatori (CODACONS), devono essere dichiarati inammissibili, per le stesse ragioni esposte nel paragrafo 3.2 della presente sentenza.

35. — L'intero decreto legislativo n. 198 del 2002, è impugnato in tutti i ricorsi per eccesso di delega, sul rilievo che la legge n. 443 del 2002, nell'art. 1, comma 1, autorizzava l'adozione di una normativa specifica per le sole infrastrutture puntualmente individuate anno per anno, a mezzo di un programma approvato dal CIPE, mentre nel caso di specie non vi sarebbe stata tale individuazione, ma esclusivamente una «sintesi del piano degli interventi nel comparto delle comunicazioni». Inoltre, si aggiunge nei ricorsi delle Regioni Emilia-Romagna e Umbria, la delega sarebbe stata conferita per la realizzazione di «grandi opere», mentre tralicci, pali, antenne, impianti radiotrasmittenti, ripetitori, che il decreto legislativo n. 198 disciplina, costituirebbero solo una molteplicità di piccole opere; infine si lamenta nei ricorsi delle Regioni Emilia-Romagna, Umbria e Lombardia lungi dall'uniformarsi ai principi e criteri direttivi della delega, il decreto impugnato, nell'art. 1, porrebbe a sé medesimo i principi che informano le disposizioni successive.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, nel giudizio promosso in via principale il vizio di eccesso di delega può essere addotto solo quando la violazione denunciata sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni o Province autonome ricorrenti (sentenze n. 353 del 2001, n. 503 del 2000, n. 408 del 1998, n. 87 del 1996). Nella specie non può negarsi che la disciplina delle infrastrutture

di telecomunicazioni strategiche, che si assume in contrasto con la legge di delega n. 443 del 2001, comprima le attribuzioni regionali sotto più profili. Il più evidente tra essi emerge dalla lettura dell'art. 3, comma 2, secondo il quale tali infrastrutture sono compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica e sono realizzabili in ogni parte del territorio comunale anche in deroga agli strumenti urbanistici e ad ogni altra disposizione di legge o di regolamento. In questi casi la Regione è legittimata a far valere le proprie attribuzioni anche allegando il vizio formale di eccesso di delega del decreto legislativo nel quale tale disciplina è contenuta.

Nella specie l'eccesso di delega è evidente, a nulla rilevando, in questo giudizio, la sopravvenuta entrata in vigore del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, che riguarda in parte la stessa materia.

L'art. 1, comma 2, della legge n. 443 del 2001, che figura nel titolo del decreto legislativo impugnato ed è richiamata nel preambolo, ha conferito al Governo il potere di individuare infrastrutture pubbliche e private e insediamenti produttivi strategici di interesse nazionale a mezzo di un programma formulato su proposta dei Ministri competenti, sentite le Regioni interessate ovvero su proposta delle Regioni sentite i Ministri competenti. I criteri della delega, contenuti nell'art. 2, confermano che i decreti legislativi dovevano essere intesi a definire un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti individuati a mezzo di un programma.

Di tale programma non vi è alcuna menzione nel decreto impugnato, il quale al contrario prevede che i soggetti interessati alla installazione delle infrastrutture sono abilitati ad agire in assenza di un atto che identifichi previamente, con il concorso regionale, le opere da realizzare e sulla scorta di un mero piano di investimenti delle diverse società concessionarie. Ogni considerazione sulla rilevanza degli interessi sottesi alla disciplina impugnata non può avere ingresso in questa sede, posto che tale disciplina non corrisponde alla delega conferita al Governo e non può essere considerata di questa attuativa.

L'illegittimità dell'intero atto esime questa Corte dal soffermarsi sulle singole disposizioni oggetto di ulteriori censure, che restano pertanto assorbite.

Per questi motivi la Corte Costituzionale, riuniti i giudizi:

1) *dichiara* la illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 3, ultimo periodo, della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive);

2) *dichiara* la illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 3-*bis*, della medesima legge, introdotto dall'articolo 13, comma 6, della legge 1° agosto 2002, n. 166 (Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti);

3) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 1, 2, 3 e 4, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevate, in riferimento all'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, e agli articoli 117 e 118 della Costituzione, dalla Provincia autonoma di Trento, con il ricorso indicato in epigrafe;

4) *dichiara* non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevate, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione dalla Regione Marche e, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe;

5) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, come sostituito dall'articolo 13, comma 3, della legge 1° agosto 2002, n. 166, sollevata, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe;

6) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 2, lettere *a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), n)* e *o)*, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevate, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Marche e, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe;

7) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 2, lettera *g)*, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevata, in riferimento all'articolo 117, primo comma, della Costituzione, dalle Regioni Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe;

8) *dichiara* inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 2, lettera *n*), della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevata, in riferimento all'articolo 117, primo comma, della Costituzione, dalle Regioni Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe;

9) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 2, lettera *c*), della legge 21 dicembre 2001, n. 443, come sostituito dall'articolo 13, comma 5, della legge 1° agosto 2002, n. 166, sollevata, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe;

10) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 4, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevate, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Marche e, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe;

11) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 5, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevata, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Marche, con il ricorso indicato in epigrafe;

12) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 14, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevate, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe;

13) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1-bis, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, introdotto dall'articolo 13, comma 4, della legge 1° agosto 2002, n. 166, sollevata, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe;

14) *dichiara* non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13, commi 1 e 11, della legge 1° agosto 2002, n. 166, sollevata, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe;

15) *dichiara* la illegittimità costituzionale dell'articolo 15, commi 1, 2, 3 e 4, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 (Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale);

16) *dichiara* la illegittimità costituzionale dell'articolo 19, comma 2, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, nella parte in cui, per le infrastrutture e gli insediamenti produttivi strategici, per i quali sia stato riconosciuto, in sede di intesa, un concorrente interesse regionale, non prevede che la commissione speciale per la valutazione di impatto ambientale (VIA) sia integrata da componenti designati dalle Regioni o Province autonome interessate;

17) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 1, 2, 3, 4, 13 e 15 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 76, 117, 118 e 120 della Costituzione e agli articoli 8, primo comma, numeri 5, 6, 9, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, e 24; 9, primo comma, numeri 8, 9 e 10; e 16 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, agli articoli 19, 20 e 21 del d.P.R. 22 marzo 1974, n. 381 e all'articolo 4 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Trento, con il ricorso indicato in epigrafe;

18) *dichiara* non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, all'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, e all'articolo 2 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Bolzano, con il ricorso indicato in epigrafe;

19) *dichiara* non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento agli articoli 8, primo comma, numeri 5, 6, 9, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, e 24; 9, primo comma, numeri 8, 9 e 10; e 16 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, e all'articolo 2 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Bolzano, con il ricorso indicato in epigrafe;

20) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Marche e Toscana, con i ricorsi indicati in epigrafe;

21) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 7, lettera e), del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 76, 117, commi terzo, quarto e sesto, e 118 della Costituzione, dalla Regione Toscana, in riferimento agli articoli 117, commi terzo quarto e sesto, e 118 della Costituzione, dalla Regione Marche, in riferimento agli articoli 8, primo comma, numeri 5, 6, 9, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, e 24; 9, primo comma, numeri 8, 9 e 10; e 16 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, e agli articoli 19 e 20 del d.P.R. 22 marzo 1974, n. 381, dalla Provincia autonoma di Bolzano, con i ricorsi indicati in epigrafe;

22) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 2, commi 1, 2, 3, 4, 5 e 7; 3, commi 4, 5, 6, e 9; e 13, commi 5 e 15, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, all'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, e agli articoli 8, primo comma, numeri 5, 6, 9, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, e 24; 9, primo comma, numeri 8, 9 e 10; e 16 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, e all'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Bolzano, con il ricorso indicato in epigrafe;

23) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 2, commi 2, 3, 4 e 5, sollevate, in riferimento agli articoli 8, primo comma, numeri 5, 6, 9, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, e 24; 9, primo comma, numeri 8, 9 e 10; e 16 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, e all'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Bolzano, con il ricorso indicato in epigrafe;

24) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe;

25) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 7, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 117, 118 e 120 della Costituzione, dalla Regione Toscana, e, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, dalla Regione Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe;

26) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 3 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe;

27) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento all'articolo 76 della Costituzione, in relazione all'articolo 1, comma 2, lettera d), della legge 21 dicembre 2001, n. 443, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe;

28) *dichiara* non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 3, commi 6 e 9, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 114, commi primo e secondo, 117, commi terzo, quarto e sesto, e 118, commi primo e secondo, della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe;

29) *dichiara* non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 4, comma 5, e 13 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 114, commi primo e secondo, 117, commi terzo, quarto e sesto, e 118, commi primo e secondo, della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe;

30) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 e 11 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe;

31) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento all'articolo 76 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe;

32) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 8 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento agli articoli 76 e 117 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe;

33) *dichiara* inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 16 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe;

34) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 17, 18, 19, commi 1 e 3, e 20 del decreto legislativo 19 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe;

35) *dichiara* la illegittimità costituzionale del decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198 (Disposizioni volte ad accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 21 dicembre 2001, n. 443);

36) *dichiara* inammissibile il ricorso proposto dal comune di Vercelli «per sollevare questione di legittimità costituzionale e conflitto di attribuzione» avverso il decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 25 settembre 2003 (*omissis*)».

Sul riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in tema di infrastrutture di telecomunicazione e tutela dai campi elettromagnetici.

(Corte Costituzionale, sentenza 1 - 7 ottobre 2003 n. 307 e 27 ottobre - 7 novembre 2003 n. 331).

Con due significative pronunce - le sentenze 1° ottobre 2003, n. 303 (*) e 7 ottobre 2003, n. 307 - la Corte Costituzionale è intervenuta di recente a dettare fondamentali affermazioni di principio in tema di riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni dopo la nota revisione operata dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

L'occasione è stata fornita, nel primo caso (sent. n. 303), dal ricorso al giudice delle leggi da parte di una pluralità di Regioni in ordine alla legittimità costituzionale della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (la cosiddetta «legge obiettivo», sulle infrastrutture strategiche di interesse nazionale) e dei relativi decreti legislativi delegati di attuazione.

Parallelamente è stata la volta dell'impugnativa da parte dello Stato di diverse leggi regionali riguardanti l'attività di prevenzione e la tutela ambientale e sanitaria dall'inquinamento elettromagnetico prodotto da impianti fissi di telecomunicazione o radiotelevisivi e per il trasporto di energia, che ha portato alla quasi coeva sentenza n. 307.

Si ritiene utile illustrare dapprima quest'ultima pronuncia, che appare meglio conferente all'argomento del riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia.

L'iniziativa dello Stato, e per esso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha infatti consentito di focalizzare meglio quella sofferta linea di confine fra la competenza legislativa statale e quella regionale, come dedotta dal novellato disposto del titolo V della seconda parte della Costituzione.

In merito al sistema di riparto delle competenze tra Stato e regioni occorre preventivamente soffermarsi sui contenuti dell'art. 117 Cost.

In particolare, si rammenta che il secondo comma disciplina in modo tassativo le materie nelle quali lo Stato esercita la sua potestà legislativa esclusiva, mentre il terzo comma stabilisce e definisce le materie di legislazione concorrente, per le quali la potestà legislativa spetta alle Regioni, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali riservati ancora allo Stato. Infine, al quarto comma del medesimo articolo viene specificato che spetta alle Regioni la potestà legislativa riferita ad ogni altra materia non espressamente riservata allo Stato.

Risulta così cristallizzato il principio della sussidiarietà della legislazione statale rispetto a quella regionale, con la conseguenza che alla Regione è

(*) Vedi retro, pag. 140; Sulla questione dell'*elettrosmog* vedi anche MARIA VITTORIA LUMETTI, *Il risarcimento del danno alla persona: inquinamento elettromagnetico e organismi geneticamente modificati*, in questa *Rassegna*, 267.

ricosciuto un generale potere legislativo, rimanendo una residuale potestà normativa statale per le sole materie espressamente e tassativamente indicate.

Appare chiaro allora, anche alla lettura del nuovo art. 117 Cost., che il principio distintivo tra competenza regionale e statale è ancora incardinato nell'oggetto della disciplina normativa.

Il criterio distintivo delle competenze risiede pertanto nella «materia» secondo una *ratio* che si è sostanzialmente consolidata.

Invero però tale criterio non appare esaustivo o comunque soddisfacente, in particolare laddove viene assunto con valenza immediata, avuto riguardo soprattutto alla possibilità di una sovrapposizione di molteplici materie, attribuite alle diverse potestà, e compresenti nell'ambito di una stessa normativa, la quale si propone di disciplinare specifici compiti finalizzati ad obiettivi definiti.

Nel caso specifico la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 307 del 2003, ha inteso riaffermare che l'ambito d'intervento del legislatore concernente la «tutela dell'ambiente» non rappresenta una *materia* in senso stretto, bensì un compito, nell'esercizio del quale lo Stato conserva il potere di fissare *standard* di protezione uniformi validi in tutte le Regioni e mai derogabili da queste, nemmeno in senso più restrittivo.

Le materie di cui alle leggi regionali impugnate, coinvolgendo gli aspetti attinenti alla «tutela della salute», assoggettata alle insidie del cosiddetto *elettrosmog*, ma anche «l'ordinamento della comunicazione», «la produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», nonché in via generale la materia del «governo del territorio», rientrano tra quelle per cui la Costituzione, al nuovo articolo 117, comma 3, ha previsto una potestà legislativa concorrente fra Stato e Regioni, nella quale queste ultime fissano la disciplina, ma nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dallo Stato.

Peraltro non è affatto escluso, come del resto già emerge da diverse pronunce della stessa Corte Costituzionale, che le leggi regionali, emanate sulla base della potestà concorrente o residuale prevista dall'art. 117 Cost., comma 3 e 4, possano assumere come scopo anche finalità di tutela ambientale.

È stato sostenuto dallo Stato parte ricorrente che i già richiamati principi fondamentali erano stati individuati mediante la «legge quadro sulla protezione dall'esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici» (22 febbraio 2001, n. 36) e che l'iniziativa regionale avesse violato i ripetuti principi ivi contenuti.

La Corte Costituzionale si è conseguentemente richiamata proprio a tale normativa, utilizzandola nell'argomentare la sentenza al fine di verificare se le Regioni, nel deliberare le leggi impugnate, si siano attenute ai limiti fissati per l'esercizio della loro potestà legislativa.

La legge n. 36 del 2001, che si applica a tutti gli impianti che possono comportare l'esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici con frequenza compresa tra 0 Hz e 300 GHz, stabilisce le funzioni di pertinenza dello Stato e le competenze spettanti alle regioni e agli enti locali.

In particolare gli *standard* di protezione dall'inquinamento elettromagnetico si distinguono, nella normativa, in:

«*limiti di esposizione*», determinati dallo Stato, definiti come valori che non devono essere superati in alcuna condizione di esposizione da parte della popolazione e dei lavoratori al fine di assicurare loro una confacente tutela della salute;

«*valori d'attenzione*», sempre determinati dallo Stato, intesi come valori di campo da non superare, a titolo di cautela, rispetto ai possibili effetti a lungo termine, negli ambienti abitativi e scolastici e nei luoghi adibiti a permanenze prolungate;

«*obiettivi di qualità*», riconducibili a due categorie, di cui la prima facente riferimento ancora una volta a valori di campo e la seconda riguardante invece «criteri localizzativi», «*standard urbanistici*», «prescrizioni» e «incentivazioni per l'utilizzo delle migliori tecnologie disponibili»; la prima categoria è di pertinenza dello Stato, mentre la seconda è attribuita alla competenza regionale.

In sostanza la legge quadro assegna la fissazione delle «soglie» di esposizione allo Stato, mentre lascia alle Regioni l'autonoma disciplina per l'uso del territorio in rapporto alla localizzazione degli impianti e per ogni altra prescrizione volta a ridurre l'impatto negativo degli impianti medesimi sul territorio amministrato.

Si tratta quindi di un ambito in cui lo Stato e le Regioni possono e devono cooperare al fine di garantire una tutela migliore dell'ambiente.

Le conclusioni cui è pervenuta ora la Consulta si possono sintetizzare nell'assunto che spetta allo Stato fissare i valori limite d'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici e che in pari tempo non possono le Regioni stabilire, per il territorio di competenza, valori diversi, ancorché più restrittivi seppur finalizzati alla tutela della salute dei cittadini.

Ciò non di meno, alle Regioni viene confermata l'attribuzione della competenza legislativa concernente la localizzazione degli impianti.

Ciò stante, l'aspetto essenziale che si può cogliere nella decisione della Corte Costituzionale appare essere quello della definizione di una logica di principio secondo la quale la tutela della salute dei cittadini va affermata e confermata senza però che trovi presidi esorbitanti, dovendosi al tempo stesso tener conto della necessaria presenza, attivazione e pianificazione delle reti nazionali per le telecomunicazioni e dei grandi impianti per la produzione dell'energia, componenti irrinunciabili del processo di mantenimento e sviluppo di adeguati livelli di benessere della società nel suo complesso.

Emerge quindi che, giustapposte alle palmari evidenze della protezione della salute dei cittadini, la Corte Costituzionale ha voluto recuperare quei rilevanti «interessi nazionali» sottesi alla efficiente realizzazione degli impianti, interessi che con l'essere stabilmente sottintesi, potevano rischiare di essere irragionevolmente sottovalutati o ignorati.

I giudici della Consulta hanno pertanto significativamente concluso che la determinazione a livello nazionale di «valori-soglia» non derogabili dalle Regioni deve essere considerata «*come il punto di equilibrio tra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche e di realizzare impianti necessari al Paese*».

Si è realizzato così quel necessario contemperamento fra esigenze di diverso orientamento, ma in definitiva non contrapposte, atteso che le finalità del legislatore, quali che siano, sono sempre e comunque di valenza positiva.

Del resto, *a contrario* non possono sottacersi gli evidenti rischi connessi ad arbitrarie ed ingiustificate diversificazioni e frammentazioni sul territorio nazionale delle possibili varie legislazioni regionali, con ricadute oltretutto a danno della necessaria disciplina unitaria della «tutela della concorrenza» nello specifico rilevante settore delle telecomunicazioni.

Coerentemente, pertanto, con specifico riferimento all'attribuzione delle discipline localizzative e territoriali, la Corte riconosce alle Regioni e agli enti locali una piena autonomia, con l'unico (necessario) presidio che le norme poste non costituiscano un impedimento ed un ostacolo, laddove prive di ragionevole giustificazione, all'insediamento stesso degli impianti.

Come accennato in apertura, la Corte Costituzionale aveva avuto modo, già prima della sentenza n. 307 illustrata, di affrontare giudizi diversi di legittimità costituzionale con la sentenza n. 303 del 2003.

Tale decisione rileva, in questa sede, per i principi generali d'interpretazione del riparto delle competenze legislative che sono stati enunciati appunto dalla Corte per la lettura corretta del modificato titolo V della parte seconda della Costituzione.

Nella circostanza, e con espresso riferimento alla problematica delle competenze legislative qui argomentate, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del D.lgs. 4 settembre 2002, n. 198 recante «Disposizioni volte ad accelerare la realizzazione di telecomunicazioni strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese», avendo riscontrato il vizio di eccesso di delega.

Tale declaratoria sottolinea la rilevata assenza, all'interno del D.lgs. n. 198/2002, di un programma di individuazione delle infrastrutture, redatto d'intesa con le Regioni e le province autonome interessate.

Siffatta carenza realizza una espansione indebita delle competenze statali e una conseguente compressione indebita dell'autonomia regionale.

L'intento della pronuncia della Consulta, del tutto esplicito, è quello di realizzare un'efficace coordinamento fra poteri secondo lo spirito che pervade tutta la Carta Costituzionale e che è stato, come si è visto, successivamente confermato e ribadito nella sentenza n. 307 del 2003.

A ben vedere, in definitiva, le due decisioni della Consulta si rivelano solo apparentemente divergenti, risultando al contrario fra loro coordinate e sapientemente mirate, ove si consideri l'intrinseca difficoltà del processo d'attuazione del nuovo titolo V della Costituzione e l'obiettivo di realizzare una costante intesa fra lo Stato e le Regioni.

Ma di certo alla Corte Costituzionale non mancheranno presto ulteriori opportunità di intervento nella delicata e complessa materia del nuovo riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Dott.ssa Noemi Gennari

Corte Costituzionale, sentenza 1 - 7 ottobre 2003, n. 307 - Presidente R. Chieppa - Redattore V. Onida - Giudice G. Zagrebelsky (ctt. 2034/02 ed altri, Avv.ti dello Stato G. Nori e I. M. Braguglia).

«(omissis) Considerato in diritto - 1. — Con quattro distinti ricorsi il Presidente del Consiglio ha impugnato diverse disposizioni di quattro leggi regionali: si tratta, precisamente, della legge regionale delle Marche 13 novembre 2001, n. 25, recante “Disciplina regionale in materia di impianti fissi di radiocomunicazione al fine della tutela ambientale e sanitaria della popolazione” (ricorso iscritto al n. 4 del registro dei ricorsi del 2002); della legge regionale della Campania 24 novembre 2001, n. 13, recante “Prevenzione dei danni derivanti dai campi

elettromagnetici generati da elettrodotti” (ricorso iscritto al n. 5 del registro dei ricorsi del 2002); della legge regionale della Puglia 8 marzo 2002, n. 5, recante “Norme transitorie per la tutela dall’inquinamento elettromagnetico prodotto da sistemi di telecomunicazioni e radiotelevisivi operanti nell’intervallo di frequenza fra 0 Hz e 300 GHz” (ricorso iscritto al n. 35 del registro dei ricorsi del 2002); e della legge regionale dell’Umbria 14 giugno 2002, n. 9, recante “Tutela sanitaria e ambientale dall’esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici” (ricorso iscritto al n. 52 del registro dei ricorsi del 2002). Secondo il ricorrente le disposizioni impuginate fuoriescono dall’ambito della competenza regionale o violano i principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato.

2. — Attesa l’oggettiva comunanza della materia trattata nei ricorsi (tutte le leggi impuginate riguardano la tutela dal cosiddetto “*elettrosmog*”, cioè dall’inquinamento elettromagnetico prodotto da impianti fissi di telecomunicazione o radiotelevisivi e di trasporto di energia, benché due leggi - Marche e Puglia - concernano solo gli impianti di telecomunicazione o radiotelevisivi, una - Campania - solo gli elettrodotti, e una - Umbria - entrambi i tipi di impianti), è opportuno riunire i giudizi perché siano decisi con unica pronuncia.

3. — Devono essere preliminarmente dichiarate inammissibili la costituzione della Regione Campania nel giudizio introdotto col ricorso iscritto al n. 5 del registro dei ricorsi del 2002 e quella della Regione Puglia nel giudizio rubricato col n. 35 del registro dei ricorsi del 2002, avvenute entrambe oltre il termine prescritto dall’articolo 23, terzo comma, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale.

La Regione Campania argomenta l’ammissibilità della costituzione tardiva. Tuttavia la Corte non ritiene di discostarsi dalla propria giurisprudenza consolidata (cfr., tra le molte, sentenze n. 71 del 1982 e n. 417 del 2000), che considera perentori i termini previsti per la costituzione delle parti nei giudizi in via principale.

4. — Devono altresì essere dichiarati inammissibili gli interventi spiegati, nel giudizio avverso la legge della Regione Campania (reg. ric. n. 5 del 2002), dal Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale S.p.a., dalle società ENEL S.p.a., ENEL Distribuzione S.p.a., TERNA - Trasmissione Elettricità Rete Nazionale S.p.a., e dal Comune di Lacco Ameno, nella persona del Sindaco, nonché da quest’ultimo quale Ufficiale di Governo; nel giudizio avverso la legge regionale della Puglia (reg. ric. n. 35 del 2002), dalla Società Wind Telecomunicazioni S.p.a.; e, nel giudizio avverso la legge regionale dell’Umbria (reg. ric. n. 52 del 2002), dalla S.p.a. Vodafone Omnitel.

Si tratta di un Comune e, negli altri casi, di soggetti imprenditoriali interessati alla disciplina recata dalle leggi impuginate; ma, in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte (cfr. da ultimo sentenze n. 35 del 1995 e n. 382 del 1999), è inammissibile l’intervento, nei giudizi promossi in via principale nei confronti di leggi regionali o statali, di soggetti diversi da quelli titolari delle potestà legislative della cui delimitazione si discute, ancorché destinatari attuali o potenziali delle discipline normative recate dalle leggi impuginate.

5. — Tutte le leggi regionali impuginate sono state emanate nel vigore del nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione, come risultante dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, e fanno seguito altresì alla legge statale 22 febbraio 2001, n. 36 (“Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici”: d’ora in poi indicata come legge quadro).

Quanto alle censure sollevate nei ricorsi, è opportuno anzitutto sgomberare il campo da un assunto di carattere generale, che il ricorrente sostiene, in modo più esplicito nel ricorso contro la legge dell'Umbria, invocando la competenza legislativa esclusiva attribuita allo Stato dall'art. 117, secondo comma, lettera *s*, della Costituzione, in tema di "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", per escludere qualsiasi competenza delle Regioni a legiferare in vista di finalità di tutela dell'ambiente.

Tale assunto non è fondato. Questa Corte ha già chiarito che la "tutela dell'ambiente", più che una "materia" in senso stretto, rappresenta un compito nell'esercizio del quale lo Stato conserva il potere di dettare *standard* di protezione uniformi validi in tutte le Regioni e non derogabili da queste; e che ciò non esclude affatto la possibilità che leggi regionali, emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, o di quella "residuale" di cui all'art. 117, quarto comma, possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale (cfr. sentenze n. 407 del 2002 e n. 222 del 2003).

Nel caso delle discipline regionali impugnate, esse attengono essenzialmente agli ambiti materiali - richiamati del resto anche dal ricorrente - della "tutela della salute", minacciata dall'inquinamento elettromagnetico, dell'"ordinamento della comunicazione" (per quanto riguarda gli impianti di telecomunicazione o radiotelevisivi), della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" (per quanto riguarda gli elettrodotti), oltre che, più in generale, del "governo del territorio" (che comprende, in linea di principio, tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività): tutti ambiti rientranti nella sfera della potestà legislativa "concorrente" delle Regioni a statuto ordinario, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione, e pertanto caratterizzati dal vincolo al rispetto dei (soli) principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato.

6. — Assume dunque essenziale rilievo la disciplina di principio stabilita dalla legge quadro, ai fini di verificare se le Regioni, nel deliberare le leggi impugnate, si siano attenute ai limiti fissati per l'esercizio della loro potestà legislativa.

Tale legge, che si applica a tutti gli impianti che possono comportare l'esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici con frequenze comprese tra 0 Hz e 300 GHz, e in particolare sia agli elettrodotti, sia agli impianti radioelettrici (art. 2, comma 1), stabilisce distintamente le funzioni spettanti allo Stato (artt. 4 e 5) e le competenze delle Regioni e degli enti locali (art. 8), e disciplina specificamente i piani di risanamento (art. 9), i controlli (art. 14), le sanzioni (art. 15) e il regime transitorio applicabile in attesa dell'emanazione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sulle soglie di esposizione per la popolazione, previsto dall'art. 4, comma 2 (art. 16: cfr. oggi d.P.C.m. 8 luglio 2003).

In particolare, nel sistema della legge, gli *standard* di protezione dall'inquinamento elettromagnetico si distinguono (art. 3) in "limiti di esposizione", definiti come valori di campo elettrico, magnetico ed elettromagnetico che non devono essere superati in alcuna condizione di esposizione della popolazione e dei lavoratori per assicurare la tutela della salute; "valori di attenzione", intesi come valori di campo da non superare, a titolo di cautela rispetto ai possibili effetti a lungo termine, negli ambienti abitativi e scolastici e nei luoghi adibiti a permanenze prolungate; e "obiettivi di qualità". Questi ultimi sono distinti in due categorie, di cui una consiste ancora in valori di campo definiti "ai fini della progressiva minimizzazione dell'esposizione" (art. 3, comma 1, lettera *d*, n. 2), l'altra invece del tutto eterogenea consiste nei "criteri localizzativi, (...) *standard* urbanistici, (...) prescrizioni e (...) incentivazioni per l'utilizzo delle migliori tecnologie disponibili" (art. 3, comma 1, lettera *d*, n. 1).

La legge attribuisce allo Stato la determinazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità del primo dei due tipi indicati, cioè dei valori di campo definiti ai fini della ulteriore progressiva "minimizzazione" dell'esposizione (art. 4, comma 1, lettera *a*), mentre attribuisce alla competenza delle Regioni la indicazione degli obiettivi di qualità del secondo dei tipi indicati, consistenti in criteri localizzativi, *standard* urbanistici, prescrizioni e incentivazioni (art. 3, comma 1, lettera *d*, n. 1, e art. 8, comma 1, lettera *e*).

Al di là della discutibile terminologia, la logica della legge è quella di affidare allo Stato la fissazione delle "soglie" di esposizione, graduate nel modo che si è detto, alle Regioni la disciplina dell'uso del territorio in funzione della localizzazione degli impianti, cioè le ulteriori misure e prescrizioni dirette a ridurre il più possibile l'impatto negativo degli impianti

sul territorio (anche se poi alcune scelte localizzative sono a loro volta riservate allo Stato: è il caso dei tracciati degli elettrodotti con tensione superiore a 150 kV: art. 4, comma 1, lettera *g*), oltre che la disciplina dei procedimenti autorizzativi (cfr. art. 8, comma 1, lettera *c*): ciò, in coerenza con il ruolo riconosciuto alle Regioni per quanto attiene al governo e all'uso del loro territorio.

È vero che la stessa legge prevede poi l'emanazione di un regolamento statale destinato a contenere anche misure relative alla localizzazione degli impianti e altre misure dirette ad "evitare danni ai valori ambientali e paesaggistici" e a tutelare gli "interessi storici, artistici, architettonici, archeologici, paesaggistici e ambientali", nonché una disciplina dei "principi" relativi ai procedimenti autorizzativi (art. 5 e art. 8, comma 1, lettera *a*). Ma, a prescindere da ogni considerazione circa la sorte che potrà riservarsi a tale potestà regolamentare a seguito della entrata in vigore del nuovo art. 117, sesto comma, della Costituzione, che limita la potestà regolamentare dello Stato alle sole materie di competenza statale esclusiva, la circostanza che il regolamento previsto non è stato emanato, in assenza inoltre di qualsiasi disciplina legislativa transitoria su questi temi, rende superflua ogni ulteriore disamina in argomento, restando fermo che le leggi regionali impugnate devono essere valutate in relazione alla loro conformità o meno ai soli principi fondamentali contenuti nella legge quadro.

7. — L'esame di alcune delle censure proposte nei ricorsi presuppone che si risponda all'interrogativo se i valori-soglia (limiti di esposizione, valori di attenzione, obiettivi di qualità definiti come valori di campo), la cui fissazione è rimessa allo Stato, possano essere modificati dalla Regione, fissando valori-soglia più bassi, o regole più rigorose o tempi più ravvicinati per la loro adozione.

La risposta richiede che si chiarisca la *ratio* di tale fissazione. Se essa consistesse esclusivamente nella tutela della salute dai rischi dell'inquinamento elettromagnetico, potrebbe invero essere lecito considerare ammissibile un intervento delle Regioni che stabilisse limiti più rigorosi rispetto a quelli fissati dallo Stato, in coerenza con il principio, proprio anche del diritto comunitario, che ammette deroghe alla disciplina comune, in specifici territori, con effetti di maggiore protezione dei valori tutelati (cfr. sentenze n. 382 del 1999 e n. 407 del 2002).

Ma in realtà, nella specie, la fissazione di valori-soglia risponde ad una *ratio* più complessa e articolata. Da un lato, infatti, si tratta effettivamente di proteggere la salute della popolazione dagli effetti negativi delle emissioni elettromagnetiche (e da questo punto di vista la determinazione delle soglie deve risultare fondata sulle conoscenze scientifiche ed essere tale da non pregiudicare il valore protetto); dall'altro, si tratta di consentire, anche attraverso la fissazione di soglie diverse in relazione ai tipi di esposizione, ma uniformi sul territorio nazionale, e la graduazione nel tempo degli obiettivi di qualità espressi come valori di campo, la realizzazione degli impianti e delle reti rispondenti a rilevanti interessi nazionali, sottesi alle competenze concorrenti di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, come quelli che fanno capo alla distribuzione dell'energia e allo sviluppo dei sistemi di telecomunicazione. Tali interessi, ancorché non resi espliciti nel dettato della legge quadro in esame, sono indubbiamente sottesi alla considerazione del "preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normative omogenee" che, secondo l'art. 4, comma 1, lettera *a*, della legge quadro, fonda l'attribuzione allo Stato della funzione di determinare detti valori-soglia. In sostanza, la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell'energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato.

Tutt'altro discorso è a farsi circa le discipline localizzative e territoriali. A questo proposito è logico che riprenda pieno vigore l'autonoma capacità delle Regioni e degli enti locali di regolare l'uso del proprio territorio, purché, ovviamente, criteri localizzativi e *standard* urbanistici rispettino le esigenze della pianificazione nazionale degli impianti e non siano, nel merito, tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli stessi.

8. — Alla luce di queste premesse possono ora essere esaminate le specifiche censure mosse nei ricorsi alle disposizioni delle leggi regionali impugnate.

L'art. 3, comma 3, della legge della Regione Marche prevede che l'installazione degli impianti sia sottoposta "ad opportune procedure di valutazione di impatto ambientale così come previsto dall'articolo 2-bis della legge 1° luglio 1997, n. 189". Il successivo comma 4 demanda ad un atto della Giunta la determinazione delle modalità di attuazione. Le due disposizioni sono impugnate dal Presidente del Consiglio sul presupposto che esse eccedano la competenza regionale, poiché la competenza resterebbe riservata allo Stato in funzione della tutela dell'ambiente.

La questione è infondata per quanto riguarda il comma 3: infatti la sottoposizione a valutazione di impatto ambientale della installazione degli impianti in questione, anche a prescindere dalla previsione analoga contenuta nella legge statale (poi abrogata dall'art. 12 del d. lgs. n. 198 del 2002, a sua volta però caducato dalla sentenza n. 303 del 2003 di questa Corte), afferisce alla disciplina dell'uso del territorio, e non contrasta con alcun principio fondamentale della legislazione statale.

Non vale in contrario il richiamo agli articoli 1, comma 6, lettera a, n. 2, e 2, comma 6, della legge 31 luglio 1997, n. 249, e all'art. 2, comma 1, del decreto legge 23 gennaio 2001, n. 5, convertito con la legge 20 marzo 2001, n. 66, che si riferiscono alla elaborazione dei piani di assegnazione delle frequenze da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Tali piani comportano bensì la necessità di prevedere in via generale l'ubicazione degli impianti sul territorio, ma non esauriscono le decisioni di concreta localizzazione degli stessi, che restano nella sfera della competenza regionale e locale, come confermano sia l'art. 8, comma 1, lettera a, della legge quadro, sia, per la fase transitoria, l'art. 2, commi 1 e 1-bis, del decreto legge n. 5 del 2001.

9. — Fondata è invece la questione relativamente al comma 4, per l'assoluta indeterminazione del potere demandato alla Giunta. Una procedura di valutazione di impatto può di fatto tradursi in un ostacolo ingiustificato alla realizzazione di impianti che sono oggetto di una programmazione nazionale, a seconda del modo in cui venga disciplinata e degli effetti attribuiti alle determinazioni assunte nell'ambito della stessa. La totale libertà attribuita alla Giunta nel dettare tale disciplina, senza l'indicazione di alcun criterio da parte della legge, viola il principio di legalità sostanziale, oltre che consentire l'emanazione di discipline regionali eccedenti l'ambito dei poteri della Regione o contrastanti con i principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale: e determina pertanto l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata.

10. — L'art. 3, comma 6, della legge marchigiana impone, sia pure in via transitoria, e cioè fino all'adozione "dei decreti e regolamenti previsti dall'articolo 4" della legge statale n. 36 del 2001, che la progettazione, la realizzazione e la modifica degli impianti siano attuate in modo da ottenere "quale obiettivo di qualità", in corrispondenza di edifici adibiti a permanenze non inferiori a quattro ore, valori di campo elettrico non superiori a 3 Volt/metro.

Il ricorrente censura tale disposizione in quanto essa invaderebbe l'attribuzione, riservata allo Stato dall'art. 4, comma 1, lettera a, della legge n. 36 del 2001, di determinare i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità in termini di valori di campo.

La questione è fondata.

Come si è detto, la legge quadro distingue nettamente fra gli "obiettivi di qualità" in termini di valori di campo, ai fini della "progressiva minimizzazione dell'esposizione" - definiti dallo Stato - e gli "obiettivi di qualità" in termini di criteri localizzativi, *standard* urbanistici, prescrizioni e incentivazioni per l'utilizzo delle migliori tecnologie disponibili, indicati dalle leggi regionali. Nel caso della disposizione impugnata, si tratta all'evidenza di un obiettivo del primo tipo, la cui definizione è rimessa allo Stato: onde essa eccede l'ambito della competenza regionale.

11. — L'art. 7, comma 3, della legge delle Marche stabilisce che con atto della Giunta regionale sono determinate le distanze minime, da rispettare nell'installazione degli impianti, dal perimetro esterno di edifici "destinati ad abitazioni, a luoghi di lavoro o ad attività diverse da quelle specificamente connesse all'esercizio degli impianti stessi", di ospe-

dali, case di cura e di riposo, edifici adibiti al culto, scuole ed asili nido, nonché di immobili vincolati ai sensi della legislazione sui beni storico-artistici o individuati come edifici di pregio storico-architettonico, di parchi pubblici, parchi gioco, aree verdi attrezzate ed impianti sportivi.

Il Presidente del Consiglio censura tale disposizione in quanto essa introduce un parametro, quello della distanza, diverso da quelli "di attenzione" la cui determinazione è riservata allo Stato ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettera *a*, della legge quadro.

La questione è fondata.

La totale libertà attribuita alla Giunta ai fini della determinazione delle distanze minime, e la genericità ed eterogeneità delle categorie di aree e di edifici rispetto a cui il vincolo di distanza minima viene previsto, configurano non già un quadro di prescrizioni o *standard* urbanistici, bensì un potere amministrativo in contrasto con il principio di legalità sostanziale e tale da poter pregiudicare l'interesse, protetto dalla legislazione nazionale, alla realizzazione delle reti di telecomunicazione. La norma impugnata eccede pertanto i limiti della competenza regionale.

12. — Della legge regionale della Campania è impugnato in primo luogo l'art. 1, comma 2, in cui si enuncia che "per i fini di cui al comma 1" - vale a dire per la tutela della salute e per la salvaguardia dell'ambiente dall'inquinamento elettromagnetico - la legge "detta norme per la localizzazione degli elettrodotti".

Secondo il ricorrente, il rinvio a finalità di "tutela dell'ambiente" violerebbe la competenza esclusiva dello Stato in questa materia.

La generica censura è infondata per le ragioni già esposte sopra, al n. 5.

13. — L'art. 2 della stessa legge stabilisce che i Comuni devono indicare nei loro strumenti urbanistici gli elettrodotti esistenti e i corridoi aerei o interrati per la localizzazione delle linee elettriche di voltaggio superiore a 30.000 volt (comma 1); che l'ampiezza dei corridoi è definita "con direttiva della Regione" (comma 2); che gli strumenti urbanistici devono assicurare il rispetto di un valore limite di induzione magnetica difforme da quello definito dallo Stato, in prossimità di edifici adibiti a permanenze prolungate (comma 3).

Dette norme sono censurate per contrasto con i principi della legge statale.

La questione è infondata relativamente al comma 1, che si limita a prevedere la indicazione obbligatoria negli strumenti urbanistici degli elettrodotti e dei corridoi per la loro localizzazione (che dovrà, evidentemente, essere conforme alla specifica normativa e alla pianificazione statale), nonché relativamente al comma 2, che si limita a prevedere una direttiva regionale sull'ampiezza dei corridoi, che è altra cosa rispetto alla definizione di vincoli nelle fasce di rispetto.

14. — È invece fondata, per le ragioni esposte sopra al n. 7, la questione relativamente al comma 3 dell'art. 2, che introduce un valore limite di induzione magnetica in prossimità di determinati edifici ed aree, il quale si sovrappone ai limiti di esposizione fissati dallo Stato [cfr. art. 4 del d.P.C.m. 23 aprile 1992, recante "Limiti massimi di esposizione ai campi elettrico e magnetico generati alla frequenza industriale nominale (50 Hz) negli ambienti abitativi e nell'ambiente esterno", richiamato in via transitoria dall'art. 16 della legge quadro].

15. — L'art. 3 della legge regionale della Campania stabilisce, al comma 1, che i Comuni, con le procedure previste per la localizzazione delle opere pubbliche, adeguano la pianificazione urbanistica individuando gli elettrodotti in esercizio che non rispettano il valore limite di induzione magnetica di cui all'art. 2, comma 3, e che sono oggetto di interventi prioritari di risanamento; al comma 2, che le imprese distributrici di energia elettrica con elettrodotti di tensione fino a 150 kV presentano alla Regione un piano di risanamento con le modalità e i tempi degli interventi da realizzare, piano che è approvato, ai sensi del comma 3, dalla Regione sentita il Comune interessato e l'Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente; infine il comma 4 prevede che "per le finalità di cui al comma 1" le imprese distributrici di energia elettrica per le reti di tensione superiore a 150 kV attivano la procedura di risanamento con le modalità previste dal d.P.C.m. 23 aprile 1992 (erroneamente indicato con la data del 23 aprile 1993).

Il ricorrente censura tutta la disposizione perché non avrebbe tenuto conto della riserva allo Stato della competenza a stabilire i criteri di elaborazione dei piani di risanamento, anche con riferimento alle modalità di coordinamento delle attività riguardanti più Regioni.

La questione è fondata per quanto riguarda il comma 1, che fa riferimento ai valori-limite di cui all'art. 2, comma 3, in conseguenza della illegittimità di quest'ultimo; nonché, per le stesse ragioni, per quanto riguarda il rinvio alle finalità del comma 1 contenuto nel comma 4 dello stesso art. 2.

16. — Non è invece fondata la medesima questione per quanto riguarda i commi 2 e 3, che fanno riferimento alla competenza alla approvazione dei piani di risanamento degli elettrodotti di tensione fino a 150 kV, competenza riconosciuta alla Regione dall'art. 9, comma 3, secondo periodo, della legge quadro. Né può sostenersi che la Regione debba attendere la statuizione da parte dello Stato dei criteri di elaborazione e delle modalità di coordinamento interregionale dei piani (ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettera *d*, della legge quadro), che non condizionano, anche ai sensi del citato art. 9 della legge statale, la predisposizione dei piani, ma semmai, eventualmente, ne potranno comportare l'adeguamento una volta che lo Stato abbia provveduto.

Parimenti non fondata è la questione con riguardo al comma 4, escluso l'inciso iniziale: per gli elettrodotti di tensione superiore a 150 kV si fa infatti rinvio alle procedure stabilite dall'atto statale (sia pure erroneamente indicato quanto alla data).

17. — È censurato anche l'art. 7 della legge della Regione Campania, che stabilisce le sanzioni per il superamento dei limiti fissati dalla stessa legge e per la mancata presentazione dei piani di risanamento. Il ricorrente lamenta che sia fissato un regime sanzionatorio autonomo senza tener conto di quello previsto dall'art. 15 della legge quadro.

La questione è fondata.

La competenza a disciplinare le sanzioni per il superamento dei valori-limite non può che seguire la competenza a fissare gli stessi valori, e quindi nella specie spetta allo Stato (cfr. infatti l'art. 15 della legge quadro). Quanto agli effetti della mancata presentazione dei piani di risanamento, o del mancato rispetto delle prescrizioni dei piani, provvede l'art. 9 della legge quadro, ai cui sensi la Regione è abilitata a sostituirsi ai gestori adottando il piano per gli elettrodotti minori (comma 3, terzo periodo), mentre il mancato risanamento comporta, a titolo di sanzione, che non si riconosca al gestore inadempiente il canone per l'utilizzo della linea non risanata, nonché la disattivazione temporanea degli impianti, con provvedimento del Ministro per gli elettrodotti maggiori, della Regione per quelli minori (comma 6).

La disciplina impugnata è dunque costituzionalmente illegittima in quanto si sovrappone a quella statale recata dalla legge quadro.

18. — Infine il ricorrente impugna l'art. 8 della legge campana, che impone l'adeguamento degli elettrodotti già autorizzati ma non ancora in esercizio al valore-limite di induzione magnetica fissato dall'art. 2, comma 3, disponendo la sospensione della autorizzazione fino alla pronuncia della Regione: secondo il Presidente del Consiglio la normativa transitoria della legge regionale si sovrapporrebbe a quella recata dall'art. 16 della legge quadro.

La questione è fondata, in conseguenza del riconoscimento della illegittimità costituzionale del richiamato art. 2, comma 3.

19. — La prima disposizione impugnata della legge della Regione Puglia è l'art. 3, comma 1, lettera *m*, che definisce "aree sensibili" le "aree per le quali le amministrazioni comunali, su regolamentazione regionale, possono prescrivere localizzazioni alternative degli impianti, in considerazione della particolare densità abitativa, della presenza di infrastrutture e/o servizi a elevata intensità d'uso, nonché dello specifico interesse storico-architettonico e paesaggistico-ambientale". Il successivo art. 4, comma 1, stabilisce che la Regione, "nel rispetto dei limiti previsti dal d.m. n. 381/1998" (contenente la disciplina, cui rimanda, in via transitoria, l'art. 16 della legge quadro, sui limiti di esposizione, le misure di cautela e gli obiettivi di qualità relativamente ai sistemi fissi delle telecomunicazioni e radiotelevisivi), e "tenendo conto degli strumenti della pianificazione territoriale, paesaggistica e ambientale, a livello regionale e locale", "detta i criteri generali per la localizzazione degli impianti, nonché i criteri inerenti l'identificazione delle 'aree sensibili' e la relativa perimetrazione".

Secondo il ricorrente, tale disciplina eccederebbe dalla competenza regionale: definendo le "aree sensibili" e prevedendo i criteri per la loro identificazione e perimetrazione, introdurrebbe nozioni estranee alla legislazione statale di principio e si porrebbe in contrasto con essa.

La questione non è fondata.

Le "aree sensibili" sono definite dalla legge regionale con riguardo a situazioni e interessi (tutela della popolazione nelle aree densamente abitate o frequentate, interesse storico-artistico o paesistico dell'area) di cui la Regione ha certamente titolo per occuparsi in sede di regolazione dell'uso del proprio territorio. Soprattutto, poi, la definizione e la perimetrazione di tali aree, nel sistema della legge regionale, hanno l'unico scopo di fondare la previsione di "localizzazioni alternative", cioè un tipo di misura che, fermo restando il necessario rispetto dei vincoli della programmazione nazionale delle reti e della pianificazione del territorio, rientra appieno nella competenza regionale in tema di governo del territorio, e specificamente nella competenza regionale, riconosciuta dalla legge quadro (art. 8, comma 1, lettera *a*), per la "individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti per telefonia mobile, degli impianti radioelettrici e degli impianti per radiodiffusione". Essa non prelude dunque alla fissazione di valori-soglia diversi e contrastanti con quelli fissati dallo Stato, ma attiene e può attenersi solo alla indicazione di obiettivi di qualità non consistenti in valori di campo, ma in criteri di localizzazione, *standard* urbanistici, prescrizioni e incentivazioni all'utilizzo della miglior tecnologia disponibile, o alla cura dell'interesse regionale e locale all'uso più congruo del territorio, sia pure nel quadro dei vincoli che derivano dalla pianificazione nazionale delle reti e dai relativi parametri tecnici, nonché dai valori-soglia stabiliti dallo Stato.

20. — È poi impugnato l'art. 10, comma 1, della legge pugliese, ai cui sensi è vietata l'installazione di sistemi radianti relativi agli impianti di emittenza radiotelevisiva e di stazioni radio base per telefonia mobile su "ospedali, case di cura e di riposo, scuole e asili nido". Secondo il ricorrente tale divieto assoluto avrebbe un contenuto diverso ed eccedente rispetto all'unico parametro del valore di campo elettromagnetico prescritto dal d.m. n. 381 del 1998, cui rinvia la norma transitoria dell'art. 16 della legge quadro.

La questione è infondata. Il divieto in questione, riferito a specifici edifici, non eccede l'ambito di un "criterio di localizzazione", in negativo, degli impianti, e dunque l'ambito degli "obiettivi di qualità" consistenti in criteri localizzativi, la cui definizione è rimessa alle Regioni dall'art. 3, comma 1, lettera *d*, e dall'art. 8, comma 1, lettera *e*, della legge quadro; né di per sé è suscettibile di pregiudicare la realizzazione delle reti.

21. — Diversa è la conclusione quanto all'art. 10, comma 2, della stessa legge, che estende il divieto di localizzazione degli impianti alle aree vincolate ai sensi della legge statale sui beni culturali e ambientali, alle aree classificate di interesse storico-architettonico, alle aree "di pregio storico, culturale e testimoniale", e alle fasce di rispetto, perimetrare secondo una delibera della Giunta regionale, degli immobili "protetti" di cui al comma 1 (ospedali, case di cura e di riposo, scuole e asili nido): disposizione al cui proposito il ricorrente rileva che essa invaderebbe la competenza esclusiva dello Stato in materia ambientale e contrasterebbe con l'art. 5 della legge quadro, che riserverebbe ad un regolamento statale l'adozione di misure specifiche finalizzate alla tutela dell'ambiente e del paesaggio.

Tale questione è fondata. In questo caso infatti l'ampiezza e la eterogeneità delle categorie di aree contemplate, l'indeterminatezza di alcune definizioni (come quella di aree "di pregio testimoniale") e la assoluta discrezionalità attribuita alla Giunta nel perimetrare le fasce di rispetto relative agli immobili di cui al comma 1, fanno del divieto legislativo analogamente a quanto si è osservato sopra, al n. 11, a proposito di una simile disposizione della legge delle Marche un vincolo in grado, nella sua assolutezza, di pregiudicare l'interesse, protetto dalla legislazione nazionale, alla realizzazione delle reti di telecomunicazione, nonché lesivo, per ciò che attiene alla determinazione delle fasce di rispetto, del principio di legalità sostanziale.

22. — Della legge regionale umbra è impugnato anzitutto l'art. 1, comma 1, perché, nell'enunciare le finalità della legge, afferma che le sue norme sono dettate, oltre che "a tutela della salute e della popolazione dagli effetti della esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici", anche "a salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio": la tutela dell'ambiente sarebbe infatti attribuita alla legislazione esclusiva dello Stato.

La questione è infondata per le ragioni già esposte sopra al n. 5.

23. — È impugnato anche il comma 2 dell'art. 1, ai cui sensi "i fini di cui al comma 1 sono conseguiti disciplinando la localizzazione, la costruzione, la modificazione ed il risanamento degli impianti che producono" le emissioni in questione, nonché "mediante l'individuazione, in coerenza con le previsioni contenute nella legge n. 36/2001, di adeguati limiti di esposizione".

Secondo il ricorrente l'art. 5, comma 1, della legge quadro riserverebbe allo Stato le "misure specifiche relative alle caratteristiche tecniche degli impianti e alla localizzazione dei tracciati per la progettazione, la costruzione e la modifica degli elettrodotti e di impianti per telefonia mobile e radiodiffusione", e "le particolari misure atte ad evitare danni ai valori ambientali e paesaggistici": onde si sarebbe nel campo della legislazione esclusiva dello Stato per la tutela dell'ambiente. Sempre secondo il ricorrente, anche se la legge regionale si definisce volta alla tutela sanitaria, non sarebbe ammissibile che la legislazione concorrente regionale prevalga su quella esclusiva dello Stato. In ogni caso, pur se si ritenesse ammissibile una legislazione regionale concorrente, nella specie, fra i principi fondamentali da osservare vi sarebbero quelli che assicurano la realizzazione del principio di uguaglianza, che sarebbe violato se si ammettesse una tutela differenziata per Regioni attraverso un livello di protezione contro le radiazioni elettromagnetiche diverso (e sia pure maggiore) per una Regione rispetto ad altre.

La questione è infondata con riguardo alla prima parte della disposizione, per le ragioni già esposte sopra, al n. 5. Del resto, che vi possa e vi debba essere una disciplina regionale della localizzazione, della costruzione, della modificazione e del risanamento degli impianti risulta espressamente dalla stessa legge quadro, che attribuisce alle Regioni competenza, fra l'altro, in tema di localizzazione degli impianti (art. 8, comma 1, lettere a e b), di rilascio delle autorizzazioni alla installazione degli impianti (art. 8, comma 1, lettera c), di adozione o approvazione di piani di risanamento (art. 9).

24. — La questione è invece fondata con riguardo alla seconda parte della disposizione, che si riferisce alla individuazione (sia pure "in coerenza" con le previsioni della legge quadro: ma non è chiaro come si misurerebbe tale coerenza) di "adeguati limiti di esposizione".

Non può condividersi l'assunto del ricorrente, secondo cui di per sé una differenziazione *in melius* dei livelli di tutela sanitaria sarebbe in contrasto con il principio di eguaglianza: in linea di principio possono infatti, come si è detto, ammettersi interventi regionali di maggiore tutela. Ma, per le ragioni esposte sopra, al n. 7, i limiti di esposizione in materia di inquinamento elettromagnetico, fissati dallo Stato, debbono ritenersi inderogabili dalle Regioni anche *in melius*, esprimendo essi (ove se ne postuli l'adeguatezza in assoluto a proteggere la salute, ciò che, nella specie, non è oggetto di contestazione) il punto di equilibrio fra l'esigenza di tutela della salute e dell'ambiente e quella di consentire la realizzazione di impianti di interesse nazionale.

L'art. 1, comma 2, della legge ombra è dunque costituzionalmente illegittimo limitatamente alla parte in cui prevede l'individuazione da parte della Regione di limiti di esposizione.

25. — È impugnato l'art. 2 della legge, che, sotto la rubrica "Principio di giustificazione", stabilisce che nella pianificazione della localizzazione di nuovi impianti e in sede di rilascio delle autorizzazioni i gestori e i concessionari (salvo che per gli "impianti di competenza del Piano di assegnazione delle frequenze di cui alla legge 31 luglio 1997, n. 249") sono "tenuti a dimostrare le ragioni obiettive della indispensabilità degli impianti stessi ai fini dell'operatività del servizio". Ad avviso del ricorrente non si potrebbero attribuire alla Regioni valutazioni come quelle sulla indispensabilità degli impianti che atterrebbero alla responsabilità dei gestori, senza alterare le condizioni del mercato concorrenziale, così sconfinando anche nell'ambito della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione).

La questione è fondata, non perché possa ritenersi tale disciplina attinente alla "tutela della concorrenza" di competenza statale (trattandosi qui solo del rapporto pubblicistico fra gestore ed ente pubblico cui spettano i poteri di pianificazione, autorizzazione e vigilanza), ma perché richiedere una condizione ulteriore di tenore generico, come la dimostrazione della "indispensabilità" dell'impianto ai fini della operatività del servizio, significa attribuire all'amministrazione autorizzante un largo e indeterminato potere discrezionale

che può finire per configurarsi come arbitrio. Il che non toglie, naturalmente, che il rilascio delle autorizzazioni debba rispondere anche a criteri di funzionalità delle reti e dei servizi, trattandosi comunque di impianti che gravano con un impatto negativo sull'ambiente in termini di emissioni oltre che in termini di "consumo" o alterazione di risorse territoriali e ambientali.

26. — L'art. 4, comma 1, lettera *b*, della legge dell'Umbria prevede che in determinate aree definite "sensibili", individuate dai Comuni d'intesa con le Province in riferimento a zone ad alta densità abitativa o caratterizzate dalla presenza di strutture di tipo assistenziale, sanitario o educativo, le amministrazioni comunali "possono prescrivere modifiche, adeguamenti o la delocalizzazione di elettrodotti con tensione nominale superiore a venti kV e di impianti radioelettrici", esistenti o di nuova realizzazione, "al fine di garantire la massima tutela ambientale dell'area stessa".

Il ricorrente censura la disposizione in quanto in materia di risanamento una differenza di discipline fra diversi territori non sarebbe ammissibile, perché non assicurerebbe il rispetto del principio di eguaglianza.

La questione è infondata.

Mentre è improprio, per le ragioni già viste, invocare il principio di eguaglianza, l'attribuzione ai Comuni di poteri limitati in ordine alla localizzazione e alle caratteristiche degli impianti nelle aree "sensibili" non eccede i poteri del legislatore regionale in relazione agli "obiettivi di qualità" che la Regione può legittimamente indicare ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera *d*, n. 1, e all'art. 8, comma 1, lettera *e*, della legge quadro. In particolare, l'ultima delle disposizioni citate attribuisce espressamente alla competenza delle Regioni la "individuazione degli strumenti e delle azioni per il raggiungimento degli obiettivi di qualità" consistenti, ai sensi della prima delle citate disposizioni, in criteri localizzativi, *standard* urbanistici, prescrizioni e incentivazioni per l'utilizzo delle migliori tecnologie disponibili.

27. — L'art. 5, comma 1, lettera *c*, della legge prevede che la Giunta regionale con proprio regolamento "fissa i criteri per l'elaborazione e l'attuazione dei piani di risanamento degli impianti radioelettrici, di telefonia mobile e di radiodiffusione".

Il ricorrente censura la disposizione affermando la inammissibilità di una differenziazione per Regioni della disciplina in materia di risanamento.

Anche questa questione è infondata. Premesso che non è contestata né in questo caso né a proposito di altre analoghe disposizioni pure impugnate nei presenti giudizi la legittimità del ricorso allo strumento regolamentare né la competenza della Giunta ad adottarlo, basta qui osservare che l'art. 9, comma 1, della legge quadro espressamente attribuisce alla Regione il compito di adottare i piani di risanamento per gli impianti radioelettrici, senza nemmeno prevedere in proposito come invece prevede per gli elettrodotti l'art. 4, comma 1, lettera *d*, e comma 4, della stessa legge criteri statali di elaborazione dei piani.

28. — Il comma 2 dello stesso art. 5 prevede che la Giunta regionale, sentite le Province, proponga al Ministero dell'ambiente il piano di risanamento degli elettrodotti con tensione superiore a 150 kv "in caso di inerzia o inadempienza dei gestori".

Il Presidente del Consiglio sostiene, da un lato, che si tratterebbe di materia di esclusiva competenza statale, dall'altro che, attribuendosi un potere di proposta dei piani, la Regione porrebbe dei limiti ai poteri deliberativi dello Stato, "salvo che la norma non vada interpretata nel senso che la proposta in questo caso costituisce solo una sollecitazione per il Ministero che potrà deliberare un piano del tutto diverso da quello proposto".

La questione è infondata.

L'art. 9, comma 3, primo periodo, della legge quadro prevede che per gli elettrodotti in questione la proposta di piano sia presentata dai gestori al Ministero dell'ambiente, nulla disponendosi per il caso di mancata presentazione (salve le sanzioni previste dal comma 6 per l'ipotesi di mancato risanamento dovuto a inerzia o inadempimento di coloro che hanno la disponibilità dell'elettrodotto). La disposizione regionale contestata non avoca alla Regione il potere di approvare i piani, espressamente riservato al Ministero, ma si limita a prevedere che la Regione possa proporre al Ministero stesso il piano se il gestore omette di farlo. Resta evidentemente salvo il potere del Ministero di approvare il piano, o di non approvarlo (e di procedere alla elaborazione in proprio di un piano alternativo), ovvero di

introdurvi “modifiche, integrazioni e prescrizioni”, ai sensi del citato art. 9, comma 3, primo periodo, senza che la proposta regionale risulti dunque vincolante per il Ministero medesimo.

Onde la previsione regionale si riduce alla introduzione di un rimedio all'inerzia dei gestori, attraverso una facoltà di proposta rispetto alla quale l'organo centrale conserva tutta la propria libertà di determinazione.

29. — È impugnato altresì l'art. 12, comma 1, della legge umbra, che dispone la sottoposizione degli impianti di telefonia mobile alla procedura di verifica prevista dall'art. 4 della legge regionale 9 aprile 1998, n. 11 (Norme in materia di impatto ambientale) - attraverso cui la Giunta regionale dichiara la necessità di sottoporre il progetto alla procedura di valutazione di impatto ambientale ovvero la esclusione dello stesso da tale procedura dettando eventuali prescrizioni -, ovvero alla procedura di valutazione di impatto ambientale disciplinata dall'art. 5 della stessa legge regionale n. 11 del 1998, nei casi previsti dal regolamento regionale.

Secondo il ricorrente sarebbe violata la normativa statale e comunitaria in materia di valutazione d'impatto ambientale, e andrebbe assicurata la parità di trattamento che inciderebbe anche sotto il profilo della concorrenza.

La questione è fondata.

La disposizione impugnata rimette alla Giunta, senza indicazione alcuna di criteri (cfr. art. 5, comma 1, lettera *f*, cui fa rinvio l'art. 12, comma 1, della legge impugnata), la determinazione dei casi in cui è imposta la valutazione di impatto ambientale; e anche fuori di tali casi prevede che sia la Giunta, nell'ambito della procedura cosiddetta di “verifica”, a stabilire se il progetto debba essere sottoposto alla procedura di valutazione.

L'art. 4, comma 2, della legge regionale n. 11 del 1998, cui fa rinvio la disposizione denunciata, coordinato con l'art. 3, comma 3, della stessa legge, demanda alla Giunta la dichiarazione della necessità di sottoporre a valutazione d'impatto progetti rientranti in categorie contemplate dalla normativa statale di cui al d.P.R. 12 aprile 1996 (Atto di indirizzo e coordinamento per l'attuazione dell'art. 40, comma 1, della legge 22 febbraio 1994, n. 146, concernente disposizioni in materia di valutazione di impatto ambientale), che prevede appunto, all'art. 1, comma 6, e all'art. 10, una procedura di verifica ad opera dell'autorità competente per i progetti elencati nell'allegato *B* non ricadenti nell'ambito di aree naturali protette, sulla base di elementi indicati nell'allegato *D* dello stesso decreto. Ma, nel caso degli impianti qui in discussione, che non sono contemplati dalla normativa statale citata, nessun criterio è dato ricavare, dalla legislazione regionale richiamata, in ordine al contenuto della verifica prevista e alla scelta demandata alla Giunta.

Onde, in definitiva, la legge attribuisce alla Giunta la possibilità di imporre discrezionalmente, senza base in criteri legislativi ragionevolmente delimitati e dunque in violazione del principio di legalità sostanziale, una procedura - come quella di valutazione di impatto ambientale - che può tradursi in un ostacolo effettivo alla realizzazione di reti e impianti di interesse nazionale. Per questa ragione la disposizione impugnata è costituzionalmente illegittima.

30. — L'art. 13 della legge dell'Umbria stabilisce che “le modalità, i criteri ed i procedimenti amministrativi preordinati alla localizzazione, al risanamento ed al rilascio di autorizzazione per la realizzazione e la modifica degli impianti sono definiti dalla Giunta regionale, nel rispetto delle norme in materia di procedimento amministrativo e del d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447 e successive modificazioni ed integrazioni”.

Il ricorrente ritiene che la illegittimità costituzionale di tale disposizione consegua a quella delle altre norme impuginate in quanto “una volta esclusa la competenza regionale, cade anche la disciplina del procedimento, che dà per presupposta quella competenza”. Lamenta inoltre che la legge regionale rimetta alla Giunta regionale la disciplina, oltre che dei procedimenti, dei criteri per la localizzazione e il risanamento degli impianti, senza la fissazione di “limiti o orientamenti legislativi”. Circa poi il procedimento, sarebbe violato l'art. 9 della legge quadro.

La questione è fondata.

Non può condividersi, per le ragioni già viste, l'assunto secondo cui la materia esulerebbe dalla competenza regionale; e nessuno specifico contrasto è dato di rilevare con l'art. 9 della legge quadro in tema di piani di risanamento. Resta però il fatto che la disposizione

impugnata configura una totale discrezionalità della Giunta, non delimitata da alcuna determinazione legislativa, non solo per la definizione dei procedimenti (in relazione ai quali soltanto vale, peraltro, il richiamo alle norme generali sul procedimento amministrativo e alle norme statali in materia, fra l'altro, di procedimenti di autorizzazione per la realizzazione di impianti produttivi, contenute nel d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447), ma anche per la definizione dei "criteri" preordinati alla localizzazione, al risanamento e all'autorizzazione degli impianti. Tale discrezionalità, nella sua assolutezza, viola il principio di legalità sostanziale e non è compatibile con l'esigenza di non ostacolare ingiustificatamente la realizzazione degli impianti.

31. — Infine il Presidente del Consiglio impugna l'art. 16 della legge dell'Umbria, ai cui sensi "la Giunta regionale con norme regolamentari definisce", "in via transitoria fino all'approvazione dei decreti di cui all'articolo 4 della legge n. 36/2001, le disposizioni di prima applicazione della presente legge, idonee a conseguire le finalità di cui all'articolo 1".

Il ricorrente osserva che la disposizione contrasta con l'art. 16 della legge quadro, che ha posto la disciplina transitoria.

La questione è fondata.

Ancorché la norma regionale impugnata non precisi in che cosa possano consistere le "disposizioni di prima applicazione" cui si riferisce, essa oggettivamente assume la portata di consentire una disciplina, sia pure transitoria, anche e specificamente della materia dei valori-soglia, spettante alla competenza statale: come emerge dal richiamo all'attesa dell'emanazione dei decreti previsti dall'art. 4 della legge quadro, diretti, fra l'altro, a stabilire (comma 2) i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità di competenza statale, nonché dal generico richiamo alla idoneità a "conseguire le finalità" della legge. Il regime transitorio è invece definito dalla legge quadro, all'art. 16, con il richiamo dei preesistenti atti statali che fissano i valori-soglia in tema di esposizione all'inquinamento elettromagnetico; e la Regione non può, nemmeno nella fase transitoria, sostituire proprie determinazioni a quelle dettate dallo Stato.

Per questi motivi la Corte Costituzionale, riuniti i giudizi,

a) *dichiara* inammissibili gli interventi spiegati, nel giudizio introdotto con il ricorso iscritto al n. 5 del registro ricorsi 2002, dal Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale S.p.a., dalle società ENEL S.p.a., ENEL Distribuzione S.p.a., TERNA-Trasmissione Elettricità Rete Nazionale S.p.a., e dal Comune di Lacco Ameno; nel giudizio introdotto con il ricorso iscritto al n. 35 del registro ricorsi 2002, dalla Società Wind Telecomunicazioni S.p.a.; e, nel giudizio introdotto con il ricorso iscritto al n. 52 del registro ricorsi 2002, dalla Vodafone Omnitel S.p.a.;

b) *dichiara* l'illegittimità costituzionale degli articoli 3, commi 4 e 6, e 7, comma 3, della legge regionale delle Marche 13 novembre 2001, n. 25 (Disciplina regionale in materia di impianti fissi di radiocomunicazione al fine della tutela ambientale e sanitaria della popolazione);

c) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 3, della predetta legge regionale delle Marche n. 25 del 2001, sollevata, in riferimento all'articolo 117, secondo comma, lettera s, e terzo comma, della Costituzione, e in relazione agli articoli 1, comma 6, lettera a, numero 2, e 2, comma 6, della legge 31 luglio 1997, n. 249, e all'articolo 2, comma 1, del decreto legge 23 gennaio 2001, n. 5, convertito con legge 20 marzo 2001, n. 66, col ricorso iscritto al n. 4 del registro dei ricorsi del 2002;

d) *dichiara* l'illegittimità costituzionale degli articoli 2, comma 3, comma 1, 7 e 8 della legge regionale della Campania 24 novembre 2001, n. 13 (Prevenzione dei danni derivanti dai campi elettromagnetici generati da elettrodotti);

e) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 4, della predetta legge regionale della Campania n. 13 del 2001 limitatamente alle parole "Per le finalità di cui al comma 1";

f) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 1, comma 2, 2, commi 1 e 2, e 3, commi 2, 3 e 4 (salvo quanto disposto nel precedente capo e), della predetta legge regionale della Campania, sollevate, in riferimento all'articolo 117, secondo comma, lettera s, e terzo comma, della Costituzione, e in relazione alla legge 22 febbraio 2001, n. 36, col ricorso iscritto al n. 5 del registro dei ricorsi del 2002;

g) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 10, comma 2, della legge regionale della Puglia 8 marzo 2002, n. 5 (Norme transitorie per la tutela dall'inquinamento elettromagnetico prodotto da sistemi di telecomunicazioni e radiotelevisivi operanti nell'intervallo di frequenza fra 0 Hz e 300 GHz);

h) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 3, comma 1, lettera m, 4, comma 1, e 10, comma 1, della predetta legge regionale della Puglia n. 5 del 2002, sollevate, in riferimento agli articoli 117, secondo comma, lettera s, e terzo comma, della Costituzione, e in relazione alla legge 22 febbraio 2001, n. 36, col ricorso iscritto al n. 35 del registro dei ricorsi del 2002;

i) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 2, della legge regionale dell'Umbria 14 giugno 2002, n. 9 (Tutela sanitaria e ambientale dall'esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici), limitatamente alle parole "nonché mediante l'individuazione, in coerenza con le previsioni contenute nella legge n. 36/2001, di adeguati limiti di esposizione";

l) dichiara l'illegittimità costituzionale degli articoli 2, 12, comma 1, 13 e 16 della predetta legge regionale dell'Umbria n. 9 del 2002;

m) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 1, comma 1, 4, comma 1, lettera b, 5, comma 1, lettera c, e comma 2, della predetta legge regionale dell'Umbria n. 9 del 2002, sollevate, in riferimento agli articoli 3 e 117, secondo comma, lettere e e s, e terzo comma, della Costituzione, e in relazione alla legge 22 febbraio 2001, n. 36, col ricorso iscritto al n. 52 del registro dei ricorsi del 2002.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, 1° ottobre 2003 (*omissis*).

Corte Costituzionale, sentenza 27 ottobre - 7 novembre 2003, n. 331 – Presidente R. Chieppa – Redattore G. Zagrebelsky.

«(*omissis*) Considerato in diritto: 1.1. — Con un primo ricorso (reg. ricorsi n. 34 del 2002), il Presidente del Consiglio dei ministri solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 12, lettera a), della legge della Regione Lombardia 6 marzo 2002, n. 4 (Norme per l'attuazione della programmazione regionale e per la modifica e l'integrazione di disposizioni legislative), che sostituisce il comma 8 dell'art. 4 della legge regionale 11 maggio 2001, n. 11 (Norme sulla protezione ambientale dall'esposizione a campi elettromagnetici indotti da impianti fissi per le telecomunicazioni e per la radiotelevisione). La disposizione impugnata stabilisce un generale divieto di installazione di impianti per le telecomunicazioni e per la radiotelevisione entro il limite inderogabile di 75 metri di distanza dal perimetro di proprietà di asili, edifici scolastici, nonché strutture di accoglienza socio-assistenziali, ospedali, carceri, oratori, parchi gioco, case di cura, residenze per anziani, orfanotrofi e strutture similari, e relative pertinenze. Ritieni il ricorrente che questa normativa regionale violi la competenza dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione ed esercitata con la legge quadro 22 febbraio 2001, n. 36 (legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici), introducendo un "parametro di attenzione" non previsto dalla normativa statale, quale la distanza degli impianti da luoghi particolari.

Con il medesimo ricorso, sono state sollevate ulteriori questioni su altre disposizioni della stessa legge regionale n. 4 del 2002: una legge priva di unitarietà, che interviene sulle più disparate materie. Per ragioni di chiarezza e omogeneità di decisione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 12, della citata legge regionale viene trattata separatamente dalle altre, sollevate rispettivamente sull'art. 1, comma 3, lettera b) in tema di funzioni attribuite al Corpo forestale regionale –, e sull'art. 1, comma 4 – in tema di cause di incompatibilità con la carica di consigliere regionale –, e decise con le sentenze n. 313 e n. 201 del 2003 di questa Corte.

1.2. — Con altro ricorso (reg. ricorsi n. 49 del 2002), il Presidente del Consiglio dei ministri propone questione di legittimità costituzionale della legge della Regione Lombardia 10 giugno 2002, n. 12 [Differimento dell'applicazione di disposizioni in materia di installazione di impianti di telecomunicazioni e radiotelevisione di cui all'art. 3, comma 12, let-

tera *a*), della legge regionale 6 marzo 2002, n. 4], il quale sposta al 1° gennaio 2003 il termine per l'applicazione della norma oggetto del precedente ricorso, dettando una disciplina interinale che fa divieto di installazione degli impianti per le telecomunicazioni e per la radiotelevisione "in corrispondenza" degli edifici suddetti. Anche in questo caso, il ricorrente ritiene violata la competenza dello Stato prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione, esercitata con la legge quadro n. 36 del 2001.

2. — Preliminarmente, deve essere dichiarata inammissibile la costituzione della Regione Lombardia nel giudizio sul ricorso n. 34 del 2002, perché avvenuta con atto depositato oltre il termine di carattere perentorio (per tutte, da ultimo, sentenza *n. 307 del 2003*) – di venti giorni dal deposito del ricorso stabilito dall'art. 23, terzo comma, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

3. — Stante l'identità della materia e dei parametri costituzionali invocati, le due questioni di legittimità costituzionale, concernenti la collocazione sul territorio di impianti per le telecomunicazioni e la radiotelevisione, possono essere trattate congiuntamente, per essere decise con unica sentenza.

4. — Il problema posto dai ricorsi in esame consiste nello stabilire il rapporto esistente tra queste disposizioni di legislazione regionale e i compiti che, in materia di protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, indubbiamente spettano allo Stato in forza delle sue competenze in materia di tutela dell'ambiente, a norma della lettera *s*) del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione, e in materia di tutela della salute, a norma del terzo comma del medesimo art. 117. Su tali competenze si basa la legge quadro n. 36 del 2001. Essa contiene "principi fondamentali diretti a: *a*) assicurare la tutela della salute dei lavoratori, delle lavoratrici e della popolazione dagli effetti dell'esposizione a determinati livelli di campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici ai sensi e nel rispetto dell'articolo 32 della Costituzione; *b*) [...] attivare misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del trattato istitutivo dell'Unione europea", e "*c*) assicurare la tutela dell'ambiente e del paesaggio [...]" (art. 1).

Nell'ambito di tali finalità, la legge quadro affronta specificamente il problema della protezione speciale degli ambienti abitativi, degli ambienti scolastici e dei luoghi adibiti a permanenze prolungate, in vista delle finalità di cui all'art. 1, lettere *b*) e *c*), della legge medesima, prevedendo speciali *valori di attenzione* [art. 3, comma 1, lettera *c*) □ – più rigorosi dei generali *limiti di esposizione* posti a salvaguardia della salute della popolazione in generale [art. 3, comma 1, lettera *b*)]. Tali valori di attenzione sono i valori di campo elettrico, magnetico ed elettromagnetico, considerati come valori di immissione, che non devono essere superati nei luoghi suddetti.

La normativa in questione, tuttavia, indiscutibilmente incide anche sulla funzione di governo del territorio la cui disciplina legislativa, in base al terzo comma dell'art. 117 della Costituzione, spetta alle Regioni. Conseguentemente, il numero 1) della lettera *d*) dell'art. 3, prevedendo (dopo i limiti di esposizione e i valori di attenzione) gli *obiettivi di qualità* cui deve tendere il dispiegamento sul territorio della rete di impianti di telecomunicazioni, tra questi comprendendo i "criteri localizzativi", ne affida la determinazione alle leggi regionali, secondo quanto previsto dall'art. 8 della legge n. 36 stessa.

5.1. — Alla stregua del contesto normativo risultante dalle anzidette disposizioni della legge quadro n. 36 del 2001, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 12, lettera *a*), della legge della Regione Lombardia n. 4 del 2002, è fondata.

Per far fronte alle esigenze di protezione ambientale e sanitaria dall'esposizione a campi elettromagnetici, il legislatore statale, con le anzidette norme fondamentali di principio, ha prescelto un criterio basato esclusivamente su limiti di immissione delle irradiazioni nei luoghi particolarmente protetti, un criterio che è essenzialmente diverso da quello stabilito (sia pure non in alternativa, ma in aggiunta) dalla legge regionale, basato sulla distanza tra luoghi di emissione e luoghi di immissione.

Né, a giustificare il tipo di intervento della legge lombarda, è sufficiente il richiamo alla competenza regionale in materia di governo del territorio, che la legge quadro, al numero 1) della lettera *d*) dell'art. 3, riconosce quanto a determinazione dei "criteri localizzativi". A tale concetto non possono infatti ricondursi divieti come quello in esame, un divieto che, in particolari condizioni di concentrazione urbanistica di luoghi specialmente protetti, potrebbe addirittura rendere impossibile la realizzazione di una rete completa di infrastrut-

ture per le telecomunicazioni, trasformandosi così da “criteri di localizzazione” in “limitazioni alla localizzazione”, dunque in prescrizioni aventi natura diversa da quella consentita dalla citata norma della legge n. 36. Questa interpretazione, d'altra parte, non è senza una ragione di ordine generale, corrispondendo a impegni di origine europea e all'evidente nesso di strumentalità tra impianti di ripetizione e diritti costituzionali di comunicazione, attivi e passivi.

5.2. — La difesa della Regione Lombardia evoca, a difesa della disposizione impugnata, la sentenza di questa Corte n. 382 del 1999, che ha escluso l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che prescriveva, per la collocazione sul territorio di linee elettriche, distanze di rispetto da aree edificabili con particolari destinazioni, maggiori di quelle stabilite dalla legge dello Stato. Ma da questa pronuncia, a parte la non puntuale coincidenza di materia, non può trarsi in generale il principio della derogabilità *in melius* (rispetto alla tutela dei valori ambientali), da parte delle Regioni, degli *standard* posti dallo Stato. La questione allora decisa non si collocava entro un'organica disciplina statale di principio, mentre ora esiste una legge quadro statale che detta una disciplina esaustiva della materia, attraverso la quale si persegue un equilibrio tra esigenze plurime, necessariamente correlate le une alle altre, attinenti alla protezione ambientale, alla tutela della salute, al governo del territorio e alla diffusione sull'intero territorio nazionale della rete per le telecomunicazioni (cfr. la sentenza di questa Corte n. 307 del 2003, punto 7 del “considerato in diritto”). In questo contesto, interventi regionali del tipo di quello ritenuto dalla sentenza del 1999 non incostituzionale, in quanto aggiuntivo, devono ritenersi ora incostituzionali, perché l'aggiunta si traduce in una alterazione, quindi in una violazione, dell'equilibrio tracciato dalla legge statale di principio.

6. — La questione di legittimità costituzionale della legge della Regione Lombardia n. 12 del 2002, invece, non è fondata.

La disciplina impugnata, vietando l'installazione di impianti per le telecomunicazioni e per la radiotelevisione “in corrispondenza” delle aree “sensibili” che si sono in precedenza dette, non si discosta sostanzialmente, sotto il profilo che qui interessa, da altra disposizione regionale che vieta l'installazione dei medesimi impianti “su ospedali, case di cura e di riposo, scuole e asili nido”, ritenuta da questa Corte, con la già citata sentenza n. 307 del 2003 (v. il punto 20 del “considerato in diritto”), compatibile con la legge quadro n. 36 del 2001. Il divieto ora in questione, come quello esaminato in questa sentenza, non eccede l'ambito di un “criterio di localizzazione”, sia pure formulato in negativo, la cui determinazione, a norma dell'art. 3, comma 1, lettera *d*), numero 1), e dell'art. 8, comma 1, lettera *e*), della legge quadro, spetta alle Regioni. Esso, infatti, a differenza di quello contenuto nell'art. 3, comma 12, lettera *a*), della legge regionale n. 4 del 2002, precedentemente esaminato, comporta la necessità di una sempre possibile localizzazione alternativa, ma non è tale da poter determinare l'impossibilità della localizzazione stessa.

Per questi motivi la Corte Costituzionale, riuniti i giudizi,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 12, lettera *a*), della legge della Regione Lombardia 6 marzo 2002, n. 4 (Norme per l'attuazione della programmazione regionale e per la modifica e l'integrazione di disposizioni legislative);

2) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge della Regione Lombardia 10 giugno 2002, n. 12 [Differimento dell'applicazione di disposizioni in materia di installazione di impianti di telecomunicazioni e radiotelevisione di cui all'art. 3, comma 12, lettera *a*), della legge regionale 6 marzo 2002, n. 4], sollevata, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione, dal Presidente del Consiglio dei Ministri con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 27 ottobre 2003».

Memoria dell'Avvocatura Generale dello Stato per il Presidente del Consiglio dei Ministri

(ct. 41387/02, Avv. dello Stato P. Cosentino). Questa memoria è stata redatta nel giudizio di legittimità costituzionale del decreto legislativo 4 settembre 2002 n. 198, recante «Disposizioni volte ad accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese a norma dell'art. 1, comma 2, della legge 21 dicembre 2001 n. 443», promosso dalla Regione Lombardia. Il giudizio si è concluso con la sentenza n. 303/03, ma viene pubblicato a corredo della sentenza n. 307/03 per evidente connessione della materia.

«1. — L'atto avente forza di legge impugnato in questa sede dalla Regione ricorrente, e cioè il decreto legislativo n. 198/2002 che inerisce, nel senso osservato anche dalle Commissioni parlamentari nei pareri resi in relazione al decreto stesso, alla materia della tutela dell'ambiente, rimessa *ex art.* 117, comma 3, della Costituzione alla competenza esclusiva dello Stato — è stato emanato per garantire, *in modo uniforme su tutto il territorio nazionale*, l'osservanza dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità di cui alla legge n. 36/2001 ed ai relativi provvedimenti attuativi.

Il decreto ha fissato le procedure per realizzare le infrastrutture strategiche di telecomunicazioni prevedendo in particolare, all'art. 3, comma 1, che le categorie di infrastrutture di telecomunicazioni, considerate strategiche ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive) sono opere di interesse nazionale realizzabili esclusivamente sulla base delle procedure definite dal decreto stesso, anche in deroga alle disposizioni di cui all'art. 8, comma 1, lettera *c*) della legge 22 febbraio 2001, n. 36 (legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici).

Il decreto, fermi restando i vincoli previsti dalla normativa vigente a tutela della salute, dell'ambiente e del patrimonio culturale, storico ed artistico, nonché il potere autorizzatorio dei Comuni alle installazioni ed il potere di definire, ai sensi della legge n. 36/2001, i luoghi e le aree di minimizzazione delle emissioni, all'art. 3, comma 2, stabilisce che le infrastrutture strategiche, ad esclusione delle torri e dei tralicci relativi alle reti di televisione digitale terrestre, sono compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica e sono realizzabili in ogni parte del territorio comunale, anche in deroga agli strumenti urbanistici e ad ogni altra disposizione di legge o regolamento. Ciò al fine di garantire la disponibilità del servizio laddove ve ne sia maggiore necessità, ossia nei centri urbani.

Il decreto non sottrae alcuna competenza alle Regioni, alle quali si dirige come normativa di principio, né alcuna prerogativa ai Comuni in materia di pianificazione del territorio o di ordinamento degli enti locali, in quanto interviene solo sulle fasi procedurali relative al rilascio delle autorizzazioni con l'obiettivo dichiarato, comune ad altri settori dell'ordinamento, di semplificazione e snellimento amministrativo.

In conseguenza di detta semplificazione dell'azione amministrativa, permangono i poteri-doveri dei Comuni in ordine all'accertamento delle emissioni elettromagnetiche prodotte dalle infrastrutture da realizzare ed, in generale, non è venuto meno il potere-dovere degli enti locali di accertare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge prescritti per l'installazione.

I Comuni, quindi, sono i titolari di ogni potere decisorio in ordine al rilascio o al diniego dell'autorizzazione alla installazione delle infrastrutture di telecomunicazione, nel rispetto del regime dei controlli, preventivi e successivi, in materia di inquinamento elettromagnetico che, in tal modo, risultano rafforzati e resi più stringenti.

L'intera procedura autorizzatoria è preordinata al rigoroso rispetto dei limiti attualmente fissati dal decreto interministeriale 10 settembre 1998, n. 381 (Regolamento recante norme per la determinazione dei tetti di radiofrequenza compatibili con la salute umana) ed in via di nuova definizione ad opera degli emanandi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri previsti dall'art. 4 della legge n. 36/2001, che sono in corso di approvazione definitiva.

2. — Ciò posto, priva di pregio è in primo luogo la censura di violazione dell'art. 76 Cost., in quanto il d.lgs. n. 198/02 non avrebbe rispettato la delega conferita dalla legge n. 443/01.

È appena il caso di ribadire, al riguardo, che la legge n. 443/01 (legge obiettivo) – concernente «le infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese» – all'art. 1, comma 2 prevede quale oggetto di delega «l'emanazione di uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti individuati ai sensi del comma 1» (secondo il programma approvato, in prima applicazione, con la delibera CIPE n. 121 del 21 dicembre 2001), ed annovera tra i fini prioritari dell'attività di Governo nella individuazione delle infrastrutture di carattere strategico e di preminente interesse nazionale proprio quello dell'«adeguamento della strategia nazionale a quella comunitaria delle infrastrutture».

Il decreto legislativo n. 198/02, pertanto, rientra pienamente nell'ambito della delega contenuta nella legge obiettivo, in conformità alle direttive comunitarie in materia.

3. — Ma la censura tradisce, invero, l'erronea impostazione concettuale di fondo di tutti i ricorsi, che si riverbera altresì su tutte le altre censure di pretesa incostituzionalità del decreto in questione: ovvero la totale svalutazione (se non rimozione) — sotto il profilo tecnico e nei riflessi giuridici — della *nozione di «rete»*, che invece assume decisivo rilievo per quanto attiene alle *infrastrutture di telecomunicazione*.

È di tutta evidenza, infatti, che ontologicamente un impianto di telecomunicazione (ancor più con riferimento alla telefonia mobile) non ha valore in sé, ma quanto elemento funzionale di una complessa struttura reticolare/cellulare dislocata coerentemente sul territorio. In altri termini, considerata la natura dell'opera (infrastruttura di rete) è del tutto priva di senso, sul piano tecnico ancor prima che giuridico, la visione atomistica e parcellizzata dell'impianto di telecomunicazione sottesa alle censure di incostituzionalità prospettate.

Ma se così è (senza poter negare l'evidenza intrinseca alla «natura della cosa») ne discende, nel momento in cui si va a disciplinare la realizzazione funzionale delle infrastrutture di rete, la assoluta esigenza di poter (dover) fissare — *su base nazionale*, nel rispetto delle reciproche competenze — limiti e criteri *omogenei, uniformi e non discriminanti*, in assenza dei quali la «rete» stessa... non potrebbe neppure sussistere.

Sotto tale profilo è di assoluto conforto la posizione, lineare e coerente, assunta dalla giurisprudenza amministrativa in tema di contenzioso insorto tra gli operatori di telefonia e gli enti locali per l'autorizzazione all'installazione degli impianti.

Valga per tutte, tra le molte, la recentissima decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 673 del 10 febbraio 2003 che, nel dichiarare non consentite l'adozione di misure (quanto ai limiti di esposizione) di generalizzato divieto di installazione delle stazioni radio base per la telefonia cellulare in tutte le zone territoriali omogenee a destinazione residenziale, ha puntualizzato con chiarezza esemplare che *«la collocazione di tali impianti deve ritenersi consentita sull'intero territorio comunale, non assumendo carattere operativo le specifiche destinazioni di zona (residenziale, verde, agricola ecc.) rispetto ad impianti di interesse generale, quali quelli di telefonia mobile, che presuppongono la realizzazione di una rete che dia uniforme copertura al territorio (la localizzazione degli impianti nelle sole zone, in cui ciò è espressamente consentito, si porrebbe in contrasto proprio con l'esigenza di permettere la copertura del servizio sull'intero territorio)»*.

La completezza e funzionalità delle reti e l'efficiente espletamento del servizio universale — che costituiscono obblighi comunitari — non possono essere dunque compromessi in assenza di obiettive ragionevoli giustificazioni e di essenziali interessi meritevoli di tutela dall'ordinamento.

4. — Sotto tale ultimo profilo deve ribadirsi che è proprio sul piano dei principi costituzionali e del vigente riparto di competenze che le suesposte osservazioni trovano conferma ed anzi, a ben considerare, risultano rafforzate.

In primo luogo — quanto alla supposta violazione della competenza legislativa concorrente delle Regioni ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione — la materia, cui inerisce il decreto legislativo n. 198/02 deve considerarsi quella della «tutela dell'ambiente», rimessa — *ex art. 117 Costituzione* - alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Il «governo del territorio», l'«ordinamento della comunicazione», la «tutela della salute» non possono essere invocati a sostegno della competenza legislativa regionale, ove si consideri che il principale interesse cui è preordinata la procedura di autorizzazione è quello al rispetto dei limiti alle emissioni elettromagnetiche per la tutela dell'ambiente, che

non è affatto vulnerato, anzi è ribadito, dal d.lgs. n. 198/2002. In ogni caso, non può sottovalutarsi il fatto che il decreto contiene principi fondamentali e quindi, anche sotto il profilo considerato, non oltrepassa i limiti della competenza legislativa statale.

Ma è opportuno osservare che — anche accedendo alla concezione dell'ambiente come valore a tutela «trasversale» ovvero ponendo l'accento sulle materie di competenza legislativa concorrente (governo del territorio, tutela della salute ecc.) — *nella fattispecie* (realizzazione di «infrastrutture di rete») non può negarsi aprioristicamente l'esigenza, immanente all'ordinamento costituzionale stesso, di fissare principi e criteri uniformi, per l'intero territorio, da parte del legislatore nazionale, proprio ad evitare distorsioni ed impedimenti ingiustificati e abnormi — tra Regioni e Stato e tra le Regioni — che arrecherebbero un *vulnus* irrecuperabile all'esistenza stessa della rete unitaria.

Del resto, la Corte Costituzionale nella sentenza 20 dicembre 2002 n. 536 ha avuto modo di affermare che l'art. 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione, introdotto dalla legge cost. n. 3/2001, esprime una esigenza unitaria per ciò che concerne la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ponendo un limite agli interventi a livello regionale che possano pregiudicare gli equilibri ambientali.

Se è vero che la tutela dell'ambiente non può ritenersi propriamente una «materia» — essendo invece l'ambiente da considerarsi come un «valore» costituzionalmente protetto che non esclude la titolarità in capo alle Regioni di competenze legislative su materie (governo del territorio, tutela della salute, ecc.), per le quali quel valore costituzionale assume rilievo (Corte Cost., sentenza 26 luglio 2002 n. 407) — è altresì innegabile che, in funzione di quel valore, *lo Stato può dettare standards di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale anche incidenti sulle competenze legislative regionali ex art. 117 della Costituzione*.

Sempre secondo il giudice delle leggi, la disciplina statale rivolta alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema può incidere sulla materia (caccia), pur riservata alla potestà legislativa regionale, ove l'intervento statale sia rivolto a garantire *standards* minimi e uniformi di tutela, trattandosi di limiti unificanti che rispondono a esigenze riconducibili ad ambiti riservati alla competenza esclusiva dello Stato; entro questi limiti, la disciplina statale va applicata alle regioni, anche se esse (come nella specie la Regione Sardegna) dispongano in materia di competenza legislativa esclusiva.

Al di là della diversità della fattispecie, deve rimarcarsi la sussistenza, costituzionalmente affermata, in capo allo Stato di potestà legislativa anche in presenza di competenza legislativa concorrente (o addirittura esclusiva), qualora vi sia l'esigenza di garantire livelli minimali e uniformi di tutela sull'intero territorio nazionale, come è certamente nella fattispecie, senza che la regione possa derogare a tali *standards*, invocando la violazione delle proprie attribuzioni.

5. — È ovvio, poi, che con riferimento al decreto legislativo in questione e alla materia delle telecomunicazioni, entrano in gioco ulteriori livelli di tutela costituzionale che impongono, più che consentono, l'esplicitarsi di una corretta potestà legislativa statale nei confronti delle regioni.

Un limite alla legislazione regionale, invero, è quello che si desume dai diritti fondamentali costituzionalmente protetti (diritti di comunicazione e di circolazione, artt. 15 e 16 Cost.), laddove l'art. 120, comma 1, della Costituzione statuisce espressamente che le regioni non possono «adottare provvedimenti che ostacolino *in qualsiasi modo* la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni».

È evidente, infatti, che l'esigenza di efficace funzionamento della rete di telecomunicazione sull'intero territorio nazionale esige che lo Stato possa legittimamente fissare disposizioni minimali ed uniformi che consentano, ed anzi agevolino in ossequio agli obblighi comunitari, l'espletamento ottimale del servizio per tutti i cittadini; e a contrario che le Regioni non possano frapporre ostacoli arbitrari che, di fatto, ostacolano la configurazione funzionale della rete di comunicazione e la connessa circolazione degli apparati di telefonia mobile.

Così come per altro verso una disciplina irragionevolmente differenziata tra le Regioni della rete di telecomunicazione verrebbe ad incidere alla radice la tutela «dell'unità economica e in particolare dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali,

prescindendo dai confini territoriali dei governi locali», prevista dall'art. 120, comma 2, della Costituzione (sulla cui determinazione, tra l'altro, sussiste la competenza legislativa esclusiva dello Stato *ex art. 117, comma 2, lett. m*).

Vi è infine un altro sicuro principio di rango costituzionale che il d.lgs. n. 198/2002, nel dettare disposizioni uniformi di semplificazione e snellimento, ha inteso salvaguardare e alla luce del quale non possono che essere considerate e valutate tutte le censure di incostituzionalità formulate dalle Regioni: si tratta della «tutela della concorrenza», riservata anch'essa alla competenza esclusiva statale dall'art. 117, comma 2, lett. e) Cost.

È appena il caso di rilevare, infatti, che in assenza di procedure certe ed uniformi sull'intero territorio nazionale, pur nel rispetto delle competenze costituzionali delle Regioni, in ordine alla celere realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazione — quali quelle stabilite con il d.lgs. n. 198/2002 — oltre a violare gli obblighi comunitari e nazionali, si verrebbe a creare una distorsione anomala di tutto il mercato sia a livello internazionale, sia nell'ambito interno tra le Regioni (basti riflettere, del resto, che solo sette Regioni hanno inteso impugnare il decreto legislativo n. 198/2002).

6. — Quanto, infine, alla supposta violazione dell'art. 118, primo comma, della Costituzione che determina i principi di sussidiarietà ed adeguatezza che devono presiedere alla distribuzione delle funzioni amministrative ma non disciplina quale sia la fonte cui è rimessa tale distribuzione, si fa presente, nel senso già segnalato, che il d.lgs. n. 198/2002 è da ricondurre all'esercizio di una potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Si osserva, peraltro, che è ancora aperto in dottrina il dibattito circa la applicabilità alla legislazione concorrente regionale dei principi di sussidiarietà e di adeguatezza. Vi è infatti chi sostiene che proprio in virtù dei cennati principi le potestà regionali devono conformarsi agli interessi della comunità regionale, mentre tutte le attività che coinvolgono interessi sovraregionali esigono una disciplina unitaria a livello statale; ciò anche per le materie che ricadano nella competenza concorrente.

In aggiunta alle considerazioni di indole strettamente giuridica più sopra svolte, ed a quelle già dedotte nell'atto di costituzione in giudizio, questa difesa reputa non inopportuno sottoporre all'attenzione della Corte ulteriori elementi di valutazione di natura tecnica ed economica, con richiamo altresì agli obblighi che derivano dalla disciplina comunitaria nel settore delle telecomunicazioni a carico della Repubblica italiana, unitariamente considerata.

È necessario porre in evidenza, infatti, che il denegato accoglimento dei ricorsi, oltre ad essere privo di giuridico fondamento, arrecherebbe un serio pregiudizio al disegno strategico di interesse nazionale di un coerente armonico sviluppo delle telecomunicazioni nel nostro Paese, in adempimento del resto a quanto puntualmente dettato a livello europeo.

1. — Al riguardo si rileva in primo luogo che, a seguito della gara indetta dal Ministero delle comunicazioni per il rilascio delle licenze di telefonia mobile di terza generazione, lo Stato ha realizzato *un introito complessivo di 13.815 milioni di euro per il rilascio di cinque licenze agli operatori TIM, WIND, OMNITEL, H3G, IPSE*.

Tali licenze, della durata di venti anni, prevedono determinati obblighi di copertura sul territorio, entro i termini indicati, meglio specificati nelle delibere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (v. delibere di rilascio delle licenze individuali 10 gennaio 2001 nn. 2-3-4-5-6/01/CONS, nonché il regolamento relativo alla procedura di autorizzazione n. 410/1999 del 22 dicembre 1999).

È unanimemente riconosciuto che il ritardo del lancio dei servizi UMTS è dovuto, tra l'altro, agli ostacoli «giuridici» dovuti a incoerenze da Regione a Regione delle norme sulla valutazione di impatto ambientale, su divieti di zonizzazione e localizzazioni diverse da Regioni a Regioni e da comune a comune, che hanno ritardato — se non addirittura impedito — le attività degli operatori volte al dispiego delle infrastrutture di rete, con riflessi sulla stessa possibilità di concludere accordi di condivisione di impianti e frequenze o di *roaming*, previsti dalla delibera dell'Autorità n. 388/00/CONS del 21 giugno 2000 quali misure a favore della concorrenza (in particolare, articoli da 4 a 7).

Va anche aggiunto che, mentre nelle gare per il rilascio delle licenze di telefonia mobile di prima e seconda generazione (GSM), che sono state svolte con il sistema del *beauty contest*, non vi erano obblighi di copertura se non quelli volontariamente assunti dagli operatori per dar luogo a punteggio, nella gara UMTS tali obblighi sono imposti per regolamento.

In tale contesto, l'impossibilità di installare la rete e pertanto il mancato rispetto dei termini di gara, potrebbe dare luogo a gravose richieste risarcitorie da parte degli operatori del prezzo versato per l'aggiudicazione della gara stessa.

Gli operatori che, da un lato, hanno ottenuto le licenze individuali, con conseguente obbligo di assicurare il servizio universale per la generalità dell'utenza a prescindere dalla localizzazione e a condizione di prezzo accessibili, e d'altro lato si vedono senza giustificazione e ragionevolezza fortemente penalizzati nell'installazione degli impianti e nell'ottimale espletamento del servizio potrebbero rivalersi nei confronti dello Stato, per aver fatto legittimamente affidamento sul regolare svolgimento e sviluppo della loro attività, con conseguenze economiche di rilevante entità.

2. — Dei preoccupanti aspetti di ritardo nel lancio dei servizi UMTS si occupa anche la comunicazione della Commissione europea al Consiglio del 2002, nella quale viene fornito un quadro generale europeo della situazione attuale dello sviluppo dei sistemi mobili di terza generazione e vengono esaminati aspetti di armonizzazione delle procedure a livello europeo.

In tale comunicazione la Commissione espone che «*Le amministrazioni possono facilitare l'installazione fisica delle reti armonizzando le condizioni ed accelerando le procedure. A più lungo termine l'armonizzazione delle condizioni di rilascio delle licenze in tutta l'UE eviterà distorsioni del mercato e incertezza nel settore*».

Il paragrafo 3.2 è dedicato alle misure a sostegno dell'introduzione delle comunicazioni 3G e agli ostacoli all'installazione fisica delle reti.

Deve constatarsi purtroppo che gli operatori incontrano notevoli difficoltà nell'installazione delle reti, la quale al momento costituisce l'obiettivo prioritario. Ottenere l'autorizzazione ad installare le stazioni radio base è diventato molto difficile in alcuni Stati membri e tali impedimenti rischiano di condizionare il calendario di installazione e di causare un imprevisto aumento dei costi.

Tali difficoltà sono dovute alle presunte conseguenze sulla salute delle emissioni elettromagnetiche delle stazioni base ed a preoccupazioni di carattere ambientale legate alla necessità di installare numerose antenne 3G che non appaiono invero ragionevoli e giustificate alla luce delle acquisizioni tecnico-scientifiche disponibili e della normativa di riferimento (che per l'Italia, tra l'altro, è particolarmente rigida e cautelativa, avendo innalzato notevolmente i livelli di tutela rispetto agli *standards* europei).

Le regole applicate a livello regionale e locale variano notevolmente, come pure le regolamentazioni nazionali in materia di emissioni, che non sono armonizzate a livello europeo.

Il nuovo quadro normativo derivante dal pacchetto delle nuove direttive europee esorta le pubbliche autorità ad adottare misure che facilitino l'installazione (come la coubicazione e la condivisione delle strutture) e ad adottare soluzioni di armonizzazione che servano, nel contempo, all'interesse dell'ambiente e dello sviluppo della società dell'informazione, e soprattutto, a rendere più trasparente l'azione dei responsabili locali nel rilascio delle autorizzazioni. La mancata armonizzazione penalizza non solo il settore delle telecomunicazioni nel suo sviluppo, ma anche il cittadino che, confrontando la diversità delle situazioni, non si sente sicuro e tutelato.

La Commissione, dunque, raccomanda una armonizzazione a livello europeo, armonizzazione che tanto più dovrebbe essere raggiunta all'interno di ogni singolo Stato membro.

Tale principio di armonizzazione viene sancito anche dalle nuove direttive europee in via di recepimento, in particolare nella direttiva 2002/21/CE (cd. direttiva «quadro») che all'art. 11 prevede che:

«Gli Stati membri assicurano che, nell'esaminare una domanda per la concessione del diritto di installare strutture su proprietà pubbliche o private a un'impresa autorizzata a fornire reti pubbliche di comunicazione, l'autorità competente:

agisca in base a procedure trasparenti e pubbliche applicate senza discriminazioni e senza ritardi;

rispetti i principi di trasparenza e non discriminazione nel prevedere condizioni per l'esercizio di tali diritti.»

Alla direttiva quadro si vanno ad aggiungere le altre tre direttive — rispettivamente n. 2002/19/CE (cd. direttiva «accesso»), n. 2002/20/CE (cd. direttiva «autorizzazioni»), e

n. 2002/22/CE (cd. direttiva «servizio universale») nonché la Decisione n. 676/2002/CE, che insieme costituiscono una organica disciplina per lo sviluppo del settore secondo principi ritenuti fondamentali a livello comunitario.

3. — Quanto all'impatto economico sul sistema delle telecomunicazioni, si sottopongono i seguenti elementi di valutazione.

Il settore delle telecomunicazioni è caratterizzato da significativi investimenti. Essi sono imposti dalla necessità di adeguare l'insieme delle infrastrutture esistenti ad una domanda di capacità sempre più elevata, ma anche dal continuo progresso tecnologico, che va sfruttato al meglio nella implementazione delle strategie competitive. Tali investimenti riguardano sia il mercato della telefonia mobile, dove gli operatori investono per il mantenimento e l'allargamento della propria base clienti, adeguando la capacità e la qualità della rete ad una domanda in forte crescita, sia il mercato della telefonia fissa, concentrato prevalentemente nella rete e indirizzato alle nuove tecnologie emergenti di trasmissione dati ad alta velocità mediante le linee ISDN, ADSL e fibra ottica.

A differenza del mercato della telefonia fissa, che non è condizionato dalla disponibilità di risorse frequenziali scarse, il mercato delle reti radio-mobili presenta alcune significative caratteristiche:

— barriere all'entrata derivanti dalla scarsità delle risorse radio, che costituisce un limite al numero di operatori sul mercato;

— numerosità degli operatori limitata dalla disponibilità dello spettro, ma crescente nel tempo, in quanto lo Stato disciplina di volta in volta la allocazione di nuovo spettro in relazione ad esigenze legate allo sviluppo delle comunicazioni (si pensi al passaggio dalla tecnologia TACS a quelle GSM e UMTS);

— elevati investimenti e costi per la realizzazione, l'operatività e lo sviluppo dei sistemi di rete;

— rapido sviluppo del numero di utenti di telefonia mobile a partire dalla seconda metà degli anni novanta, su cui ha inciso la commercializzazione del servizio pre-pagato;

— concentrazione degli operatori *leader* a livello europeo e maggiori economie di scala con la rottura dei confini nazionali.

In Italia, com'è noto, attualmente sono operativi i sistemi TACS e GSM ed è in fase di lancio il sistema UMTS a seguito del rilascio, come già ricordato, delle relative licenze a cinque operatori nel 2001.

Il mercato della telefonia mobile in Italia è anche caratterizzato da determinati elementi che lo differenziano dal resto dei Paesi europei.

Una prima differenza è data dai tassi di crescita che hanno subito un forte incremento dal 1995 al 1999 (dal 6,9% del 1995 al 52,6% del 1999), maggiore rispetto agli altri Paesi.

Una seconda differenza è data dalla data di ingresso del terzo e del quarto gestore, che in Italia è avvenuta con ritardo rispetto agli altri Paesi (simile all'Italia è il caso della Spagna, dove il terzo gestore ha avviato l'operatività a partire dal 1999).

Una terza caratteristica è che il nostro Paese ha assegnato una porzione inferiore di banda al sistema GSM rispetto agli altri Paesi campione, limite ancor più penalizzante se si considera il numero di clienti mobili in Italia, maggiore degli altri Stati.

Una quarta differenza si riscontra nella concentrazione del mercato sui primi due operatori radiomobili, soprattutto a motivo dei diversi tempi degli altri entranti.

La quinta differenza, di natura regolamentare, è data dall'obbligo di *roaming* per un periodo transitorio, che deve essere concesso dagli operatori esistenti agli operatori nuovi entranti. La finalità di tale misura pro-concorrenziale è quella di favorire l'accelerazione della concorrenza attraverso una regola asimmetrica valida per un periodo transitorio e condizionata alla copertura per fasi del territorio e/o della popolazione con l'infrastruttura di rete proprietaria.

In sintesi, il mercato delle reti e dei servizi radiomobili di seconda e terza generazione presenta in Italia le seguenti caratteristiche:

- alta penetrazione dei servizi di telefonia mobile;
- ingresso recente del terzo operatore GSM;
- ingresso di due nuovi operatori UMTS, ancora non attivi;
- frequenze allocate al TACS e al GSM inferiori alla media UE;

— concentrazione delle quote di mercato sui primi due operatori e progressivo aumento della concorrenza solo con l'entrata del terzo e del quarto operatore;

— regolamentazione finalizzata ad accompagnare le misure di *roaming* pro-concorrenziali e transitorie con la realizzazione di proprie infrastrutture sul territorio.

In presenza di siffatta situazione del mercato radiomobile, l'avvio della telefonia mobile di terza generazione persegue i seguenti obiettivi:

a) promuovere una concorrenza efficace sul mercato delle infrastrutture che non risulta ancora pienamente sviluppato, attraverso la capacità di ciascun operatore di servirsi delle proprie reti senza ricorrere per troppo tempo alla misura transitoria del *roaming*;

b) consentire agli operatori di rete nuovi entranti nel mercato della terza generazione di ridurre i livelli di incertezza e i rischi connessi al recupero dei rilevanti investimenti di entrata;

c) garantire migliori condizioni per gli utenti in termini di prezzo, qualità e innovazione dei servizi, in dipendenza del maggior grado di concorrenza.

L'analisi del mercato dei sistemi radiomobili mette in luce come in Italia il mercato delle infrastrutture mobili di seconda generazione non risulti ampiamente sviluppato sotto il profilo infrastrutturale, condizione che, come ravvisato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, può ostacolare e non promuovere la concorrenza sui servizi. Una vera concorrenza sulle reti, infatti, costituisce una condizione prioritaria per la concorrenza anche sui servizi. A tal fine di recente è stato modificato il decreto del Presidente della Repubblica n. 318 del 1997, prevedendo l'allungamento delle licenze a venti anni, al fine di consentire un più lungo orizzonte temporale agli operatori per programmare con maggiore respiro gli investimenti nelle infrastrutture e realizzare così le reti alternative a quelle dei maggiori gestori.

In tal modo la misura di *roaming* assume il ruolo di regola pro-concorrenziale transitoria limitata al periodo necessario a consentire la realizzazione di infrastrutture alternative e viene limitato il rischio di aumentare il potere di mercato e la capacità contrattuale degli operatori *incumbents* dotati di proprie infrastrutture già sviluppate.

Dall'analisi svolta dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sul modello economico di un operatore nuovo entrante nella terza generazione, è emerso che il recupero degli investimenti per tali sistemi è pari a 8-10 anni dal rilascio della licenza e 7-9 anni dall'avvio delle attività commerciali (delibera n. 544/00/CONS, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 183 del 7 agosto 2000).

L'analisi conferma che la realizzazione e lo sviluppo di una rete di terza generazione richiede investimenti cospicui non solo per l'implementazione di una efficace copertura iniziale del territorio, ma anche per lo sviluppo delle piattaforme di erogazione dei nuovi servizi.

La stima del tempo ritenuto ragionevole per il recupero degli investimenti di un operatore nuovo entrante della terza generazione sconta, altresì, incertezze e difficoltà sia per la valutazione dei ricavi attesi dai nuovi servizi (la cui domanda, ad oggi, è fortemente incerta), sia per la difficoltà di stima del valore degli investimenti industriali complessivi.

4. — In tale contesto non va sottovalutata la difficoltà nell'installazione delle nuove reti radiomobili dovuta alla problematica dell'inquinamento elettromagnetico e alla disomogeneità delle procedure autorizzatorie degli enti locali nel concedere i permessi edilizi per l'installazione delle nuove antenne. Problematica, questa, che interessa non solo le nuove reti di terza generazione, ma anche quelle del terzo e del quarto operatore del sistema di seconda generazione, che non hanno ancora completato la realizzazione degli investimenti nelle infrastrutture.

Anche a tale logica risponde, pertanto, il decreto legislativo n. 198 del 2002, per assicurare un uso efficiente delle frequenze radio e meglio consentire l'installazione, da parte degli operatori licenziatari, delle infrastrutture proprietarie al fine del completamento del servizio anche nelle zone isolate, periferiche e senza sbocchi. Esso ha riflessi positivi anche sul contenimento delle tariffe, perché promuovendo la concorrenza tra le reti, instaura un maggior grado di concorrenza sui servizi, contribuendo a creare le condizioni per lo sviluppo della società dell'informazione.

5. — Da quanto sopra rappresentato emerge l'intima *ratio* e la coerenza di fondo sottese alla disciplina di cui al decreto legislativo n. 198 del 2002, e la conseguente manifesta infondatezza delle censure di costituzionalità sostanzialmente riproposte, con marginali diversità, in tutti i ricorsi presentati.

Per quanto sopra esposto, il Presidente del Consiglio dei Ministri insiste per il rigetto del ricorso.

Roma, 11 marzo 2003 - f.to *Avv. Paolo Cosentino*».

Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, sezione terza, sentenza 28 ottobre 2002, n. 6118 – *Presidente relatore* U. Zuballi – sul ricorso n. 1822/01 della ENEL Distribuzione S.p.A., (avvocati G. de Vergottini, C. Caturani e C. Funes), c/ Regione Veneto (Avvocati R. Morra e E. Zanon); e nei confronti dell'ARPAV, Agenzia regionale per la prevenzione e protezione dell'ambiente per il Veneto, (avvocati G. Parolin e I. Andreasi Bassi); per l'annullamento della nota del Presidente della Regione Veneto prot. 5384/46/04 del 7 maggio 2001 avente ad oggetto la richiesta di intervento per adeguamento alla normativa vigente.

«(omissis). *Diritto* — Va innanzi tutto rilevato che la nota impugnata — contrariamente alla tesi regionale — risulta direttamente lesiva, in quanto con la stessa il presidente della regione ha «imposto» alla società ricorrente di «adottare tutti gli accorgimenti e le misure atte a risolvere le suddette problematiche e di presentare alla Regione del Veneto un idoneo programma di risanamento e di adeguamento delle esistenti fonti di *elettrosmog* alle norme dettate dalla vigente normativa regionale, con particolare riferimento ai siti sensibili.»

Si tratta in sostanza di un provvedimento amministrativo che impone in via immediata una determinata attività alla ditta destinataria, e non già di un atto meramente sollecitatorio.

La questione giuridica cardinale riguarda quindi la potestà della Regione Veneto in materia.

Per risolvere questa fondamentale questione, necessita esaminare brevemente la normativa che regola la materia.

Viene in rilievo innanzi tutto il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 aprile 1992, che ha ad oggetto «limiti massimi di esposizione ai campi elettrici e magnetici generati alla frequenza industriale nominale (50 hz) negli ambienti abitativi e negli ambienti esterni». Tali norme, tuttavia, erano e sono tutt'ora concepite esclusivamente per la protezione dagli effetti acuti, che derivano dall'interazione con il campo elettromagnetico a bassa frequenza (si veda sul punto la fondamentale sentenza del TAR Veneto, sezione II, 13 febbraio 2001 n. 236).

I limiti massimi fissati dal ripetuto decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1992 (campo elettrico 5 kv/m ed induzione magnetica 100 microtesla) sono, infatti, assai elevati, proprio perché riferiti alle esposizioni istantanee; dunque si tratta di limiti che non garantiscono alcuna sicurezza nel caso di esposizioni prolungate e quindi inidonei a far fronte agli effetti a lungo termine.

Nello stesso decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri venivano delineati - ma non definiti - anche gli obiettivi di protezione dalle esposizioni a lungo periodo mediante la previsione del rispetto di distanze tra elettrodotti ed edifici destinati alla residenza tali da ridurre i limiti di esposizione da 50 a 200 volte rispetto a quelli fissati dall'art. 4.

Conviene ora esaminare la legge regionale veneta n. 27 del 1993.

In particolare, il legislatore veneto ha introdotto una disciplina, caratterizzata da esplicite finalità cautelari, che, proprio con riguardo agli effetti a lungo termine dell'esposizione al campo elettrico, prevede limiti di emissione di distanze di rispetto tra le linee elettriche ad alto voltaggio ed abitazioni assai superiori a quelle fissate dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1992; uno di questi è il limite di campo magnetico che non può essere superiore a 0,2 microtesla.

Va ricordato che, sulla legittimità costituzionale della citata legge regionale, ebbe a pronunciarsi la Corte Costituzionale, la quale dichiarò inammissibile la questione sollevata, in riferimento all'art. 117 cost., per il fatto che, prevedendo valori di campo elettrico e magne-

tico di gran lunga inferiori a quelli introdotti dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 aprile 1992, invaderebbe la competenza legislativa spettante allo Stato, in materia di limiti massimi uniformi di accettabilità delle concentrazioni e dell'esposizione alle fonti inquinanti.

Infatti, secondo la Corte, la Regione si è mantenuta nell'ambito di attribuzioni sue proprie ed in particolare nell'ambito di competenze che attengono alla disciplina del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente (art. 80 decreto-legge n. 616 del 1977) (Corte Costituzionale 7 ottobre 1999, n. 382).

Peraltro, come rilevato in ricorso, la legge regionale 27 del 1993, si occupa degli elettrodotti nuovi, e non già di quelli preesistenti, come quello in discussione. Ne discende che il limite di 0,2 microtesla non può risultare cogente per il Comune, anche se può valere come parametro di valutazione, accanto alle altre indicazioni tecniche provenienti dalla Regione dall'ARPAV e dalla Unità sanitaria.

Sempre riguardo alla legge regionale n. 27 del 1993, la ditta ricorrente osserva come essa, riguardando la materia urbanistica, non potrebbe dettare disposizioni cogenti in materia ambientale.

Sul punto, a parte che la stessa Corte Costituzionale ha indirettamente risolto la questione, va rilevato che la prospettazione di parte ricorrente, ancorché suggestiva, risulta frutto di un equivoco. Invero, sulla base di una più che decennale giurisprudenza, si può senz'altro affermare che tutela paesistica e disciplina urbanistica appaiono governati nel nostro ordinamento da una reciproca autonomia.

Già la Corte costituzionale, con numerose pronunce (tra cui ricordiamo la n. 359 del 21 dicembre 1985) afferma che la nozione del paesaggio, così come delineata dall'art. 9 della Costituzione, non appare riconducibile a quella di urbanistica la quale, pur nella lata accezione di cui all'art. 80 del decreto del Presidente della Repubblica n. 616 del 1977, non esclude la configurabilità in ordine allo stesso territorio di altre valutazioni e discipline.

In altri termini, la materia urbanistica non può, per sua stessa natura, essere assimilata ad una delle tante materie oggetto dell'usuale riparto di competenze tra Stato, Regioni, Comuni e così via.

Ad avviso di questo Tribunale, con riferimento alla materia urbanistica, non possono valere quindi gli usuali canoni di definizione delle materie, sulla base dei dati normativi, e di conseguente attribuzione di ogni singolo oggetto ad una specifica materia, al fine di chiarire la spettanza del relativo potere.

L'equivoco, culturale ancor prima che giuridico, si è palesato in modo significativo in occasione dell'entrata in vigore del decreto del Presidente della Repubblica n. 616 del 1977, che come noto tentò una definizione delle materie trasferite alle Regioni. In particolare, per quanto concerne l'urbanistica, all'art. 80 si definisce la materia come la disciplina dell'uso del territorio, comprensiva della protezione dell'ambiente.

Non si trattò, come venne talvolta equivocato, dell'inclusione della materia ambientale in quella urbanistica, ma dell'enunciazione, sia pure esemplificativa, di un dato indiscutibile, che sul territorio insistono più interessi, tra cui quello ambientale.

Ad avviso di questo Collegio, tentare di chiarire i riparti di competenze usando per l'urbanistica lo stesso metro adottato per le altre discipline o meglio materie, denota quindi un approccio che ne ignora le peculiarità, in *primis* quella di essere una specie di «contenitore» nel cui ambito è dato ritrovare i più vari beni tutelabili dall'ordinamento.

L'urbanistica infatti, intesa come assetto del territorio, risulta, nella sua stessa essenza, una disciplina che interferisce con tutti gli interessi particolari che sul territorio stesso necessariamente si localizzano, come quelli concernenti la difesa nazionale, quelli commerciali, industriali, via via fino ai vari interessi privati. Naturalmente tra questi interessi vi è anche la tutela dell'ambiente.

In altri termini, l'urbanistica va considerata non tanto di per sé, quanto come sistema di organizzazione dei vari valori od interessi presenti nel territorio. Essa va intesa come mezzo, come strumento di razionalizzazione ed organizzazione di altri beni.

Non ha quindi molto senso chiedersi se l'ambiente come materia sia stato incluso nell'urbanistica dalla normativa vigente; è evidente infatti che con lo strumento urbanistico si

possa e debba tutelare anche il bene ambiente o paesaggio (i due termini ormai, dopo una decennale evoluzione normativa e giurisprudenziale, possono considerarsi pressoché equivalenti).

Conclusivamente sul punto, la legge regionale veneta n. 27 del 1993 può legittimamente dettare norme in materia ambientale.

Il quadro normativo è stato recentemente innovato tramite la legge sulla protezione dalla esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici 22 febbraio 2001, n. 36 pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale*, serie generale, n. 55 del 7 marzo 2001.

Tale legge — al fine di «assicurare la tutela della salute ... e di promuovere la ricerca scientifica per la valutazione degli effetti a lungo termine e attivare misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione ... (art. 1) attribuisce alla competenza statale (art. 3) la fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità (si tratta cioè dei parametri che dovranno aggiungersi e/o integrarsi con i 100 microtesla dell'art. 4 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 aprile 1992) secondo la definizione degli stessi data al precedente art. 3.

In particolare l'art. 3, 1 comma, lett. *b*), definisce limite di esposizione «il valore di campo elettrico, magnetico ed elettromagnetico, considerato come valore di immissione, definito ai fini della tutela della salute da effetti acuti, che non deve essere superato in alcuna condizione di esposizione della popolazione e dei lavoratori per le finalità di cui all'art. 1, comma 1, lett. *a*)».

La successiva lett. *c*) definisce valore di attenzione «il valore di campo elettrico, magnetico ed elettromagnetico, considerato come valore di immissione, che non deve essere superato negli ambienti abitativi, scolastici e nei luoghi adibiti a permanenze prolungate per le finalità di cui all'art. 1, comma 1, lett. *b*) e *c*)». Esso costituisce misura di cautela ai fini della protezione da possibili effetti a lungo termine e deve essere raggiunto nei tempi e nei modi previsti dalla legge».

Infine, a termini della lett. *d*), sono obiettivi di qualità:

«1) i criteri localizzativi, gli *standard* urbanistici, le prescrizioni e le incentivazioni per l'utilizzo delle migliori tecnologie disponibili, indicati dalle leggi regionali secondo le competenze definite dall'art. 8;

2) i valori di campo elettrico, magnetico ed elettromagnetico, definiti dallo Stato secondo le previsioni di cui all'art. 4, comma 1, lett. *a*) ai fini della progressiva minimizzazione della esposizione ai campi medesimi».

Come visto, la legge n. 36 del 2001 non fissa direttamente i parametri, i quali, a termini dell'art. 4, dovranno essere determinati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e dovranno valere su tutto il territorio nazionale, nel rispetto cioè del principio di uniformità della tutela. Ciò viene confermato dall'art. 4, comma 5, a mente del quale le regioni adeguano la propria legislazione ai limiti di esposizione, ai valori di attenzione e, limitatamente alla definizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. *d*), numero 2), agli obiettivi di qualità previsti nei decreti di cui al comma 2 del medesimo articolo.

Procedendo nell'esame della legge quadro si rileva che il regime transitorio è disciplinato dall'art. 16 della stessa. Detta norma stabilisce che, sino all'entrata in vigore del sopra ricordato decreto di attuazione, si continuano ad applicare le disposizioni del sopra ricordato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 aprile 1992.

Va in particolare osservato che l'art. 4, comma 1, lett. *d*), della ripetuta legge n. 36 del 2001 stabilisce che lo Stato esercita le funzioni relative «alla determinazione dei criteri di elaborazione dei piani di risanamento di cui all'art. 9, comma 2 (cioè quelli che riguardano gli elettrodotti), con particolare riferimento alle priorità di intervento, ai tempi di attuazione ed alle modalità di coordinamento delle attività riguardanti più regioni nonché alle migliori tecnologie disponibili per quanto attiene alle implicazioni di carattere economico ed impiantistico».

Inoltre, il successivo quarto comma del medesimo art. 4 stabilisce che alla determinazione dei criteri di elaborazione dei piani di risanamento degli elettrodotti si provveda con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge; il procedimento che dovrà condurre alla adozione dei piani di risanamento è poi disciplinato dal successivo art. 9 che prevede la presentazione da parte dei gestori degli impianti di una proposta di piano entro il termine di dodici mesi dalla data di entrata in vigore del suindicato decreto; proposta da presentarsi rispettiva-

mente al Ministero dell'Ambiente (per gli elettrodotti con tensione superiore a 150 kV) oppure alla Regione (per quelli con tensione inferiore) e che deve indicare il programma cronologico di attuazione e le relative priorità. Successivamente il piano dovrà essere approvato, con eventuali modifiche, integrazioni e prescrizioni dalle autorità cui è stato presentato.

Il comma 4 dello stesso art. 9 stabilisce infine che il risanamento degli elettrodotti deve essere completato entro dieci anni dalla data di entrata in vigore della legge.

Entro le date del 31 dicembre 2004 e 31 dicembre 2008 deve comunque essere completato il risanamento degli elettrodotti che non risultano conformi, rispettivamente, ai limiti di cui all'art. 4 ed alle condizioni di cui all'art. 5 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 aprile 1992.

Per completezza va aggiunto che il novellato Titolo V della Costituzione affida allo Stato la competenza esclusiva in materia di tutela dell'ambiente.

Ad avviso di questo Collegio, da quanto fin qui esposto emerge che, sulla base della normativa vigente, compresa la legge n. 36 del 2001, non esistono parametri normativamente fissati relativi alle esposizioni a lungo termine.

Infatti, quelli fissati dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri riguardano le emissioni a breve termine, quelli della legge regionale n. 27 del 1997 riguardano gli elettrodotti costruendi e non quelli esistenti, e infine la legge statale n. 36 del 2001 rimanda da un lato ad un futuro decreto attuativo la fissazione dei parametri e d'altro lato codifica transitoriamente i parametri del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (che, come visto, non concernono l'esposizione a lungo termine).

Per tutte le su esposte ragioni il provvedimento regionale impugnato risulta privo di alcun supporto normativo e in sostanza va considerato come emanato in assenza di potere; il vizio si riverbera anche nella motivazione, che si appalesa come incongrua e carente.

Il ricorso va quindi accolto e il provvedimento impugnato va annullato.

Le spese di giudizio possono essere compensate nei confronti dell'ARPAV, che si è limitata a fornire un supporto tecnico, mentre per il rimanente, secondo la regola generale, seguono la soccombenza, fanno carico alla Regione Veneto e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Terza Sezione, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, lo accoglie e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento (*omissis*).

Così deciso in Venezia, in camera di consiglio, il 2 ottobre 2002.»

Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione prima, sentenza 16 gennaio 2003 n. 12 –
Presidente G. Vacirca – Consigliere estensore M. Nicolosi ().*

«*omissis*) *Diritto* 1. — Gli otto ricorsi sopra indicati, congiuntamente trattati alla medesima udienza pubblica, vanno riuniti per evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, per essere decisi con un'unica sentenza.

2. — Il contenzioso promosso con i rubricati ricorsi, attiene ad una serie di provvedimenti attraverso i quali la Regione Toscana ed i comuni di Firenze, Massa Marittima e Pisa hanno disciplinato la localizzazione ed i tetti di radiofrequenza degli impianti di telefonia mobile nell'ambito territoriale (regionale e comunale) di competenza, provvedendo anche alla sospensione dei procedimenti riguardanti le pratiche edilizie d'autorizzazione all'installazione od al potenziamento di stazioni radio base (in seguito S.R.B.).

(*) La stessa delibera del Consiglio regionale della Toscana del 16 gennaio 2002, n. 12, è stata annullata dal TAR Toscana con le sentenze n. 10 e 11 del 2002, emesse nella stessa data.

3. — La complessità della controversia richiede una sintetica ricognizione del quadro normativo vigente in materia. Quadro al quale, seppure in un'ottica di «supplenza» come si argomenterà, hanno inteso riferirsi le Amministrazioni resistenti negli atti regolamentari impugnati.

3.1. — Tale ricognizione, sotto l'aspetto della successione delle norme nel tempo, deve registrare due eventi principali.

Il primo evento, è quello dell'entrata in vigore della legge-quadro dello Stato 22 febbraio 2001 n. 36 (in seguito legge-quadro), sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, che viene ad «interporsi» fra la legge regionale 54, contenente la disciplina in materia di radiocomunicazioni, e la delibera del consiglio regionale della Toscana 16 gennaio 2002 n. 12 (in seguito d.c.r. 12), adottata in attuazione dell'art. 4, comma uno, della predetta l.r. 54 (si veda preambolo e primo punto dispositivo) cioè: per definire i criteri generali per la localizzazione degli impianti e l'identificazione delle aree sensibili.

Il secondo evento, è dato dall'entrata in vigore della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), che - a sua volta - viene ad «interporsi» fra la precedente disciplina legislativa e la d.c.r. 12 impugnata.

La difesa della TIM ha sollevato dubbi sulla costituzionalità della legge regionale 54, mentre dagli enti territoriali intimati si è fatto esplicito richiamo al mutato quadro costituzionale, quasi in contrapposizione alla prevedibile questione di costituzionalità sollevata in giudizio.

3.2. — Poste queste premesse, va ricordato che la prima regolamentazione statale in materia di tetti di radiofrequenza compatibili con la salute umana è data dal decreto ministeriale 10 settembre 1998 n. 381 (in seguito decreto ministeriale 381) emanato in attuazione dell'art. 1, comma 6, lett. *a*), n. 15, della legge 31 luglio 1997 n. 249. Tale decreto ministeriale 381 — al quale tutti gli atti impugnati fanno riferimento a diverso titolo — ha stabilito in via cautelativa, per le esposizioni a campi elettromagnetici per tempi prolungati da parte di recettori sensibili non esposti per ragioni professionali, che in corrispondenza di edifici adibiti a permanenze non inferiori a quattro ore non devono essere superati, indipendentemente dalla frequenza, i seguenti valori mediati su un'area equivalente alla sezione verticale del corpo umano e su qualsiasi intervallo di sei minuti: 6 V/m per il campo elettrico, 0,016 A/m per il campo magnetico, intesi come valori efficaci e, per frequenze comprese tra 3 Mhz e 300 GHz, 0,10 W/m² per la densità di potenza dell'onda piana equivalente (art. 4, comma 2).

Lo stesso decreto ministeriale 381 (art. 4, comma tre), ha attribuito alle Regioni ed alle Province autonome di Trento e Bolzano il compito di definire la disciplina per l'installazione e la modifica degli impianti di radiocomunicazione e le azioni di risanamento, al fine di garantire il rispetto dei limiti sopra indicati ed il raggiungimento di eventuali obiettivi di qualità. Nessuna competenza in materia era stata assegnata ai comuni e tale principio è stato affermato chiaramente nelle diverse pronunce dei giudici amministrativi che hanno annullato la difforme regolamentazione dettata da taluni enti comunali (cfr. TAR Toscana, sez. 1, 26 luglio 2001, n. 1266; *idem*, 30 gennaio 2002, n. 65; TAR Veneto, sez. 2, 2 febbraio 2002, n. 347; Consiglio di Stato, sez. VI, 3 giugno 2002, n. 3095).

Va ricordato in proposito che il decreto ministeriale 381 è intervenuto quando già era stato avviato il c.d. federalismo amministrativo con il varo della legge 15 marzo 1997, n. 59 (modificata dalla legge 16 giugno 1998, n. 191 del 1998), che riserva(va) allo Stato, tra l'altro, la tutela dei beni culturali e le comunicazioni (art. 1, comma terzo, lett. *d*) ed *n*) ed i compiti di rilievo nazionale per la tutela dell'ambiente e della salute (comma quarto, lett. *c*). Il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, emanato in attuazione della legge 59 del 1997, avrebbe individuato, poi, all'art. 69, comma uno lett. *e*), come compiti di rilievo nazionale per la tutela dell'ambiente, la determinazione di valori limite, *standard*, obiettivi di qualità e sicurezza e norme tecniche necessari al raggiungimento di un livello adeguato di tutela dell'ambiente sul territorio nazionale; e all'art. 83, comma uno, una serie di compiti di rilievo nazionale riguardanti emissioni nell'atmosfera e fissazione dei valori limite e guida della qualità dell'aria.

In attuazione del decreto ministeriale 381, la Regione Toscana ha promulgato la legge regionale 54, nel corpo della quale più volte viene affermato che è fatto salvo il rispetto dei limiti e dei valori contenuti nel decreto ministeriale 381 medesimo.

Di rilievo, ai fini della decisione del contenzioso, è la disciplina data all'art. 4 (funzioni regionali), all'art. 6 (funzioni comunali) ed all'art. 8 (azioni di risanamento).

Infatti, con l'art. 4 si stabilisce che la Regione, al fine del raggiungimento degli obiettivi di qualità, detti:

con deliberazione del consiglio regionale, i criteri generali per la localizzazione degli impianti e per l'identificazione delle «aree sensibili» come definite dall'art. 3 (particolare densità abitativa, presenza di infrastrutture e servizi, specifici interessi paesaggistico-ambientale e storico-architettonico);

con delibera di giunta, entro 120 giorni dall'entrata in vigore della legge stessa, le modalità del rilascio delle autorizzazioni comunali, i criteri tecnici per al gestione del catasto regionale degli impianti e per l'attuazione delle azioni di risanamento, le modalità tecniche e procedurali per lo svolgimento dei controlli, le modalità relative alla presentazione, da parte dei titolari degli impianti, delle dichiarazioni inerenti gli impianti installati e dei relativi programmi di sviluppo.

Con gli artt. 6 ed 8, stabilisce che i comuni provvedono al rilascio delle autorizzazioni all'installazione o alla modifica degli impianti di telefonia mobile e di quelli radiotelevisivi; all'attuazione delle misure di risanamento; all'esercizio della funzione di vigilanza e di controllo; allo svolgimento dei compiti di educazione ambientale e di informazione delle popolazioni interessate.

3.3. — Questo era l'assetto normativo vigente alla data d'entrata in vigore della legge-quadro.

Tale legge, oltre all'enunciazione dello scopo di dettare principi fondamentali diretti alle finalità elencate nelle lettere *a)*, *b)*, e *c)* dell'art. 1, del suo ambito di applicazione e delle definizioni (tra le quali riveste importanza quella relativa agli obiettivi di qualità: art. 3, comma uno, lett. *d)*), indica quali sono le funzioni dello Stato, e le competenze delle Regioni e dei comuni.

L'art. 4 stabilisce che lo Stato esercita le funzioni relative:

a) alla determinazione dei limiti d'esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, in quanto valori di campo come definiti dall'art. 3, comma 1, lettera *d)*, numero 2), in considerazione del preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normative omogenee in relazione alle finalità di cui ai principi generali indicati nell'art. 1;

d) alla determinazione dei criteri di elaborazione dei piani di risanamento di cui all'art. 9, comma 2;

e) all'individuazione delle tecniche di misurazione e di rilevamento dell'inquinamento elettromagnetico;

f) alla realizzazione di accordi di programma con i gestori (...) esercenti di impianti di telefonia mobile, al fine di promuovere tecnologie e tecniche di costruzione degli impianti che consentano di minimizzare le emissioni nell'ambiente e di tutelare il paesaggio.

In base al secondo comma dell'art. 4, i limiti d'esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità, le tecniche di misurazione e di rilevamento dell'inquinamento elettromagnetico ed i parametri per la previsione di fasce di rispetto per gli elettrodotti, sono stabiliti per la popolazione da un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da emanare entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della legge; mentre alla determinazione dei criteri di elaborazione dei piani di risanamento, si provvede con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri da emanare entro 120 giorni dalla medesima data. In proposito l'art. 16 della legge stabilisce che fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 4, comma 2, lett. *a)*, si applicano le disposizioni del decreto ministeriale 381.

L'art. 8, nel disciplinare i compiti delle Regioni, prevede che tra l'altro sono di competenza delle stesse, nel rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, nonché delle modalità fissati dallo Stato, fatte salve le competenze dello Stato e delle autorità indipendenti:

a) l'esercizio delle funzioni relative all'individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti di telefonia mobile, degli impianti radioelettrici e di radiodiffusione, ai sensi della legge 249 del 1997, e nel rispetto del decreto di cui all'art. 4, comma 2, lett. *a)*;

c) le modalità di rilascio delle autorizzazioni all'installazione degli impianti;

e) l'individuazione degli strumenti e delle azioni per il raggiungimento degli obiettivi di qualità di cui all'art. 3, comma 1, lett. d), n. 1: ossia la definizione dei criteri adeguati per tale individuazione (combinato delle due disposizioni).

Relativamente ai comuni, l'ultimo comma dell'art. 8 dà agli stessi la possibilità di emanare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbano e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici.

L'art. 9 infine, stabilisce che entro dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto di cui all'art. 4, comma 2, lett. a), la regione adotta, su proposta dei soggetti gestori e sentiti i comuni interessati, un piano di risanamento al fine di adeguare, in modo graduale, e comunque entro il termine di ventiquattro mesi, gli impianti radioelettrici già esistenti ai limiti di esposizione, ai valori di attenzione ed agli obiettivi di qualità stabiliti secondo le norme della stessa legge.

3.4. — In tale contesto normativo è entrata in vigore la riforma del titolo V della Costituzione varata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

I punti salienti di tale riforma, sempre ai fini della decisione, sono:

l'art. 117, secondo comma, lett. s), che affida alla competenza esclusiva dello Stato l'ambiente, l'ecosistema ed i beni culturali;

l'art. 117, terzo comma, che affida alla competenza concorrente la tutela della salute, l'ordinamento della comunicazione e la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, stabilendo all'ultima parte che nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato;

l'art. 118, che stabilisce il principio che le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, esse siano conferite ad enti maggiori secondo il principio di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza;

l'art. 120, che prevede l'esercizio del potere sostitutivo del Governo secondo procedure stabilite dalla legge nei casi indicati dal secondo comma.

3.5. — Questa la ricostruzione del quadro normativo complessivo alla data di adozione della d.c.r. 12.

4. — Entrando nel merito delle questioni, occorre subito sgombrare il campo dalla questione di costituzionalità che è stata adombrata (in prospettiva) da talune Amministrazioni resistenti con riferimento alla recente entrata in vigore del decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198, recante disposizioni volte ad accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche, in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 2, della legge 21 dicembre 2001, n. 443.

Più precisamente dalla Regione e dal comune di Pisa ne è stata prospettata, in via subordinata, l'incostituzionalità sotto vari profili o la difformità con il principio di precauzione contenuto nella normativa europea; dalla difesa del gestore TIM è stato invece prospettato il superamento della difforme regolamentazione introdotta con i provvedimenti impugnati.

Ritiene il Collegio che la controversia debba essere risolta sulla base delle norme vigenti al momento dell'emanazione degli atti oggetto di ricorso (principio del «*tempus regit actum*») dal momento che il decreto 198 del 2002 è intervenuto quando si erano già concretizzate — sui soggetti gestori — le ricadute della contestata disciplina restrittiva in materia di impianti di telefonia mobile. Si tratta di ricadute potenzialmente idonee a determinare effetti (ritardo nell'attuazione delle programmate nuove installazioni e blocco dei progetti già presentati) che permangono ad oggi con possibili contraccolpi economici suscettibili di valutazione ai fini del risarcimento dei danni anche con separata azione giurisdizionale. Donde, l'interesse all'annullamento degli atti impugnati e l'irrilevanza delle questioni di costituzionalità e conformità alla normativa europea sollevate in ordine al decreto 198 del 2002. Tale normativa potrà essere di rilievo per il futuro quando avranno inizio i procedimenti che comporteranno la sua concreta applicazione.

Allo stesso modo irrilevante è, ai fini della decisione, la pendenza del conflitto d'attribuzione sollevato dallo Stato riguardo alla delibera regionale 12 del 2002 (vedi ricorso alla Corte costituzionale in *Gazzetta Ufficiale* — 1^a serie speciale, n. 25 del 26 giugno 2002). Infatti, il conflitto d'attribuzione opera sotto il diverso profilo della rivendicazione dell'esercizio delle competenze secondo la distribuzione delle materie contenuta nella Carta costitu-

zionale e riguarda un atto amministrativo non soggetto direttamente, in via incidentale (o principale), a giudizio di costituzionalità. Questo, semmai, riguarderebbe la legge richiamata nella delibera regionale impugnata. Inoltre, sono dedotti in questo giudizio profili di censura che prescindono da un rapporto diretto con la questione oggetto del conflitto di attribuzione pendente.

Ne consegue che non ricorre, a termini dell'art. 295 del codice di procedura civile, alcuna ipotesi di pregiudizialità necessaria che imponga di sospendere le cause in esame in attesa della definizione del giudizio pendente dinanzi alla Corte Costituzionale.

5. — Tornando, quindi, alla d.c.r. 12, va evidenziato che essa, benché richiami nelle premesse la legge-quadro, interviene in primo luogo — come si è già ricordato — in attuazione della legge regionale 54.

Al di là della questione, che non rileva ai fini della decisione, del contenuto (regolamentare od amministrativo generale) dell'atto regionale (l'art. 21 dello statuto della Regione Toscana stabilisce una procedura non osservata nella pubblicazione della d.c.r. 12, mentre l'ultima parte del dispositivo della delibera stessa richiama la legge regionale toscana 9 del 1995 sul procedimento amministrativo che all'art. 41 indica fra gli atti soggetti a pubblicità/conoscenza gli atti amministrativi generali), va rilevato lo scostamento della delibera in questione dalla legge regionale 54 richiamata. Infatti, il consiglio regionale, al di fuori della sede legislativa, supera la disciplina normativa sostanziale, per esercitare una funzione suppletiva a causa del mancato intervento del decreto presidenziale previsto dalla legge statale vigente, richiamata nella legge regionale che afferma di volere attuare. Ciò, appare evidente dal secondo «Considerato» del preambolo, dove si fa riferimento all'art. 16 della legge-quadro (che fa salve le disposizioni del decreto ministeriale 381 fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 4, comma 2, lett. a), e dal successivo «Preso atto che il suddetto decreto a tutt'oggi non è stato emanato».

Le disposizioni suppletive, in assenza del previsto decreto statale, traggono il loro contenuto dalla «Valutazione» espressa in data 5 marzo 2001 dall'Agenzia Regionale di Sanità e dalla «Mozione per l'emaneazione immediata di un regolamento contro l'inquinamento elettromagnetico» del consiglio regionale del 10 aprile 2001, n. 196.

5.1. — La funzione della d.c.r. 12 è poi chiarita dall'ultimo «Considerato» nel quale si precisa che ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge regionale 54, il consiglio regionale definisce i criteri generali per la localizzazione degli impianti ed i criteri inerenti l'identificazione delle aree sensibili: ossia quei criteri che avrebbero dovuto essere dati ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 4 del decreto ministeriale 381.

Dalla delibera regionale e dai richiamati documenti è possibile desumere che il consiglio della Regione Toscana ha inteso muoversi, cogliendo l'opportunità offerta dall'attuazione della legge regionale 54, nella logica del principio di «precauzione» oggetto delle raccomandazioni espresse nel parere dall'Agenzia Regionale di Sanità (all. 3 alla delibera).

Concretamente, quanto ai criteri generali per la localizzazione degli impianti (all. 1), la delibera regionale:

— ha fissato il principio che gli impianti di diffusione radiofonica e televisiva, nonché gli impianti per telefonia cellulare possano essere installati esclusivamente all'interno delle aree identificate come compatibili dal comune, previa verifica della conciliabilità con altri vincoli eventualmente esistenti, in funzione della potenza della sorgente da installare e del contesto insediativo, nel rispetto di quanto prescritto per le aree sensibili (entro 120 giorni dalla pubblicazione della delibera i comuni avrebbero dovuto, con l'ausilio dell'AR-PAT e delle ASL, identificare le aree);

— ha identificato le aree sensibili distinguendole in due tipi:

a) aree di interesse storico-architettonico e paesaggistico-ambientale (dove devono evitarsi impatti di tipo visivo);

b) aree comprese entro il perimetro di 50 metri da asili, scuole, ospedali, case di cura, aree verdi attrezzate, aree destinate all'infanzia, aree di particolare densità abitativa (da identificare dai comuni sempre entro i 120 giorni).

Quanto agli obiettivi di qualità inerenti le aree sensibili (all. 2):

— ha fissato il valore di 0,5V/m per i campi elettrici generati da impianti fissi per telefonia cellulare e di 3V/m per quelli generati da tutte le sorgenti inquinanti rientranti nel

campo d'applicazione della legge regionale 54, misurati secondo le disposizioni contenute nell'art. 4, comma 2, del decreto ministeriale 381, come obiettivi di qualità da raggiungere nelle aree sensibili come identificate prima;

— ha fissato in un anno ed in tre anni (sempre dalla pubblicazione della delibera) il termine per il raggiungimento rispettivamente del valore di 3V/m e di 0,5V/m per i campi elettrici generati da impianti di telefonia cellulare, ed in tre anni il termine per il raggiungimento del valore di 3V/m per i campi elettrici generati da tutte le altre sorgenti rientranti nel campo di applicazione della legge regionale 54;

— ha stabilito che i comuni provvedono, secondo le modalità del regolamento di cui all'art. 4, comma 2, della legge regionale medesima, alle azioni di risanamento sugli impianti esistenti ed alla loro rilocalizzazione nel caso che sia impossibile per motivi tecnici il raggiungimento dell'obiettivo di qualità di cui sopra. Tale rilocalizzazione è obbligatoria qualora si tratti di aree sensibili di tipo *b*);

— ha, infine, stabilito che i nuovi impianti da installare eventualmente all'interno delle aree sensibili di tipo *b*) debbano conformarsi con decorrenza immediata al rispetto del valore di 3V/m per i campi elettrici generati da impianti fissi per telefonia cellulare e raggiungere l'obiettivo di qualità di 0,5V/m entro due anni dal rilascio dell'autorizzazione comunale e comunque non oltre tre anni dalla pubblicazione della delibera (l'adeguamento immediato al valore di 3V/m è invece stabilito per i campi elettrici generati da tutte le altre sorgenti inquinanti rientranti nel campo di applicazione della legge).

5.2. — Dall'esame delle prescrizioni su riportate si rileva, innanzi tutto, che da un lato, si dimezzano (inasprendoli) i valori di campo fissati dal decreto ministeriale 381 che la d.c.r. 12 avrebbe dovuto attuare nel rispetto della legge regionale 54; dall'altro si rinvia all'art. 4, comma due, ed agli allegati B e C dello stesso decreto per le misurazioni dei campi elettrici. Tuttavia dall'insieme del quadro normativo richiamato e dalle considerazioni sopra svolte è da escludere, anche alla luce del nuovo assetto costituzionale, alcun contrasto della legge regionale 54 con la normativa statale: tale strumento legislativo appare al Collegio sostanzialmente conforme ai principi contenuti nelle norme statali. Anche in ordine alle norme che prevedono la definizione di criteri generali in materia di localizzazione degli impianti e di identificazione delle aree sensibili, il legislatore regionale ha operato in coerenza con l'ultimo comma dell'art. 4 del decreto ministeriale 381 e comunque, la sopravvenuta legge quadro dà conferma della competenza regionale in materia di definizione dei criteri stessi (art. 3, primo comma lett. *d*) e art. 8, primo comma, lett. *e*).

5.3. — Sono fondate, invece, le censure con le quali si deduce il contrasto fra l'allegato 2 della d.c.r. 12 e la normativa statale prima richiamata. Nell'intento di perseguire il raggiungimento di un obiettivo di qualità — si ripete in attuazione del decreto ministeriale 381 —, il consiglio regionale ha modificato (inasprendoli) i limiti di campo elettromagnetico fissati per gli impianti di telefonia mobile in sede nazionale e, contraddicendo la stessa legge regionale che doveva attuare, ha esercitato un potere che ha intaccato l'assetto unitario ed omogeneo della disciplina statale in materia di limiti di esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici a protezione della popolazione, determinando una disarmonia nella disciplina stessa, negativamente incidente sul corretto esercizio del servizio di telefonia mobile, soggetto tra l'altro alla vigilanza dell'Autorità Garante per le comunicazioni.

5.4. — È fondata, anche, la doglianza che deduce la genericità dei criteri di localizzazione ed identificativi delle aree sensibili contenuti nell'allegato 1, in specie quelle di tipo *b*), nelle quali sono accomunate, in un limite di distanza di cui non si comprende il criterio di individuazione, situazioni differenziate, quanto ai parametri dati ed al tempo di permanenza e (questo si indefinito) alla densità abitativa, lasciandosi alla discrezionalità dei comuni l'applicazione di locuzioni generiche e l'individuazione di aree idonee o compatibili; come pure l'esclusione delle aree sensibili da ogni localizzazione.

Tale vaghezza e genericità concreta un vizio di legittimità della d.c.r. 12 impugnata, in quanto i parametri suddetti, insieme alla riduzione dei valori di campo elettrico, danno la misura della rilevante incidenza che le nuove disposizioni, sotto la motivazione del perseguimento del principio di precauzione a tutela della salute, hanno sullo svolgimento del servizio di telefonia da parte dei gestori legittimati dall'Autorità Garante e quindi sugli ambiti trasversali delle competenze dello Stato in altri settori di materie.

Deve osservarsi al riguardo che la Regione, nell'esercitare il suo compito di dettare i criteri generali, deve fornire agli enti comunali le necessarie linee guida che consentano un coe-

rente esercizio del potere regolamentare di completamento agli stessi attribuito, onde evitare che la medesima (regolamentazione) finisca per esplicitarsi quasi nell'ambito di una delega in bianco con i conseguenti risvolti negativi di una disciplina disomogenea — se non contrastante — a livello comunale, regionale e nazionale.

Del resto, lo stesso parere contenuto nell'allegato 3, espresso dall'Agenzia regionale di Sanità, conclude che «i risultati della ricerca scientifica, ed in particolare degli studi epidemiologici, non sono al momento attuale adeguati (e non possono esserlo) né per affermare né per escludere in assoluto possibili effetti dannosi per la salute dalle emissioni in questione, purché queste non raggiungano la intensità sufficiente per determinare un innalzamento della temperatura negli organismi degli esposti». Ora non si desume dagli atti impugnati in base a quale studio o ricerca scientifica la Regione abbia ritenuto ragionevole l'imposizione di un perimetro di cinquanta metri di distanza rispetto ai rischi di esposizione, quando il decreto ministeriale 381 all'art. 4 collega le misure di cautela ai valori di esposizione fissati nel secondo comma. Il principio di precauzione richiede sempre un riferimento a dati scientifici attendibili, specie laddove interferisce con i limiti dei valori di campo definiti a livello nazionale.

5.5. — Né rileva sulla questione in esame l'entrata in vigore della modifica del titolo V della Costituzione che, invertendo il precedente criterio contenuto nell'originario testo dell'art. 117, ha riconosciuto alle Regioni competenza legislativa esclusiva in tutte le materie non riservate alla competenza esclusiva dello Stato e la competenza concorrente in materia di tutela della salute. Ed invero, come emerge dalla ricostruzione del quadro normativo, la riforma, pur ampliando indubbiamente l'ambito delle competenze regionali specie in importanti materie a legislazione concorrente, ha mantenuto ferma la riserva della legislazione dello Stato quanto alla determinazione dei principi fondamentali. E ciò vuol dire che le regioni devono adeguarsi, nell'esercizio della loro potestà legislativa, ai principi medesimi, specialmente laddove l'intervento in un ambito di materia finisce per interferire con competenze dello Stato, coinvolgendo trasversalmente altre materie soggette a competenza esclusiva (ambiente) e concorrente (ordinamento della comunicazione e governo del territorio). Ora, anche dopo l'entrata in vigore della riforma costituzionale la legge-quadro detta i principi fondamentali in materia di protezione dalle esposizioni a campi magnetici, elettrici ed elettromagnetici e l'esercizio della competenza concorrente da parte delle regioni, sarebbe comunque subordinata all'emanazione di un'apposita legge: la Corte Costituzionale ha, in proposito, affermato che nella fase di transizione dal vecchio al nuovo sistema di riparto di competenze, la legislazione regionale concorrente dovrà svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale già vigente (sentenza 26 giugno 2002, n. 282). Donde sotto tale ulteriore aspetto l'illegittimità della disciplina dettata dall'impugnata d.c.r. 12.

5.6. — La mancata emanazione del decreto presidenziale previsto dalla legge-quadro non giustifica, poi, l'adozione della delibera regionale stessa, in quanto l'art. 16 della legge-quadro ha espressamente mantenuto ferme, in via transitoria le disposizioni del decreto ministeriale 381 fino alla data di entrata in vigore del decreto presidenziale di cui all'art. 4 secondo comma, lett. a), e non fino alla scadenza del termine ordinatorio per la sua adozione. Non è, quindi, contemplato e consentito l'intervento suppletivo delle Regioni alla scadenza del termine suddetto.

5.7. — In concreto, non con la legge, ma con un atto amministrativo la regione Toscana ha superato i limiti fissati dalla normazione statale in materia di protezione dalle esposizioni ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici.

Ciò comporta, da un lato, la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sollevata; dall'altro l'illegittimità della d.c.r. 12, sia nella parte in cui si discosta dai limiti di esposizione indicati dal decreto ministeriale 381, stabilendo i tempi dell'adeguamento dei nuovi impianti e del risanamento di quelli esistenti, sia nella parte in cui detta in modo impreciso e generico i criteri di localizzazione degli impianti e di individuazione delle aree sensibili. Ed infatti, anche in riferimento ai limitati compiti di pianificazione territoriale, che l'ultimo comma dell'art. 8 della legge-quadro assegna ai comuni, tali criteri lasciano troppi ed ampi spazi all'autonomia regolamentare dei comuni in materia di localizzazione e risanamento degli impianti, contraddicendo l'obiettivo dell'unitarietà di indirizzo a cui dovrebbero tendere i criteri generali.

5.8. — L'opinione del Collegio trova conforto nelle stesse pronunce della Corte Costituzionale richiamate dalla difesa della Regione, nelle quali il potere degli enti regionali di determinare limiti più severi di quelli fissati dallo Stato a maggior tutela della protezione della salute è stato riconosciuto nell'ambito delle distanze e non dei limiti massimi d'esposizione. In proposito è utile richiamare la disciplina regionale in materia di impianti elettrici dove la legge regionale toscana n. 51 del 1999 è intervenuta nel rispetto dei limiti di esposizione fissati dalla normativa statale (art. 16), operando sui valori di qualità dei progetti e sulle distanze dai conduttori, coerentemente con la normativa statale che in proposito fissa tetti minimi invalicabili a tutela della salute, con la possibilità, quindi, per le regioni di stabilire distanze maggiori dagli impianti.

6. — In definitiva, la d.c.r. 12 è illegittima insieme alle disposizioni contenute negli allegati «1» e «2», sotto i profili assorbenti della violazione degli artt. 4, 5, 8, 9 e 16 della legge-quadro; del decreto ministeriale 381; della legge regionale 54; nonché per difetto dei presupposti.

7. — L'illegittimità della delibera regionale rende viziati, per illegittimità derivata, tutti gli impugnati atti normativi e provvedimenti, adottati dai comuni di Firenze, Pisa e Massa Marittima in attuazione o nel presupposto dei criteri dettati dalla d.c.r. 12.

8. — Tali provvedimenti sono, peraltro, impugnati anche per vizi autonomi.

8.1. — Fondate sono le censure che imputano all'ordinanza 714 del 2002 del sindaco di Firenze ed all'ordinanza 31 del 2002 del sindaco di Massa Marittima di avere adottato una misura di salvaguardia non prevista da alcuna disposizione di legge e l'illegittimo ricorso all'ordinanza contingibile ed urgente.

Infatti, né la legge-quadro, né la legge regionale 54, né ancora la stessa d.c.r. 12 contengono disposizioni che legittimano la sospensione delle pratiche di autorizzazione (sul punto si possono richiamare le motivazioni contenute nella sentenza 30 gennaio 2002 n. 65 di questa Sezione). Non ricorrevano, peraltro, le condizioni per l'esercizio di poteri straordinari. L'adeguamento ai nuovi limiti d'esposizione — indipendentemente dalla rilevata illegittimità degli stessi — non concreta una situazione impreveduta ed urgente di allarme sanitario a cui non sia possibile fare fronte in via ordinaria, bensì un adempimento, in tutto disciplinato da norme di rango superiore, al quale i comuni devono provvedere secondo i tempi e le modalità fissate dalla normativa statale e regionale vigente. E ciò senza dire dell'inesistenza di situazioni di rischio immediato e concreto (accertate sulla base di rilievi tecnici degli organi sanitari: si ricorda che gli atti impugnati si fondano solo sul criterio di precauzione) per la salute pubblica; tale non potendo configurarsi la necessità di provvedere all'identificazione delle aree sensibili (anche per tale profilo si può richiamare la sentenza 65/2002 *cit.*).

La fondatezza di tali doglianze consente al Collegio di dichiarare assorbite le altre censure dedotte avverso le ordinanze comunali e comporta, a sua volta, l'illegittimità in via derivata di tutti gli impugnati provvedimenti con i quali il comune di Firenze ha sospeso l'esame delle pratiche di autorizzazione in esecuzione dell'ordinanza 714 del 2000.

8.2. — Quanto al regolamento approvato dal comune di Pisa con delibera 31 del 2002, la sua illegittimità in via derivata è stata dedotta fondatamente dall'illegittimità dalla d.c.r. 12 per le norme che stabiliscono nell'ambito del territorio comunale limiti di esposizione per la popolazione più restrittivi rispetto a quelli fissati dal decreto ministeriale 381 (art. 15 ed 11, ultimo comma); individuano le c.d. aree sensibili (art. 5); dettano le regole per le localizzazioni degli impianti nelle c.d. aree sensibili, come genericamente indicate, e sulla base dei limiti di esposizione di cui sopra (art. 4, commi primo, secondo, quinto e sesto, art. 5); dispongono in ordine agli interventi di risanamento nelle aree sensibili sulla base di valori difforni dal decreto ministeriale 381 (art. 17). Peraltro la società ricorrente a ragione si duole del superamento degli ambiti di competenza individuati dall'art. 8 ultimo comma della legge-quadro, che non consentono agli enti territoriali di stabilire autonomamente una disciplina regolamentare che si discosti dalla normativa statale (sul principio, l'orientamento giurisprudenziale è pacifico: in ultimo Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2002, n. 3095).

Del resto, lo specifico riferimento, nell'ultimo comma dell'art. 8 della legge-quadro riguardante la competenza dei comuni, ai compiti di corretto insediamento urbanistico territoriale degli impianti e di minimizzazione dell'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici, chiarisce da un lato, il limite proprio dell'esercizio di una funzione normativa di programmazione e controllo urbanistico territoriale, coerente (e non in contrasto) con la

disciplina statale di rango superiore; dall'altro, l'approntamento di uno strumento normativo attuativo, nell'ambito territoriale di competenza dell'ente comunale, dei criteri generali come correttamente definiti dalla regione ai sensi delle disposizioni del medesimo art. 8, coniugandosi appunto l'ottimizzazione degli obiettivi di qualità nel territorio, indicati dalla normativa statale e regionale, con un corretto ed adeguato insediamento urbanistico-territoriale degli impianti. Donde, sotto tale ulteriore profilo, l'inconfigurabilità di una qualsiasi potestà regolamentare dei comuni in ordine, non solo alla determinazione dei limiti d'esposizione, ma anche all'autonoma individuazione delle aree sensibili e degli obiettivi di qualità, in genere, cui rapportare l'attività di localizzazione e risanamento degli impianti (cfr. Cons. Stato, VI, 3 giugno 2002, n. 3095).

I profili esaminati sarebbero, per la loro prevalenza, assorbenti di ogni altro profilo di censura.

8.3. — Il Collegio, tuttavia, per ragioni di completezza, ritiene di dovere rilevare ulteriormente quanto segue in ordine alle altre doglianze che si appuntano in via autonoma sul regolamento comunale:

— l'art. 4, commi primo e secondo, del regolamento si pone in contrasto con la stessa normativa regionale nella parte in cui non ammette la localizzazione di impianti all'interno delle aree sensibili di tipo *b*) imponendo di fatto un divieto di installazione di impianti di telefonia mobile in tutte le aree urbanizzate del territorio comunale. Infatti, la normativa regionale non pone divieti assoluti, ma impone ai comuni di valutare, insieme ai competenti organismi tecnici, quali l'ARPAT e l'ASL, le particolari situazioni nelle quali sia manifesta od apprezzabile l'esigenza di prescrivere localizzazioni alternative;

— l'art. 4, ultimo comma, e 17 del regolamento e la conferenza dei servizi indetta per la prima applicazione delle disposizioni regolamentari medesime non sono conformi alle disposizioni della d.c.r. 12 (all. 1) che indicano come necessaria per la rilocalizzazione e/o il risanamento degli impianti la partecipazione dei soggetti gestori ai quali, invece, è stata imposta la nuova disciplina restrittiva. L'esercizio del potere di regolamentazione della localizzazione degli impianti, intervenendo a modifica della disciplina urbanistico-edilizia individuata dagli appositi strumenti comunali ed in particolare dal regolamento edilizio, impone all'amministrazione comunale di garantire le necessarie procedure di partecipazione (Cons. Stato, VI, 30956/2002 *cit.*);

— i comuni non hanno competenza in materia di inserimento degli impianti di telefonia mobile fra le opere o gli interventi da sottoporre alla procedura di V.I.A. (valutazione impatto ambientale). Ogni competenza in materia spetta allo Stato ed alle Regioni. Peraltro, né il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 377 dell'11 agosto 1988, né la legge regionale 3 novembre 1998 n. 79 includono tali impianti fra quelli per i quali è obbligatoria od è possibile tale procedura. In definitiva l'unica valutazione ammissibile per tali impianti è quella connessa la rispetto dei limiti fissati dal decreto ministeriale 381. In tal senso è illegittimo l'art. 8 del regolamento comunale;

— le disposizioni degli artt. 11 e 12 che stabiliscono le modalità per il rilascio delle autorizzazioni sono illegittime perché emanate in assenza delle norme tecniche per lo svolgimento delle funzioni sugli impianti che la legge regionale 54 demanda all'apposita delibera di giunta regionale prevista dall'art. 4, comma due, della legge medesima. L'imposizione delle modalità relative agli adempimenti inclusi nell'ambito delle norme tecniche da emanare ai sensi dell'art. 4, comma due, della legge regionale 54 presuppone l'emanazione dell'apposita delibera della giunta regionale contenete i relativi criteri, non potendo bastare la sola delibera prevista dal comma uno del medesimo articolo, di competenza del consiglio regionale, né potendo il comune interporre una normativa suppletiva;

— la previsione della sanzione di 5000 euro prevista dal comma 14 dell'art. 19 del regolamento è illegittima in quanto riferita ad impianti di potenza inferiore a 5 watt che sono esclusi dall'applicazione della legge regionale 54.

8.4. — Vanno invece respinte le censure che si appuntano sugli artt. 4, terzo e quarto comma, 9, 13 e 18, del regolamento impugnato.

8.4.1. — Ferma restando l'illegittimità della riduzione dei campi di esposizione e dell'individuazione delle aree sensibili, i criteri normativi che privilegiano la concentrazione degli impianti in un'unica struttura e la scelta della migliore tecnologia, sono compresi, ad

avviso del Collegio, nel potere regolamentare previsto dall'art. 8, ultimo comma, della legge-quadro, in quanto espressione del potere di pianificazione territoriale finalizzato anche a minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici.

8.4.2. — Il coordinamento tramite sportello unico dello sviluppo delle reti attiene ad una funzione programmatica del tutto giustificabile e propria delle attribuzioni degli enti territoriali. Non si vede quale particolare aggravio possa derivare alla società TIM da tale disposizione.

8.4.3. — L'obbligo di indicare in sede di progettazione l'eventuale esistenza di impianti di diffusione radiotelevisiva, che siano nel raggio di 3 km, concerne una previsione atta al completamento delle informazioni tecniche sulle possibili interferenze o concentrazioni di cui i soggetti gestori devono comunque tenere conto ai fini della progettazione dei loro impianti.

8.4.4. — Il controllo, con cadenza trimestrale, sugli impianti esistenti, non contrasta con l'art. 9, comma tre, della legge regionale 54, che nello stabilire un controllo almeno annuale non impedisce che i comuni, proprio nell'esercizio del loro potere regolamentare (riaffermato dall'art. 8, ultimo comma, della legge-quadro) stabiliscono controlli più frequenti come mezzo al fine di garantire l'effettivo rispetto dei limiti d'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici.

9. — La fondatezza del ricorso non consente, però, di accogliere la domanda di risarcimento danni proposta sul ricorso 1031/2002, non esistendo agli atti di causa di parte ricorrente elementi che consentano di valutare il concreto pregiudizio economico subito per effetto dei provvedimenti impugnati.

10. — In conclusione, assorbito quant'altro, i ricorsi vanno accolti nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, con il conseguente annullamento:

— della delibera del consiglio regionale n. 12 del 16 gennaio 2002 e delle disposizioni contenute negli allegati «1» e «2» della delibera stessa;

— dell'ordinanza n. 714 del 6 febbraio 2002 del comune di Firenze;

— di tutti i provvedimenti di sospensione delle pratiche di autorizzazione emessi dal comune di Firenze ed impugnati nei ricorsi 1030, 1430, 1432, 1631 e 1764/2002;

— dell'ordinanza n. 31 del 26 febbraio 2002 del comune di Massa Marittima;

— della nota n. 2528 del 14 febbraio 2002 del sindaco di Massa Marittima;

— degli artt. 4, commi primo, secondo, quinto e sesto, 5, 8, 11, 12, 15, 17 e 19, comma quattordicesimo, del regolamento approvato con la delibera 31 del 6 giugno 2002 del comune di Pisa;

— del provvedimento n. 307 del 28 giugno 2002 del comune di Pisa.

Sussistono giusti motivi, data la novità degli argomenti trattati, per la compensazione integrale delle spese di giudizio.

P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I^a, riuniti i ricorsi in epigrafe indicati, definitivamente pronunciando, li accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati in motivazione indicati (*omissis*).

Così deciso in Firenze, il giorno 11 dicembre 2002 (*omissis*).

Sull'autonomia finanziaria degli Enti locali. L'unità del sistema

(Note d'udienza - Corte Costituzionale, sentenza 2 - 15 ottobre 2003, n. 311).

Premessa. La questione sollevata, pur essendo apparentemente di scarso rilievo, assume notevole importanza in quanto si è in presenza, per quel che consta, di uno dei primi casi in cui viene in considerazione la valenza dell'art. 119 quale nuovo parametro secondo il quale giudicare l'autonomia finanziaria degli Enti locali (primo comma) ed i suoi limiti (secondo comma): armonia con la Costituzione e principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario.

Ciò premesso, non pare esser dubbio che la proroga del termine per la riscossione del tributo (attinente all'applicazione del tributo della quale la riscossione è momento essenziale e conclusivo) si ponga in contrasto con i limiti di cui al secondo comma art. 119 (armonizzazione con la Costituzione e principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario) che tutti rientrano nell'ambito di quei principi fondamentali che il legislatore prevede in materia di legislazione concorrente (nell'ambito della quale rientra quella relativa alla materia tributaria riguardante gli enti locali), principi che il legislatore costituzionale riserva allo Stato a salvaguardia dell'unità del sistema e della sua conformità alla Costituzione.

Art. 120, secondo comma. Nella stessa ottica si pone quanto previsto dall'art. 120, secondo comma (norma di chiusura e garanzia dell'intero sistema dettato dal nuovo Titolo V) che fa appunto riferimento al fine dell'esercizio del potere sostitutivo del Governo (da intendersi qui come attuabile attraverso atti legislativi) alla *tutela dell'unità giuridica* (ed economica) *nell'ambito della quale rientra come genus l'uniforme applicazione dei tributi anche regionali*, in modo da garantire a livello sia centrale che locale il rispetto di quei criteri di «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» indispensabili per consentire allo Stato di adempiere ai suoi obblighi anche a livello comunitario.

Stessa valenza (artt. 119 secondo comma, 117 terzo comma). La fissazione di un termine generale e uniforme per la riscossione di una qualsiasi entrata anche regionale costituisce quindi (in conclusione) un principio di identica valenza rispetto a quelli che l'art. 117 comma terzo riserva allo stato in materia di legislazione concorrente (principi fondamentali).

Esiste un *perfetto parallelismo* tra gli articoli 119, secondo comma, e 117, terzo comma, in quanto il 119 prevede *in parte qua* principi fondamentali specifici ai fini della materia tributaria riguardante gli enti locali.

Esigenza comune alle due norme (119, secondo comma e 117, terzo comma) è quell'unità giuridica del sistema che viene a coincidere con l'interesse nazionale la cui tutela non può che essere rimessa allo Stato come sua prerogativa funzionale rispetto agli altri enti locali equiordinati su un piano formale dall'art. 114 Cost.

Prescrizione art. 117, secondo comma, lettera l). Considerazione sistematica delle norme (117, commi secondo e terzo, 119 comma secondo, 120 comma secondo). Il principio di unità giuridica da principio fondamentale a principio costituzionale fondamentale (art. 5). Nella memoria si è messo in evidenza che nel caso in esame occorre por mente anche alla potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di istituti civilistici tra i quali rientra la prescrizione anche per quel che concerne le entrate pubbliche.

Come si è detto, l'art. 117 secondo comma costituisce, ogni qualvolta ci si imbatte in una delle materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato, un criterio di interpretazione alla luce del quale valutare se occorra o meno ricondurre i casi dubbi nell'ambito della potestà statale.

E ciò vale anche per le norme costituzionali da interpretare ai fini della controversia specifica.

L'art. 117 lettera l) dimostra che ogni disciplina inerente ai termini prescrizionali si pone su un livello costituzionale più elevato e deve essere collocata nell'alveo esclusivo della legislazione nazionale.

Il 117 lettera l) costituisce una sorta di riprova della valenza di quanto dettato dagli artt. 119 comma secondo e 117 comma terzo e del contenuto del coordinamento previsto per le norme tributarie dall'art. 119 comma secondo, in modo più specifico.

Giova, infine, evidenziare che tutta la normativa di cui al Titolo V che viene in considerazione (art. 119, comma secondo; 117, comma terzo; 120 comma secondo; 117, comma secondo lettera l)) nel suo insieme deve essere esaminata e interpretata in base a quel principio di unità che *in primis* è contemplato nello stesso art. 5 Cost.

Norma che non può non riflettersi sulla effettiva portata di tutte le norme della Costituzione che in qualche modo facciano riferimento all'esigenza di unitarietà del sistema.

Il principio di cui all'art. 5 è tale da far rientrare l'unità e il coordinamento (che ne è espressione) tra i principi dei principi alla stregua dei quali devono essere individuati e valutati sia i criteri di coordinamento (119 comma secondo) e i principi fondamentali (117, comma terzo) (che appartengono allo stesso *genus*) sia l'unità giuridica (120, comma secondo) sia la causa prima della stessa individuazione delle materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato (117, comma secondo, lettera l)).

Tutti trovano la loro fonte e ragion d'essere nella unità della Repubblica di cui all'art. 5, che circoscrive la potenzialità espansiva delle autonomie locali entro il limite dell'unità della Repubblica considerata come un tutto inscindibile ogni qualvolta venga in considerazione l'interesse della Nazione.

L'unità (e il coordinamento che ne è esplicazione) quindi, per tale via, da principio fondamentale assume alla dignità di *principio costituzionale fondamentale*; sottratto, oltre che alla revisione, a qualsiasi forma di *elusione*; principio che nessuna disposizione, anche di carattere marginale, ispirata ad una più accentuata autonomia, può eliminare o anche solo *ledere*.

E si pone sullo stesso piano del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e, nella materia di cui trattasi, dello stesso principio di progressività del sistema fiscale.

Avv. Massimo Mari

Corte Costituzionale, sentenza 2 - 15 ottobre 2003 n. 311 – *Presidente R. Chieppa – Redattore P. A. Capotosti* – Presidente del Consiglio dei Ministri (ct. 35117/02, Avv. dello Stato M. Mari) c/ Regione Campania (Avvocato V. Cocozza).
(Artt. 24, comma 2, e 49, comma 1, lettera f), legge Regione Campania 26 luglio 2002, n. 16 – *recte*, n. 15 – Legge finanziaria regionale per l'anno 2002).

«*Considerato in diritto* 1. — Il giudizio in via principale promosso, con il ricorso in epigrafe, dal Presidente del Consiglio dei Ministri nei confronti della Regione Campania ha ad oggetto gli artt. 24, comma 2, e 49 comma 1, lettera f) della legge della Regione Campania 26 luglio 2002, n. 16 (*recte*, n. 15) (legge finanziaria regionale per l'anno 2002) — pubblicata nel Bollettino Ufficiale della Regione Campania del 7 agosto 2002, n. 38 — in riferimento agli artt. 3, 117, secondo comma, lettere l) ed e), (*recte*: s) e 119, secondo comma, della Costituzione.

La prima delle due norme impugnate (art. 24, comma 2), stabilendo che «il termine scadente il 31 dicembre 2002 per il recupero delle tasse automobilistiche dovute alla Regione Campania per l'anno 1999 è prorogato al 31 dicembre 2003», secondo la difesa erariale, violerebbe i parametri costituzionali sopra indicati, in quanto realizzerebbe una discriminazione dei cittadini residenti nella Regione Campania rispetto alla totalità dei contribuenti, in contrasto con i principi di coordinamento del sistema tributario. Inoltre, modificando il codice civile ed interferendo nella disciplina della prescrizione, lederebbe la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile.

La seconda delle due norme impugnate (art. 49, comma 1, lettera f) ha modificato l'art. 16, comma 1, lettera b) della legge della Regione Campania 10 aprile 1996, n. 8 (Norme per la protezione della fauna selvatica e disciplina dell'attività venatoria in Campania) nella parte in cui identifica le specie cacciabili dalla terza domenica di settembre al 31 gennaio», disponendo che «si sostituiscono le parole 'al 31 gennaio' con le parole 'al 28 febbraio' ».

Secondo il ricorrente, questa disposizione, modificando il periodo entro il quale le specie contemplate dall' art. 16, comma 1, lettera b) sono cacciabili, violerebbe l'art. 16 (*recte*, art. 18) della legge 11 febbraio 1992, n. 157, che recepisce le norme comunitarie che disciplinano la materia della caccia, ponendosi altresì in contrasto con il principio primario — desumibile da quest'ultima legge — della protezione della fauna e realizzando una lesione della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, attribuita dall'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione alla competenza esclusiva dello Stato.

2. — In via preliminare va osservato che l'indicazione della legge recante le norme impugnate come legge della Regione Campania «n. 16/2002» appare un mero errore materiale — commesso in occasione della pubblicazione nel Bollettino Ufficiale della Regione Campania, peraltro successivamente corretto — risultando inequivoco che la legge impugnata è la n. 15 del 2002, come ha precisato la stessa parte ricorrente, rendendo peraltro palese che tale errore non ha influito sulla corretta identificazione della legge e sul diritto di difesa della resistente.

3. — Entrambe le questioni sono fondate.

3. 1. — La prima questione concerne l'art. 24, comma 2, della legge impugnata, il quale dispone la proroga al 31 dicembre 2003 del termine scadente il 31 dicembre 2002 per il recupero delle tasse automobilistiche dovute alla Regione Campania per l'anno 1999.

In proposito, va ricordato che questa Corte ha dichiarato fondata con le sentenze n. 296 e 297 del 2003 una questione di legittimità costituzionale del tutto analoga relativa a norme sostanzialmente identiche della Regione Piemonte e della Regione Veneto, osservando che

il legislatore statale, pur attribuendo alle regioni ad autonomia ordinaria il gettito della tassa unitamente ad un limitato potere di variazione dell'importo originariamente stabilito, nonché l'attività amministrativa relativa alla riscossione ed al recupero della tassa stessa, non ha tuttavia fino ad ora sostanzialmente mutato gli altri elementi costitutivi della disciplina del tributo. In questo quadro normativo quindi la tassa automobilistica non può oggi definirsi come «tributo proprio della regione» ai sensi dell'art. 119, secondo comma, della Costituzione, dal momento che la tassa stessa è stata «attribuita» alle regioni, ma non «istituita» dalle regioni.

Si deve quindi ribadire che, allo stato della vigente legislazione, la disciplina delle tasse automobilistiche rientra nell'ambito della competenza esclusiva dello Stato in materia di tributi erariali. Pertanto, la norma regionale impugnata, che modifica la decorrenza dei termini fissati dalla legislazione statale per il recupero delle tasse automobilistiche, incidendo su un profilo che attiene alla certezza del rapporto tra cittadino e amministrazione finanziaria, viola la indicata competenza esclusiva dello Stato.

3. 2. — Fondata è anche la questione relativa all'art. 49, comma 1, lettera *f*) della stessa legge regionale impugnata, nella parte in cui proroga al «28 febbraio» l'originario termine del «31 gennaio» per l'esercizio della caccia di diverse specie.

In proposito questa Corte ha più volte ribadito, con riferimento sia alle regioni ad autonomia ordinaria sia alle regioni (e province) ad autonomia speciale (sentenze n. 536 del 2002 e n. 226 del 2003), che la delimitazione temporale del prelievo venatorio disposta dall'art. 18 della legge n. 157 del 1992 è da considerare come rivolta ad assicurare la sopravvivenza e la riproduzione delle specie cacciabili, corrispondendo quindi, sotto questo aspetto, all'esigenza di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema il cui soddisfacimento l'art. 117, secondo comma, lettera *s*), della Costituzione attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato, in particolare mediante la predisposizione di *standard* minimi di tutela della fauna.

In questo quadro prorogare la stagione venatoria oltre i termini previsti dalla legge statale equivale ad incidere sul nucleo minimo — comprensivo anche delle modalità di caccia — di salvaguardia della fauna selvatica, violando così uno *standard* di tutela uniforme valido per l'intero territorio nazionale e pertanto riservato alla competenza esclusiva dello Stato.

P.Q.M. La Corte Costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, comma 2, della legge della Regione Campania 26 luglio 2002, n. 15 (legge finanziaria regionale per l'anno 2002);

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 49, comma 1, lettera *f*), della medesima legge della Regione Campania 26 luglio 2002, n. 15.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, il 2 ottobre 2003».

Il termine ragionevole del processo: la memoria dell'Avvocatura dello Stato alle Sezioni Unite (*)

(Ecc.ma Corte Suprema di Cassazione – Sezioni Unite Civili – Udiienza 27 novembre 2003 – Memoria per il Ministero della Giustizia, rappresentato e difeso come in atti – controricorrente – contro B.O., con l'avv. Giovanni Romano – ricorrente in ric. n. 22603/01 + 27271/01, contro L.A., con l'avv. Giovanni Romano – ricorrente in ric. n. 14869/02 e in ric. 14870/02).

SOMMARIO: 1. — *La sentenza CEDU 19 maggio 2003 in affare Scordino;* 2. — *La genesi della legge 24 marzo 2001, n. 89;* 3. — *L'art. 111 Cost.;* 4. — *La diretta azionabilità in Italia del diritto convenzionale alla ragionevole durata del processo;* 5. — *Le norme convenzionali self executing;* 6. — *La necessità della legge interna;* 7. — *La durata del processo e l'art. 24 Cost.;* 8. — *L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 2 della legge n. 89/01;* 9. — *Il monito della CEDU;* 10. — *Non è possibile una diversa interpretazione dell'art. 2 della legge n. 89/01; la giurisprudenza CEDU negli anni Ottanta e Novanta;* 11. — *Danno evento e danno conseguenza: la scelta del danno conseguenza fu voluta dalla legge n. 89/01;* 12. — *La giurisprudenza CEDU degli ultimi anni: l'ipostatizzazione del diritto alla durata ragionevole del processo;* 13. — *La nozione di diritto fondamentale nella giurisprudenza CEDU;* 14. — *La nozione di diritto fondamentale nel nostro ordinamento;* 15. — *Diritti fondamentali «oppositivi» e «pretensivi»;* 16. — *Anche nel nostro ordinamento il diritto alla ragionevole durata del processo è fondamentale;* 17. — *La lesione del diritto in esame e il danno risarcibile; la rilevanza della «posta in gioco» dimostra che il danno non può essere in re ipsa; la giurisprudenza CEDU sulla «posta in gioco»;* 18. — *Schema conclusivo.*

«1. — *La sentenza CEDU 19 maggio 2003 in affare Scordino.* Dopo che la giurisprudenza della I^a Sezione Civile di codesta Ecc.ma Corte, senza incertezze, si era consolidata nel senso che l'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89, non assegna un'automatica riparazione a chi sia stato parte di un processo di non ragionevole durata, ma accorda, testualmente, il dovuto indennizzo a chi abbia “subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto” del mancato rispetto del termine ragionevole, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha lamentato, nella sentenza 19 maggio 2003, in affare Scordino, che tale lettura della norma non è coerente con gli impegni assunti dall'Italia nel sottoscrivere la “Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”, firmata il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848. Osserva la CEDU che, con quella Convenzione, le Alte Parti “riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà indicate nel Titolo I”, tra le quali vi è “il

(*) Vedi questa *Rassegna*, n. 1/2003, 200.

diritto” di “ogni persona” “che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente e *in un tempo ragionevole*, da parte di un tribunale indipendente ed imparziale...” (art. 6). Questo “diritto alla ragionevole durata del processo”, osserva la CEDU, è “fondamentale”; la legge n. 89/01 (c.d. legge Pinto), come interpretata dalla Corte di Cassazione, non sarebbe coerente con la Convenzione; nel concreto, la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo, in quanto diritto fondamentale, deve dar luogo *di per sé* ad una equa riparazione (cd. danno evento o danno *in re ipsa*) a prescindere dalle ricadute sul patrimonio morale o economico del soggetto leso, le quali possono esservi o non esservi e, se provate, vanno indennizzate a parte.

È stato subito osservato da autorevole fonte che “la decisione... impone una serena riflessione..., tesa, da un lato, ad accertare le cause della grave situazione di incomunicabilità che si è venuta a determinare tra i giudici italiani e quelli di Strasburgo in tema di valutazione del danno risarcibile per la non giustificata lunghezza dei procedimenti interni e, dall’altro, ad individuare le misure da adottare per instaurare un dialogo costruttivo, salvaguardando l’immagine della Corte suprema di Cassazione e, più in generale, della giurisdizione italiana. Alla luce della decisione della Corte e tenuto conto delle gravi conseguenze che essa comporta non sembra, invero, più discutibile che l’obbligo di risultato, che lo Stato italiano con la notifica della Convenzione si è impegnato a soddisfare, debba, senza ulteriore ritardo o sterili polemiche, essere adempiuto dai giudici nazionali *conformando la loro giurisprudenza a quella della Corte europea e agli standars che dalla stessa sono stati fissati in materia*, e che, sia pure nel riconoscimento di un margine di apprezzamento nazionale, devono essere rispettati da tutti i Paesi aderenti alla Convenzione” (così l’Avvocato Generale della Repubblica Vitaliano Esposito nel documento a sua firma inviato dalla “Procura Generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione – Ufficio Relazioni internazionali. Il Dirigente” in data 4 ottobre 2003 a vari destinatari, tra cui, forse impropriamente, la Corte Suprema di Cassazione e il C.S.M.).

La questione della natura e del significato del diritto alla ragionevole durata del processo e, più in generale, dei rapporti tra la Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e l’ordinamento interno viene, così, all’esame di codeste Ecc.me Sezioni Unite come questione di particolare importanza; e l’auspicio di chi indica la necessità di evitare situazioni di incomunicabilità con la CEDU non può non essere condiviso. Andrebbe invece con ogni fermezza respinto qualsiasi auspicio di chi chiedesse una conformazione della giurisprudenza italiana a quella europea per ciò solo che la CEDU lo abbia voluto: il principio supremo del nostro ordinamento, di cui all’art. 101 Cost., impedirebbe comunque di percorrere tale strada che, ovviamente, non può neppure essere indicata o prospettata ai nostri giudici.

Il problema è, dunque, soltanto di diritto positivo: si tratta di stabilire se l’interpretazione della legge finora seguita dalla Corte di Cassazione vada confermata o meno; se tale interpretazione va confermata perché corretta, allora l’eventuale contrasto con le esigenze della Convenzione non potrà che essere eliminato dal legislatore (sempreché il contrasto esista realmente: altri-

menti gli eminenti giuristi italiani, che a vario titolo partecipano alla formazione della giurisprudenza CEDU, dovranno assumersi l'onere di fornire ai colleghi degli altri Paesi le spiegazioni del caso).

I cennati temi sostanziali di fondo, cui è dedicata la presente memoria, postulano necessariamente una premessa, rivolta ad individuare le “coordinate” di lettura e di interpretazione della legge in esame, la quale per genesi, *ratio* e testuali richiami sembra introdurre nozioni non del tutto riconducibili a quelle tradizionali di stretto diritto civile.

2. — *La genesi della legge 24 marzo 2001, n. 89.* Come tutti sanno, la legge 24 marzo 2001, n. 89, trova le sue premesse storiche e le sue radici logiche nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, e ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848. Tra i molti diritti o libertà che la Convenzione tutela è quello di cui all'art. 6, prg.1, secondo cui “ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed *entro un termine ragionevole...*”. In caso di violazione di quel diritto, viene accordata, dalla Corte Europea, “se del caso un'equa soddisfazione alla parte lesa” (art. 41 Convenzione).

Non furono molti i ricorsi presentati alla CEDU fino agli anni Novanta, né tutti ebbero il riconoscimento di equa soddisfazione monetaria; fino a quell'epoca, infatti, era relativamente frequente che l'equa soddisfazione consistesse in una condanna morale dello Stato di appartenenza, che veniva dichiarato inadempiente con qualche forma di pubblicità.

Il numero delle domande di riparazione contro l'Italia per l'irragionevole durata del processo aumentò a dismisura agli inizi degli anni Novanta; le ragioni dell'esponentiale incremento appartengono ancora alla cronaca, e poco importano nella odierna sede; fatto sta che la Corte Europea manifestò la propria preoccupazione (anche per il paradosso nel quale rischiava di restare coinvolta: ritardo irragionevole nelle cause di equa soddisfazione per il ritardo irragionevole); ed in vario modo, anche attraverso la Commissione, furono fatte pressioni sull'Italia per il superamento del problema della durata dei processi. Il nostro legislatore, aderendo alla giusta indicazione della Commissione, operò in due direzioni: avviò subito una lunga teoria di misure acceleratorie interne (che poi divennero, ad esempio, legge 21 novembre 1991, n. 374, dl. 18 ottobre 1995, n. 432, conv. in legge 20 dicembre 1995, n. 534, d.lgvo 19 febbraio 1998, n. 51, legge n. 205/2000) e contemporaneamente mise allo studio un “rimedio interno” che nei meccanismi della Convenzione avrebbe permesso di alleggerire il giudice europeo (cfr. art. 35 Conv.) e al contempo di dare soddisfazione reale e rapida alla parte danneggiata.

Il Ministro di Grazia e Giustizia costituì, con d.m. 27 agosto 1993, un'apposita Commissione, con il compito di procedere allo studio ed alla elaborazione di soluzioni concrete “che consentano agli interessati di far valere nell'ordinamento interno l'eventuale violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”.

I rimedi che la Commissione di studio era chiamata a proporre, “anche attraverso la predisposizione di uno o più schemi di provvedimenti normativi” (art. 1 d.m. *cit.*), erano, in particolare, destinati a completare l’opera legislativa di rimozione delle cause delle lungaggini processuali, già avviata attraverso l’adozione di misure incidenti sull’organizzazione giudiziaria (legge 1° febbraio 1989, n. 30, istitutiva della pretura circondariale e delle sezioni distaccate di pretura), sull’ordinamento giudiziario (legge 21 novembre 1991, n. 374, istitutiva del giudice di pace), sul processo civile stesso (legge 21 novembre 1990, n. 353) nonché sul processo penale (attraverso i noti istituti del “patteggiamento”, del rito abbreviato, *etc.*).

I risultati dei lavori della Commissione di studio, la quale propose, da un lato, misure acceleratorie dei vari processi e, dall’altro, l’introduzione di un meccanismo “riparatorio” in favore di chi si fosse visto disconoscere il “diritto al giudizio... in tempo ragionevole”, vennero recepiti in apposito disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 29 dicembre 1993: tale disegno di legge che, secondo la valutazione del Presidente della Commissione Europea dei diritti dell’uomo, “contiene una disciplina precisa ed esauriente in quanto investe i due aspetti, preventivo e riparatorio, dei problemi derivanti da un’eccessiva durata delle procedure di fronte ai tribunali italiani” (lettera 7 luglio 1994 al Ministro di Grazia e Giustizia) non ebbe seguito per l’anticipata fine della legislatura; venne successivamente riproposto, fino a diventare la legge n. 89/01.

La soluzione che la Commissione Europea trovò soddisfacente è molto diversa da quella di altre Nazioni, come la Spagna e la Svezia, che costruiscono il diritto al processo di durata ragionevole come diritto costituzionale (rispettivamente, in art. 24, 2° comma, della costituzione del 27 dicembre 1978, e in art. 9, 14 comma, della costituzione del 27 febbraio 1974) o, per converso, come diritto limitato al caso di privazione delle libertà personali (art. 15, 3° comma, delle costituzioni dei Paesi Bassi). Ed il giudizio favorevole è stato confermato dalla sentenza della medesima Corte Europea 6 settembre 2001 (caso Brusca c/ Italia): è stato infatti dichiarato irricevibile il ricorso dell’interessato il quale aveva rifiutato di esperire la via del ricorso *ex lege* n. 89/01, perché da lui ritenuto non soddisfacente; la Corte Europea ha osservato che quel rifiuto era pretestuoso, perché il rimedio interno italiano è “efficace e reale”.

3. — *L’art. 111 Cost.* Il legislatore volle opportunamente, e con saggia lungimiranza, che il rimedio interno fosse preceduto da una solenne affermazione di principio, che oggi leggiamo nell’art. 111 Cost., novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, secondo cui, per quanto ora interessa “ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. *La legge ne assicura la ragionevole durata*”.

E dunque la legge 24 marzo 2001, n. 89, (c.d. legge Pinto) trova, per così dire, “radici domestiche”: non sfuggì alla sensibilità del nostro legislatore – che già nel 1950 con la firma della Convenzione aveva voluto dare il massimo riconoscimento agli altissimi valori di libertà e di civiltà che in quel documento sono contenuti – l’esigenza che l’introduzione di un rimedio riparato-

rio del singolo caso di durata irragionevole fosse preceduta da un'affermazione di principio che rendesse per così dire "nostro" e "voluto" il rimedio, che in tal modo si radicava nel quadro ordinamentale italiano. Ed infatti, nella relazione al disegno di legge comunicato alla Presidenza del Senato il 16 febbraio 1999, n. 3813, si dichiara che triplice è l'obiettivo perseguito: a) dare concreta attuazione all'impegno assunto con la Convenzione; b) approntare una riparazione in caso di mancato rispetto dei tempi ragionevoli del processo; c) apprestare "un'efficace tutela dell'ordinamento giuridico italiano... (giacché) spetta in primo luogo ai singoli Stati garantire i diritti e la libertà da essi sottoscritti con la Convenzione", con il chiarimento che "il meccanismo di *controllo europeo* riveste al riguardo solo carattere *sussidiario*". Ed è interessante notare che il relatore, dopo aver dato conto delle soluzioni adottate dagli altri Paesi firmatari della Convenzione, sottolineava che la soluzione proposta era stata elaborata "in linea con la *nostra tradizione giuridica*". Forse appartiene alla cronaca o alla sociologia giuridica rilevare quello che emerse, sul punto, nel dibattito parlamentare; certamente è un fatto di grande interesse che tutti gli interventori critici ed in specie quelli dell'opposizione ebbero da muovere riserve proprio sulle parti del provvedimento che sembravano loro non in linea con la tradizione giuridica della nostra Nazione (si vedano, in particolare, gli interventi critici di Caruso e Buccino al Senato e di Marotta alla Camera, A.C. 7327, pag. 10 e segg.).

È dunque l'art. 111 Cost. novellato che costituisce il punto di riferimento principale della legge oggi all'esame. Ed è abbastanza facile osservare che delle due affermazioni di principio che rappresentano *l'incipit* della riforma ("la giurisdizione si attua mediante il giusto processo" e "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale") nessuna è "sostanziale" o "nuova": un "processo non giusto" e "un giudice non terzo o non imparziale" cessano di essere "processo" e "giudice" e diventano tragici ossimori; ed a vietare qualunque tentazione di atroci connubi già bastavano altre norme della nostra Costituzione (gli artt. 24 e 101, ad esempio).

La novità della Novella sta, invece, proprio nel riferire l'elemento della ragionevole durata all'in sé del processo: come dire che una giustizia amministrata senza prontezza è un po' meno "giusta"; un processo per essere giusto non soltanto deve svolgersi ad armi pari, davanti al giudice terzo ed imparziale, ma deve anche essere di ragionevole durata.

"La legge assicura" la pronta risposta alla domanda di giustizia in ragione della tutela giurisdizionale dei diritti, già garantita dall'art. 24: l'art. 111 costituisce, così, il momento organizzatorio e dinamico della giurisdizione, nel cui quadro l'aspettativa dell'uomo ad una risposta in tempi ragionevoli non è situazione fine a se stessa, ma all'evidenza è momento strumentale per la fruizione serena e pacifica dei diritti sostanziali che il processo coinvolge.

Il problema che si pose al legislatore fu, insieme, di tecnica normativa e di valenza politica; occorre infatti stabilire in che modo ed eventualmente con quali adattamenti la giuridica possibilità finora concessa al cittadino di dolersi davanti alla Commissione europea per il comportamento dello Stato

di appartenenza al fine di ottenere “*s’il y a lieu... une satisfaction équitable*” (art. 50 della Convenzione originaria), dovesse farsi vero e proprio diritto, direttamente azionabile davanti al giudice nazionale; fino a quel momento, la posizione del cittadino italiano in ordine alla tutela dei diritti riconosciuti dalla Convenzione era stata, sostanzialmente, quella del terzo a favore del quale è stipulato un contratto: è lo Stato che risponde dell’inadempimento nei confronti delle altre parti contraenti, sul piano del diritto internazionale; ma quegli obblighi il singolo soggetto può far valere in proprio favore al fine di ottenere, oltre alla condanna dello Stato sul piano internazionale, anche, “se del caso”, un’equa riparazione.

Il problema della rilevanza dell’inadempimento statale alla Convenzione, dal punto di vista del soggetto che da tale inadempimento riportava un “danno”, si poneva, in concreto, forse *soltanto* per il “*délai raisonable*”: tutti gli altri diritti o libertà che la Convenzione salvaguarda erano ben noti al nostro sistema ordinamentale per consolidata tradizione; e tutti quei diritti o libertà avevano già ricevuto la diretta protezione o della Costituzione repubblicana o delle leggi ordinarie. Mancava, nel novero dei diritti pienamente tutelati dalla legge, il diritto al “termine ragionevole” di durata del processo; e dopo la Novella costituzionale non poteva più rinviarsene la disciplina sul piano della effettività e, in particolare, su quello delle conseguenze in caso di violazione.

Scelta la strada della rivendicazione dell’autonomia e dell’autosufficienza del nostro ordinamento che non ha bisogno di eteronormazione, sia pure essa europea, per garantire ai suoi cittadini un processo degno e per intervenire con strumenti di riparazione in caso di dannosa violazione di quella garanzia, è stato inevitabile costruire il sistema dell’equa riparazione attraverso l’adattamento di istituti già noti; e l’innesto tra il “nuovo” (la nozione costituzionale della ragionevole durata quale elemento coesistente al processo, ovvero aspetto irrinunciabile dell’organizzazione della funzione giurisdizionale) ed il “consueto” (le norme codicistiche, sostanziali e processuali) è avvenuto, per la disciplina sostanziale, attraverso i canali dell’art. 2056 cod. civ., che a sua volta richiama gli artt. 1223, 1226 e 1227, nonché della struttura della fattispecie in termini di fatto, causalità, evento (giusta gli schemi dell’obbligazione *ex lege*), e, per la disciplina procedimentale, attraverso l’utilizzo del procedimento camerale di per sé assai rapido. Vi è, certamente, un ampio riferimento alla Convenzione: è esplicito, in tal senso, l’art. 2, comma 1°, della legge, dove si chiarisce che il termine ragionevole di cui si parla è quello di cui all’art. 6, § 1, della Convenzione; e c’è la norma di raccordo per quella sorta di passaggio della domanda, dalla CEDU alla Corte d’appello italiana, di cui parla l’art. 6. Ma quello che sicuramente non c’è nella legge in esame – né poteva esserci, date le premesse cui si è fatto cenno ed il voluto innesto del “nuovo” nel solido “antico” dello Stato di diritto – è il trascinamento o recepimento in blocco, nel nostro ordinamento, della giurisprudenza europea, delle scelte della CEDU, delle sue regole di sostanza e di forma.

Si è, invece, e ben diversamente, operato con il sistema del rinvio materiale, quando si è voluto recepire qualche elemento della giurisprudenza della

CEDU; lo si è fatto, ad esempio, nel comma 2° dell'art. 2, quando si indicano gli aspetti che il giudice deve considerare nell'accertare la violazione (complessità del caso, comportamento delle parti e del giudice *etc.*), o nell'art. 4, che ricalca analoga norma della Convenzione: ma in tal modo la regola legale di sostanza e di forma è tutta e solo italiana, e va applicata secondo gli schemi logici e gli strumenti interpretativi che il nostro ordinamento conosce.

4. — *La diretta azionabilità in Italia del diritto convenzionale alla ragionevole durata del processo.* La “legge Pinto” vuole dare compimento e concretezza al riconoscimento del diritto alla ragionevole durata del processo. La solenne affermazione di principio, che si legge nell'art. 1 della Convenzione (“le altre parti... riconoscono i diritti e le libertà indicate nel Titolo 1 ...” si noti: “riconoscono”, e non “si impegnano a riconoscere”) non era stata sufficiente per accordare direttamente nel diritto interno il ristoro per la violazione del diritto al termine ragionevole; era, peraltro, assolutamente pacifica tale osservazione nella giurisprudenza CEDU, dove la doglianza relativa alla violazione del termine ragionevole era considerata direttamente ammissibile per l'indubbia inesistenza del rimedio interno: per la prima volta, come si è già ricordato, la CEDU affermò l'esistenza di un rimedio interno efficace ed effettivo, da sperimentare previamente come condizione dell'azionabilità a Strasburgo della pretesa riparatoria, nella decisione 6 settembre 2001, Brusca, che, appunto, indica quel rimedio nel ricorso finalmente introdotto in Italia dalla legge n. 89/2001. Dal canto suo, la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla diretta azionabilità in Italia del diritto alla ragionevole durata del processo, più volte ebbe occasione in perfetta concordanza, anche sul piano degli effetti, con la giurisprudenza CEDU – di sottolineare che “la Convenzione ...nella parte in cui fissa l'esigenza di celerità del processo, introduce un mero principio di comportamento per il legislatore nazionale, senza prefissione di termini o sanzioni ...” (Cass. S.U. 25 gennaio 1985, n. 365); in particolare, “giusta consolidato indirizzo (cui) ritiene questa Corte di prestare adesione ... le pretese violazioni della Convenzione Europea ed in particolare ... dell'art. 6 (sul diritto di ogni persona ad un processo equo) in ragione dell'obiettiva genericità o aspecificità di dette norme di riferimento, debbono necessariamente far capo alla normativa interna vigente al momento delle violazioni medesime, onde l'eventuale, mancata conformità di tale normativa ai principi della Convenzione non può comportare una responsabilità immediata per lo Stato alla stregua del diritto interno *ex art. 2043 c.c.*, sebbene solo la deferibilità dello Stato stesso agli organismi di controllo politico e giurisdizionale contemplati dalla Convenzione ed all'unico fine della responsabilità internazionale pattiziamente assunta e con le conseguenze stabilite dalla Convenzione stessa, come, ad esempio, l'equa soddisfazione della parte lesa prevista dall'art. 50” (Cass. 14 giugno 2002, n. 8503, che richiama, quali precedenti in termini, Cass. 12 gennaio 1999, n. 254 e Cass. 1 ottobre 1986, n. 5827).

5. — *Le norme convenzionali self executing.* La giurisprudenza di codesta Corte Ecc.ma, con la citata sentenza n. 8503/2002, ribadì il remoto e costante insegnamento circa la differenza che intercorre tra le norme pattizie

self executing, e quelle che, per la loro genericità, hanno bisogno di essere calate nella realtà dell'ordinamento interno attraverso apposito provvedimento di disciplina concreta (si veda anche la sentenza delle Sezioni Unite Penali 8 maggio 1989, n. 15, che confermò la distinzione tra i due tipi di precetti convenzionali; in termini, Cass. Pen. 20 maggio 1991, n. 2823; *id* 29 maggio 1992, n. 2; *id* 28 maggio 1996, n. 2549; si veda anche Cass. S.U. 1° ottobre 1986, n. 5827, per la "pubblicità" dell'udienza quale mero principio di comportamento per il legislatore nazionale, senza immediate conseguenze per il relativo diritto riconosciuto nel medesimo art. 6 della Convenzione; e Cass. 12 gennaio 1999, n. 254, per un caso di arresto che si lamentava colpevolmente errato: il diritto all'indennizzo, espressamente previsto dall'art. 5, c.5, della Convenzione, in favore della "vittima di un arresto o di una detenzione eseguiti in violazione delle disposizioni di questo articolo", non fu sufficiente per accordare, in Italia, il richiesto indennizzo, perché mancava il "modello di atto interno completo nei suoi elementi essenziali").

Non diversamente si pronunciò la Corte Costituzionale che, mantenendo fermo il tradizionale dualismo tra diritto internazionale e diritto interno (dualismo, peraltro, espressamente indicato dalla Costituzione negli articoli 72, u.c., 75, 2° c., 80, e chiaramente presupposto nella logica degli artt. 10 e 11) ebbe modo in più occasioni di affermare che la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è una legge ordinaria, mai parametro di eccezioni di incostituzionalità, pur se dotata di una specifica forza di resistenza nel momento dell'abrogazione ad opera di legge ordinaria; la Convenzione però non ottiene la protezione di cui all'art. 10 Cost. perché questo si riferisce alle sole norme consuetudinarie (*ex multis*, Corte Cost. 18 luglio 1997, n. 288, *id*. 15 giugno 1979, n. 54B; *id*. 14 gennaio 1982, n. 15; *id*. 18 dicembre 1981, n. 496, proprio con riguardo all'art. 6 della Convenzione che "fuoriesce dall'ambito di operatività dell'art. 10 della Costituzione che può avere ad oggetto soltanto norme di carattere consuetudinario"; si tratta di affermazioni consolidate). Piuttosto, è utile notare, per quanto ora interessa, che la Corte Costituzionale ha sempre dato per pacifico che i diritti riconosciuti nella Convenzione non sono di per sé entrati nel nostro ordinamento per effetto della ratifica legislativa: così, a proposito della riparazione dell'ingiusta detenzione, la Corte Costituzionale non ritenne bastevole l'art. 5 della Convenzione (cfr. sentenza 24 marzo 1999, n. 109); a proposito del diritto al matrimonio, non fu sufficiente il riconoscimento di cui all'art. 12 della Convenzione per superare le limitative disposizioni ordinarie di cui alla legge 29 gennaio 1942, n. 64 (cfr. sentenza 25 settembre 2002, n. 445); né il diritto alla vita, in una con il divieto di estradizione del condannato a morte, ha determinato "l'abrogazione di norme di convenzioni bilaterali che, anche per i reati puniti con la pena di morte, consentono l'extradizione (cfr. sentenza 15 giugno 1979, n. 54); né l'art. 5 ha potuto impedire le leggi di prolungamento della carcerazione preventiva (cfr. sentenza 14 gennaio 1982, n. 15). A maggior ragione non sarebbe stata sufficiente la legge ordinaria di ratifica per ampliare il catalogo dei diritti costituzionali, come ad esempio quelli di cui all'art. 2 Cost..

6. — *La necessità della legge interna.* Alla vigilia della Novella costituzionale che ha introdotto nell'art. 111 il riferimento al “giusto processo” e alla “durata ragionevole” che “la legge assicura” era certamente estranea all'ordinamento positivo la qualificazione dell'aspettativa ad un processo dai tempi ragionevoli in termini di diritto soggettivo direttamente azionabile al di fuori delle ipotesi del fatto illecito.

Quel diritto, formalmente introdotto nel nostro ordinamento attraverso la ratifica della Convenzione come affermazione di principio, già riceveva piena tutela risarcitoria indiretta solo quando la lesione veniva da fatto illecito: la denegata giustizia e l'omissione di atti d'ufficio, ad esempio, erano certamente dei comportamenti sanzionati pur quando si risolvevano in una irragionevole durata del processo, e la tutela accordata era, in tali casi, quella risarcitoria, con il ristoro pieno di tutti i danni, anche imprevisi al momento del fatto. Si trattava ora, dopo la Novella costituzionale, non certo di ridurre la tutela a fronte del fatto illecito, ma di estendere la reazione dell'ordinamento e dunque attribuire un ristoro anche nelle ipotesi in cui l'irragionevole durata del processo non fosse dipesa da doloso o colpevole comportamento soggettivo. Questo tipo di ulteriore e più estesa tutela aveva bisogno di una legge che la introducesse: non bastava la ratifica della Convenzione, perché nella Convenzione non c'è il benché minimo cenno alle conseguenze dirette della violazione di quel diritto sul piano dell'ordinamento interno.

7. — *La durata del processo e l'art. 24 Cost.* Certo, a ben leggere, “dentro” l'art. 24 Cost. poteva anche scorgersi, in filigrana, un qualche implicito riferimento al tempo ragionevole; ma chi aveva tentato questa strada si era subito accorto di due cose: della pratica inutilità dell'indagine, che avrebbe al massimo comportato l'affermazione di un “dovere” dello Stato alla corretta amministrazione della giustizia, a fronte del quale il singolo non avrebbe vantato se non uno di quegli interessi che vengono detti di mero fatto e che non sono giustiziabili; della recessività dello stesso interesse e del generico dovere a fronte di situazioni soggettive direttamente tutelate dalla legge.

Il tentativo, molto interessante, compiuto dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (si veda, ad esempio, la sentenza n. 388/1999, sopra ricordata) di ricondurre il nucleo essenziale della tutela costituzionale del diritto al giudizio alla effettività del processo che “implica una ragionevole durata” rimase affermazione di principio perché la stessa Corte non poté negare che quel diritto al processo effettivo “trova la concreta applicazione nella disciplina (della) molteplicità di istituti destinati a rendere effettiva quella garanzia” (Corte Cost., *ivi*); era infatti consolidato l'insegnamento nel senso che né l'art. 24 Cost. né l'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali impongono “l'adozione di un modello processuale unico e infungibile: per far sì che il loro sistema giudiziario sia in armonia con il principio del giusto processo gli Stati contraenti, come la Corte Europea non nega, godono della più ampia libertà nella scelta dei mezzi idonei” (Corte Cost., sent. 399/1998: si noti la pacifica affermazione circa la non diretta ed immediata applicazione, in Italia, della

Convenzione, in perfetta sintonia con l'opinione della CEDU). E pur quando, al fondo dell'art. 24 Cost., si intravede l'interesse, di per sé non giustiziabile, alla ragionevole durata del processo, si sottolineò che il diritto inviolabile di difesa andava necessariamente coordinato con altri fondamentali valori, quali "l'interesse alla realizzazione della giustizia" (sent. n. 114/68), o "l'ordinata amministrazione della giustizia" (sent. n. 111/1970) o "l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, (sent. n. 112/1976 e 136/1972) tutti, a ben vedere, non necessariamente compatibili con l'aspettativa alla celerità delle decisioni (cfr. Corte Cost. n. 345/1987 sul contemperamento dei vari interessi).

Alla vigilia, dunque, della Novella costituzionale il "diritto" di "ogni persona" a che "la sua causa sia esaminata ... in un tempo ragionevole" di cui all'art. 6 della Convenzione non era un diritto azionabile in Italia: non lo era *ex lege* n. 848/55, che, come si è visto, ha introdotto nell'ordinamento con effetto immediato ed operativo le sole disposizioni convenzionali sufficientemente determinate (quelle *self executing*, cioè); non lo era nel preesistente sistema codicistico, all'evidenza del tutto silente sul punto; né lo era per effetto di norma costituzionale, perché nessun precetto prevedeva o riconosceva quel diritto, il quale non atteneva direttamente alla persona o ad uno dei diritti o libertà della persona che la Costituzione riconosce e tutela e che danno sostanza al catalogo dell'art. 2; come si è prima ricordato, dall'art. 24 Cost. era, al più, possibile ricavare una disposizione programmatica (e forse analoga disposizione poteva trarsi anche dall'art. 97) che impegnava il Parlamento all'adozione di misure organizzative idonee a permettere una più celere risposta alla domanda di giustizia: ma è stato proprio l'art. 111 novellato a dimostrare di per sé che l'aspettativa alla ragionevole durata del processo non stava già nell'art. 24, se non "*in nuce*" o in potenza; l'art. 111 trae, dall'art. 24, il "principio" e lo trasporta nell'in se della funzione, affidando alla legge ordinaria il compito di trasformarlo in diritto soggettivo azionabile.

8. — *L'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 2 della legge n. 89/01.* Intervenuta la legge n. 89/2001, la Corte di Cassazione ha subito fissato i seguenti principi interpretativi (rimasti ben saldi, senza il minimo ripensamento, ad oggi):

a) l'obbligazione avente ad oggetto l'equa riparazione per la non ragionevole durata del processo non si configura come obbligazione *ex delicto*, ma come obbligazione *ex lege* riconducibile, in base all'art. 1173 cod. civ., ad ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico (Cass. 26 luglio 2002, n. 11046, e successive);

b) il giudice italiano, chiamato ad attribuire l'equa riparazione ex art. 2 della legge n. 89/2001, non è vincolato alle pronunce della Corte Europea, diversamente da quanto stabilito dall'art. 189 del Trattato istitutivo della CEE per le sentenze della Corte di Giustizia (Cass. 2 agosto 2002, n. 11592, e successive) pur dovendosi riconoscere alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo valore di precedente ai fini dell'interpretazione dell'art. 2 della legge n. 89/01 (Cass. 8 agosto 2002, n. 11987, e successive).

c) il danno derivato dalla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo non è *in re ipsa*, pur trattandosi di obbligazione *ex lege* perché l'inviolabilità di quel diritto non è garantita da norme costituzionali immediatamente precettive quale diritto fondamentale della persona (Cass. 8 agosto 2002, n. 11987, e successive); il danno, patrimoniale e non, va dunque dimostrato da chi lo allega, essendo, naturalmente, possibile anche nella fattispecie in esame procedere per presunzioni e utilizzare il notorio (Cass. 12 novembre 2002, n. 15852: anche tale affermazione è del tutto pacifica).

La sintesi delle soluzioni fornite dalla Corte di Cassazione sui temi che oggi interessano è contenuta nelle più recenti sentenze; vale la pena di ricordarne una per tutte:

“Giova premettere che, alla stregua dei principi interpretativi elaborati in materia da questa Corte, il diritto previsto dall'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89, per il caso di violazione del termine di durata ragionevole del processo non ha natura risarcitoria, ma indennitaria. L'obbligazione relativa si riconnette infatti ad una forma di responsabilità da attività lecita, quale è indubbiamente l'attività di amministrazione della giustizia, che non diventa illecita per il solo fatto dell'eccessiva durata dei processi. Si tratta, dunque, di un'obbligazione non “*ex delicto*”, ma “*ex lege*” riconducibile – nel quadro delle fonti di cui all'art. 1173 cod. civ. – agli altri atti o fatti idonei a produrla secondo le previsioni dell'ordinamento giuridico (cfr., tra le altre, Cass. 22 gennaio 2003; n. 920; Cass. 8 agosto 2002, n. 11987).

La natura indennitaria dell'equa riparazione non comporta tuttavia l'automatica attribuzione in favore del soggetto che lamenta la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo. La nozione di danno – evento, risarcibile di per sé, può essere riferita, infatti, solo ai diritti fondamentali, l'inviolabilità dei quali sia garantita da norme costituzionali immediatamente precettive e la cui violazione non può restare senza la sanzione minima risarcitoria; essa, invece, non è suscettibile di estensione al diritto all'equa riparazione per irragionevole durata del processo, diritto assicurato dalla legge ordinaria e non dalla Costituzione, il cui art. 111 – ove è previsto un canone oggettivo di disciplina della funzione legislativa e non direttamente una garanzia del singolo strutturata in termini di diritto soggettivo – affida appunto alla legge il compito di dare attuazione al principio della ragionevole durata (così, tra le altre, Cass. 13 settembre 2002, n. 13422; Cass. 8 agosto 2002, n. 11987, cit.; Cass. 2 agosto 2002, n. 11600).

Poiché alla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo la legge non ricollega l'applicazione di una pena privata o di una sanzione nei confronti dell'amministrazione, ma un'equa riparazione in favore del soggetto che, per effetto della eccessiva durata del giudizio, abbia subito un danno, patrimoniale o non patrimoniale, tale danno deve essere dimostrato dalla parte legittimata a chiederne il ristoro (Cass. 22 gennaio 2003, n. 920, cit.; Cass. 28 novembre 2002, n. 16879). Ciò vale anche con riferimento al danno non patrimoniale che si affermi di aver subito a causa della durata non ragionevole del processo, danno che se può indubbiamente sostanzarsi anche in uno stato d'ansia e di turbamento deve essere nondimeno provato

nella sua esistenza ed ammontare dal richiedente (Cass. 19 dicembre 2002, n. 18130), anche se la prova del danno non patrimoniale o morale può essere in concreto agevolata dal ricorso a presunzioni e a ragionamenti inferenziali, che trovano fondamento nella conoscenza, in base ad elementari e comuni nozioni di psicologia, degli effetti che la pendenza di un processo civile, penale o amministrativo provoca nell'uomo medio (Cass. 8 agosto 2002, n. 11987, cit.)" (Cass. 29 agosto 2003, n. 12695).

9. — *Il monito della CEDU.* In tale contesto di pacifico e fermo insegnamento giurisprudenziale si inserisce la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 27 marzo-20 maggio 2003, Sez. I, in affare Scordino. Con tale sentenza la Corte ha ritenuto direttamente ammissibile il ricorso degli interessati, che si dolevano dell'irragionevole durata del processo di cui erano stati parte, senza il previo esperimento del ricorso interno *ex art. 35* della Convenzione, perché la giurisprudenza delle Corti italiane ed in particolare della Corte di Cassazione in tema di equa riparazione per la violazione del diritto ad un processo in tempi ragionevoli non sarebbe coerente con i principi della Convenzione, nella parte in cui nega la natura di diritto fondamentale dell'uomo al diritto in questione, l'applicazione diretta della Convenzione e della giurisprudenza di Strasburgo in materia di equa soddisfazione, accorda riparazioni pecuniarie insufficienti.

Appartiene alla cronaca l'osservazione che è stato proprio lo "*strepitus*" suscitato da tale arresto a provocare la remissione alle Sezioni Unite Civili della Cassazione degli odierni ricorsi del tutto simili ai molti pacificamente ed uniformemente decisi in applicazione della legge n. 89/01. Ed appartiene alla cronaca ricordare che era stata la Rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa a "lanciare l'allarme", già con telexpresso 14 marzo 2003 inviato, oltre che ai Ministeri degli Affari Esteri e della Giustizia, anche alla Corte Suprema di Cassazione; l'allarme era stato immediatamente raccolto dalla Procura Generale, che, con nota del 3 maggio 2003 dell'Ufficio Relazioni Internazionali, aveva segnalato "la grave situazione che può determinarsi nel contenzioso in tema di non ragionevole durata dei procedimenti in conseguenza dell'esame, da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo, dei ricorsi Scordino (n.36813) e C. e C. (n.35360/00)". La nota della Procura Generale, illustrando puntualmente quelli che sarebbero poi stati i contenuti della sentenza "Scordino", così concludeva: "L'evidente situazione di disagio sembra imporre una attenta riflessione, con ricerca di misure idonee ad individuare le cause della crisi ed a progressivamente eliminare l'attuale condizione di sostanziale contrasto. Tra tali misure possono essere suggerite, ad esempio, l'esame urgente delle modifiche già dal Governo ritenute necessarie per la legge Pinto (e per le quali era stato presentato un decreto-legge); l'ulteriore formazione dei magistrati in materia con visite di studio a Strasburgo; la rimessione delle più rilevanti questioni alle Sezioni Unite della Corte".

È probabile che la decisione "Scordino" dica assai di meno di quello che i primi preoccupati lettori vi hanno intravisto. Intanto, il monito che essa reca non si rivolge ai nostri giudici, ai quali, anzi, con corretta sensibilità, la Corte Europea dà atto di dover "interpretare ed applicare il diritto interno",

perché “gli Stati contraenti non hanno l’obbligo formale di recepire la Convenzione nel sistema giuridico interno”; l’interpretazione e l’applicazione del diritto interno vanno fatte, “per quanto possibile ... in modo conforme alla Convenzione”.

E infatti la nostra Corte di Cassazione, come si è ricordato, fin dalle prime sentenze in argomento, ha sempre ribadito che della giurisprudenza CEDU va tenuto conto nei limiti, ovviamente, consentiti dal diritto vigente in Italia, che il giudice italiano non può non applicare (ad es., Cass. 26 luglio 2002, n. 11046; *id.* 2 agosto 2002, n. 11592).

Afferma, poi, la CEDU che in Italia “manca il riconoscimento del diritto ad un processo in tempi ragionevoli quale diritto fondamentale dell’uomo” la cui lesione dia luogo ad una riparazione per ciò solo che la lesione sia avvenuta (c.d. danno evento, o danno *in re ipsa*) e sottolinea che “pur nel rispetto del margine di discrezionalità di cui dispongono i giudici nazionali essi si debbono conformare alla giurisprudenza della Corte anche concedendo un risarcimento adeguato”.

Come vedremo oltre, queste considerazioni non sono corrette e si fondano su equivoci verbali: ma il punto che interessa nella odierna sede non è tanto di stabilire se la CEDU abbia “ragione” o “torto” a dolersi dei comportamenti italiani, quanto di sottolineare a tutte lettere che *se avesse ragione* toccherebbe al legislatore modificare la legge e non certo alla Corte di Cassazione di disapplicarla.

10. — *Non è possibile una diversa interpretazione dell’art. 2 della legge n. 89/01; la giurisprudenza CEDU negli anni Ottanta e Novanta.* Dunque il punto che oggi interessa è quello di stabilire se, *stante la vigenza della legge n. 89/2001*, sia possibile interpretare l’art. 2 nel senso auspicato dalla CEDU e cioè che il diritto in esame sia fondamentale nel senso, e comunque con la conseguenza, che il danno prodotto dalla sua violazione sia *in re ipsa* (cd. danno evento). Non è possibile (stante il principio supremo di cui all’art. 101 Cost.) che la giurisprudenza adotti simile soluzione per ottenere la quale occorre l’intervento del legislatore, che sta cercando di provvedere (con iniziative prese ancor prima della sentenza “Scordino”, quando le prime avvisaglie dell’insoddisfazione della CEDU, preoccupata anche per il carico dei propri ruoli, cominciarono a pervenire).

Si dice che a volte il “diritto nasce vecchio”; e la legge Pinto è nata “vecchia” perché il lungo lasso di tempo che intercorse dal momento degli studi preparatori dell’apposita Commissione (primi anni Novanta) all’atto della sua approvazione definitiva permise alla giurisprudenza CEDU di evolversi in direzione ben diversa da quella degli anni Ottanta e Novanta. In quegli anni, infatti, la CEDU non affermava affatto che il danno dalla violazione del diritto in esame fosse *in re ipsa*, o che la lesione dovesse essere necessariamente riparata con un ristoro patrimoniale: era necessaria la *prova* dell’esistenza del danno *non patrimoniale*, raggiunta anche con l’uso della presunzione e del notorio: ma *quella prova occorreva*. Il “prolungato stato di ansietà in cui (il ricorrente) era vissuto per oltre sei anni” fu, ad esempio, il “danno conseguenza” derivato dalla violazione del termine ragionevole nel caso Manzoni (sentenza 19 febbraio 1991); per presunzioni si ricavò il patema d’a-

nimo, oggetto di riparazione, nel caso Frau di cui alla sentenza 19 febbraio 1991 (nella quale l'avverbio "innegabilmente" adoperato per motivare il ristoro non è altro che la morale certezza dell'esistenza di un danno-conseguenza); al danno morale e professionale subito si riferisce la decisione coeva nel caso Ferraro; alle concrete vicende che avevano segnato la vita di tale Triggiani si riferisce la CEDU quando gli accorda l'equa riparazione (accerta la Corte che la moglie del ricorrente aveva chiesto il divorzio per i sospetti su di lui gravanti e per l'impossibilità di provvedere al mantenimento della famiglia); l'accertamento dello "stato di incertezza ed ansietà patito per non essere riuscito ad ottenere, a causa delle lungaggini del giudizio, una piena assoluzione evitando la prescrizione" è il danno-conseguenza sofferto da tale Mori e risarcito dalla CEDU; nell'affare Pugliese, di cui alla sentenza 24 maggio 1991, la Corte ha dato atto della violazione del termine ragionevole, ma ha negato il risarcimento chiesto non ravvisando che il prolungamento della procedura avesse causato di per sé un danno tale da giustificare un'equa soddisfazione.

11. — *Danno evento e danno conseguenza: la scelta del danno conseguenza fu voluta dalla legge n. 89/01.* Fu dunque voluta dalla legge n. 89/01 la disciplina dell'istituto in termini di danno conseguenza, che appariva coerente con la giurisprudenza CEDU, con la logica di un diritto fondamentale, sì, ma non direttamente tutelato dalla Costituzione e con i principi che già nei primi anni Novanta si andavano affermando sulla nozione del danno-evento, cui avevano già prestato attenzione la dottrina e la giurisprudenza specie sulla scorta della storica sentenza della Corte Costituzionale 30 giugno 1986, n. 184, in tema di danno biologico. Come è a tutti noto, la Corte Costituzionale, nel ricostruire la categoria del danno biologico distinto dal danno morale subiettivo e dal danno patrimoniale, aveva sottolineato che con riguardo ai diritti inviolabili costituzionalmente "vale distinguere (nell'illecito) l'evento materiale, naturalistico che, pur essendo conseguenza del comportamento, è momento o aspetto costitutivo del fatto, dalle conseguenze dannose in senso proprio di quest'ultimo, legate all'intero fatto illecito (e quindi anche all'evento) da un ulteriore nesso di causalità. Non esiste comportamento senza evento: il primo è il momento dinamico ed il secondo è il momento statico del fatto costitutivo dell'illecito. Da quest'ultimo vanno nettamente distinte le conseguenze, in senso proprio, del fatto, dell'intero fatto illecito, causalmente connesse al medesimo da un secondo nesso di causalità ... La menomazione dell'integrità psico-fisica dell'offesa ... costituisce l'evento (da provare in ogni caso) interno al fatto illecito, legato ... alla eventuale componente esterna, danno morale subiettivo o danno patrimoniale da ... rapporto di causalità materiale ... La vigente Costituzione, garantendo principalmente valori personali, svela che l'art. 2043 c.c. va posto soprattutto in correlazione agli articoli della Carta fondamentale che tutelano i predetti valori e che, pertanto, va letto in modo idealmente idoneo a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell'illecito". La sentenza rappresenta il punto di arrivo delle istanze di giustizia avvertite in dottrina (che auspicava il riconoscimento, nell'art. 2043 c.c., della "*Generalklausal*" dei giuristi tedeschi) e di certo non ignorate dalla giurisprudenza (interessanti

spunti, nella giurisprudenza precedente alla sentenza della Corte Costituzionale sul danno biologico, si trovano già in Cass. S.U. 6 maggio 1971, n. 1282, per il “diritto primario all’integrità fisica”, o in Sez. L. 9 novembre 1981, n. 5924, dove si parla di tutela di diritti che trovano un substrato etico giuridico nella strutturazione basilare dello Stato italiano quali valori assoluti e intangibili).

Dunque all’epoca della redazione del testo che poi divenne la “legge Pinto” si aveva ben chiara la teoria del “danno evento”; e *non si volle* che la violazione della durata ragionevole del processo desse luogo a danno-evento (o danno *in re ipsa*): sono chiarissima volontà in tal senso la formulazione letterale usata (“chi ha subito un danno ... per effetto di violazione ...”), il rinvio espresso all’art. 2056 del codice, il quale, nel rinviare all’art. 1223, richiama il danno conseguenza (“... conseguenza immediata e diretta” del fatto), la riconduzione della fattispecie negli schemi non dell’art. 2043 cod. civ. (in relazione al quale è stata elaborata la teoria del danno-evento e della violazione dei diritti fondamentali dell’uomo tutelati dalla Costituzione, la quale non può rimanere senza ristoro: ad es., Cass. 7 giugno 2000, n. 7715), *ma* dell’art. 1173 (obbligazione *ex lege*, che prescinde dalla colpa psicologica, la quale è, come tutti sanno, elemento costitutivo dell’illecito). E tale impostazione di fondo non solo non divenne obsoleta nel corso dei lavori parlamentari, ma trovò anzi sicura conferma nell’art. 111 Cost. novellato, che annovera il diritto in esame non nel catalogo dell’art. 2 o tra i diritti e libertà di cui agli artt. 13-54, ma tra le “norme sulla giurisdizione”, con conseguente, logico affidamento alla legge ordinaria del compito di “assicurare” il diritto alla ragionevole durata del processo: e come si è visto, la nascita del diritto azionabile in Italia è da tutti (anche dalla CEDU) indicato nella legge n. 89/01.

12. — *La giurisprudenza CEDU degli ultimi anni: l’ipostatizzazione del diritto alla durata ragionevole del processo.* È vero che, durante la lunga e faticosa gestazione della legge Pinto, la giurisprudenza della CEDU subì un mutamento radicale: il diritto alla ragionevole durata del processo sembrò ipostatizzarsi e divenire un “assoluto” di per sé riferito alla persona umana così che la sua lesione sembrò dar luogo di per sé ad un risarcimento, da liquidarsi secondo equità.

Vedremo subito il senso dell’ipostatizzazione di quel diritto, in realtà costruito dall’art. 6 della Convenzione come una “qualità” del processo “giusto”, e cioè come una sorta di trincea avanzata per la migliore tutela dei diritti sostanziali, e se davvero si sia voluto un cambiamento radicale di giurisprudenza (il riferimento alla “posta in gioco” nelle decisioni degli ultimi anni farebbe pensare alla logica possibilità di distinguere da caso a caso pur a parità di violazione: ma allora non è più vero che il danno sia *in re ipsa*; un danno *in re ipsa* non può che essere eguale per tutti gli uomini: la differenza sta nei danni conseguenza, come è palese, ad esempio, per la lesione del diritto alla salute).

Come si è già sottolineato, *stante la legge vigente* non è possibile aderire alle indicazioni della CEDU; se la legge vigente fosse davvero incoerente con gli impegni convenzionali, toccherebbe al Parlamento intervenire. E in

verità il Parlamento si sta occupando del problema: a seguito della mancata conversione in legge del decreto legge 11 settembre 2002, n. 201, per la parte riguardante la transazione delle pretese di equa riparazione per la durata irragionevole dei processi, ci sono state iniziative parlamentari per la modifica della legge 24 marzo 2001, n. 89; una di queste ha dato luogo al progetto presentato alla Camera dei Deputati dagli on.li Giancarlo Piattelli ed altri (atti Camera 3018). Con esso si prevede un tentativo di conciliazione presso i consigli di presidenza o il consiglio giudiziario, con la rappresentanza del Governo affidata all'Avvocatura dello Stato; è previsto un "tetto" alla liquidazione della riparazione di 500.000 euro; il danno non patrimoniale è riconosciuto senza necessità di prova, per il semplice fatto della violazione del termine ragionevole, salvo i casi in cui l'interessato abbia causato egli stesso la violazione per dolo o per colpa grave.

13. — *La nozione di diritto fondamentale nella giurisprudenza CEDU.* La CEDU lamenta, dunque, che la nostra giurisprudenza avrebbe negato la qualità di diritto fondamentale dell'uomo al diritto oggi in esame. Evidentemente la CEDU non intende, con l'espressione "diritto fondamentale dell'uomo alla ragionevole durata del giudizio", un "bene" o un'aspettativa coesistente al processo, perché altrimenti non avrebbe senso la decisione della stessa CEDU 12 luglio 2001, Ferrazzini c. Italia, dove si nega che nel processo tributario valga il principio della durata ragionevole (eppure anche quello tributario è un processo, dove, infatti, il giudice deve essere terzo, imparziale, precostituito e la difesa deve essere piena ed effettiva). Diritto fondamentale, nella logica della CEDU, è quello che, affermato dalla Convenzione, non può non essere concretamente tutelato dai singoli Stati secondo il sistema di produzione normativa di ciascuno; ed infatti la CEDU non dubitò mai che in Italia occorresse una legge per rendere azionabile quel diritto; e si è già ricordato che fu salutata con favore dalla stessa CEDU la legge 24 marzo 2001, n. 89, come quella che per prima ha reso "efficace a livello interno il principio della ragionevole durata inserita nella Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 111" (sent. in ric. 69789/01, Brusca c/ Italia).

14. — *La nozione di diritto fondamentale nel nostro ordinamento.* Negli ordinamenti, come il nostro, fondati sul "diritto scritto" non è possibile immaginare delle situazioni soggettive che esistano di per sé, a prescindere dalla legge; in natura non vi sono "diritti"; in natura esiste, ben diversamente, l'uomo con le sue emozioni e i suoi bisogni, ed esistono le cose di cui egli si serve. Certamente l'ordinamento giuridico riconosce come diritti alcune situazioni "naturali" fondamentali, ed altre situazioni fondamentali crea: potrebbe dirsi che alcuni diritti siano fondamentali o inviolabili perché "bona in se" e che altri lo divengano "quia data"; certo è che la netta impronta giusnaturalistica che la terminologia (diritti fondamentali, diritti inviolabili) evoca perde molto del suo significato quando venga calata nella realtà del nostro ordinamento, nel quale ogni diritto soggettivo ("dato" o "riconosciuto") è "fondamentale" perché va rispettato da tutti in quanto tale e, necessariamente appartenendo ad una persona, non può non contribuire a determinarne la qualità della vita: sono piuttosto la natura e la misura

della reazione in caso di violazione – dunque, un dato legale – a dimostrare la quantità di importanza o di attenzione che l'ordinamento riserva a ciascun diritto soggettivo.

A questo punto la classificazione dei diritti è essa stessa di diritto positivo; infatti la dottrina e la giurisprudenza non senza incertezze terminologiche e spesso usando come sinonimi i termini “inviolabile”, “assoluto”, “fondamentale”, “umano”, “della persona”, hanno elaborato le categorie distintive dell'importanza dei diritti con riguardo al dato positivo, cioè alla fonte di produzione e alla natura della sanzione.

Si è venuta così enucleando una sorta di gerarchia dei diritti che vede al “primo posto” quelli “riconosciuti” dall'art. 2 Cost. (cui la norma stessa riserva la qualifica di inviolabili) e che sono enumerati nel concreto dalle norme della Costituzione che direttamente vi apprestano tutela; vengono poi i diritti costituzionali solo “nominati”, quelli previsti, cioè, con affermazioni di principio che tocca al legislatore attuare e che, precettivamente, valgono come limite negativo all'attività di produzione giuridica; vi sono, infine, i diritti costituiti e disciplinati dalla legge ordinaria.

15. — *Diritti fondamentali «oppositivi» e «pretensivi».* La terminologia tradizionale riserva la qualifica di “fondamentali” ai diritti previsti dalla Costituzione, siano essi tutelati direttamente oppure con rinvio alla legge; essi non riguardano solo i beni immateriali della persona; nel sistema positivo è certamente fondamentale il diritto al lavoro, alla retribuzione sufficiente, all'iniziativa economica, etc.

È ricorrente l'affermazione giurisprudenziale che i diritti fondamentali, “i quali trovano un substrato etico-giuridico nella strutturazione basilare dello Stato italiano” (Cass. 9 novembre 1981, n. 5924) sono diritti “primari” (Cass. S.U. 6 maggio 1971, n. 1282) tra i quali rientrano sicuramente, accanto ai diritti di opinione, di critica e di cronaca (Cass. 5 aprile 1978, n. 1557), all'istituto matrimoniale (Cass. 28 gennaio 1983, n. 770), all'integrità fisica, (Cass. S.U. 6 maggio 1971, n. 1282) anche il posto di lavoro (Cass. 16 dicembre 1992, n. 13299), la “dimensione patrimoniale” della vita professionale e di relazione (Cass. 6 novembre 2000, n. 14443), la previdenza ed assistenza (Cass. 3 aprile 1999, n. 3233).

Dunque è certo che tra i diritti primari o fondamentali, il cui riconoscimento dà luogo ai principi supremi del nostro ordinamento, è possibile distinguere quelli che trovano soddisfazione nella mera astensione (il diritto alla salute richiede che nessuno attenti all'integrità psicofisica) e quelli che trovano soddisfazione solo attraverso la cooperazione dell'ordinamento (o di soggetto dall'ordinamento individuato).

Anche tra i diritti fondamentali, pertanto, esistono situazioni oppositive e situazioni pretensive; a quelle oppositive si riferisce l'art. 2 della Costituzione, come è fatto palese dalla lettura della norma (la Repubblica *riconosce e garantisce* quello che nel suo substrato naturalistico già esiste) e dalla considerazione del diritto vivente dato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che legge l'art. 2 sempre con riferimento a quei diritti che “trovano espressione e garanzia nella Costituzione non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2

della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona ... ma anche perché al di là della coincidenza dei cataloghi di taluni diritti le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione". (Corte Cost. n. 388/1999; in termini, sulle affermazioni di principio, si vedano in particolare le sentenze della medesima Corte n. 399/1988, 167/1999, 345/1987).

Più direttamente riferito alla persona è il concetto di diritto inviolabile (o primario o assoluto) nella giurisprudenza di codesta Corte Ecc.ma: la quale, sulla scorta del proprio insegnamento remoto e costante, ancora di recente ha affermato che l'ingiusta lesione di "valori inerenti alla persona costituzionalmente garantiti" dà luogo al danno non patrimoniale, il quale va risarcito anche oltre il danno morale e quello patrimoniale (Cass. 31 maggio 2003, n. 8827, ed altre coeve; id. 19 agosto 2003, n. 12124) perché "il riconoscimento, nella Costituzione, dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica, implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale" (Cass. n. 8828/2003).

I diritti inviolabili o fondamentali, direttamente tutelati dalla Costituzione, "impongono allo Stato il dovere di non porre norme che (li) escludano o che tali libertà rinneghino direttamente o indirettamente, ma non anche l'impossibilità, per il legislatore ordinario, di dettare disposizioni che specifichino limiti e condizioni inerenti all'esercizio del diritto" (Cass. S.U. 8 ottobre 1974, n. 2658): è affermazione ricorrente della Suprema Corte di Cassazione nel senso che anche i diritti inviolabili possano e debbano essere disciplinati (in particolare, per la disciplina dell'inviolabile diritto alla difesa si veda Cass. S.U. 30 marzo 2000, n. 63; id. S.U. 23 aprile 2001, n. 170; per l'inviolabile diritto alla previdenza e all'assistenza, cfr. Cass. 20 marzo 1972, n. 865; per l'inviolabile diritto del minore a svilupparsi in seno ad una famiglia, cfr. Cass. 8 novembre 1974, n. 3420).

16. — *Anche nel nostro ordinamento il diritto alla ragionevole durata del processo è fondamentale.* In tale quadro di riferimento dire che il diritto alla ragionevole durata del processo non abbia la sua disciplina positiva nella Costituzione non significa escludere che sia fondamentale: non tutti i diritti, pur nominati dalla Costituzione, trovano disciplina positiva ed esaustiva in essa; perfino in diritti inviolabili di cui all'art. 2 sono, in qualche misura per i contenuti oppositivi e per tutto il loro aspetto pretensivo, disciplinati dalla legge ordinaria. Dunque diritto fondamentale non significa diritto direttamente disciplinato dalla Costituzione; vuol dire solo diritto *contemplato* in essa, o tale considerato dalla legge ordinaria che nel concreto lo disciplina. In conclusione, la formula giurisprudenziale del diritto alla ragionevole durata del processo come diritto non direttamente disciplinato dalla Costituzione è formula non solo esatta ma anche per nulla limitativa dell'importanza di quel diritto: il quale è fondamentale nel senso che:

- a) è riconosciuto dalla Convenzione;
- b) è "assicurato" dall'art. 111 Cost.;

c) oggi è tutelato dalla legge ordinaria, anche sul piano della reazione alla violazione con un meccanismo che ne sottolinea la rilevanza – e dunque ne mette in rilievo una sorta di superiorità attraverso – il ristoro del danno non patrimoniale e dell'indifferenza della colpa psicologica nel momento della violazione (tutela, dunque, *superiore* a quella mediamente riservata alla violazione dei diritti “comuni”).

17. — *La lesione del diritto in esame e il danno risarcibile; la rilevanza della «posta in gioco» dimostra che il danno non può essere in re ipsa; la giurisprudenza CEDU sulla «posta in gioco».* Nella giurisprudenza di codesta Corte Ecc.ma il danno non patrimoniale che la legge n. 89/01 intende risarcire è quello che “in natura” la lesione del diritto in esame produce: quel danno sta, per la persona fisica, nella “sofferenza morale, o costo emotivo ovvero patema d'animo dovuti ad un'ansia prolungata e angosciata” (Cass., 5 novembre 2002, n. 15449), o, più in dettaglio, nel “danno morale, consistente in sofferenze, turbamenti, menomazioni dell'equilibrio psichico (ovvero in quel) danno che, pur non coinvolgendo la sfera dei sentimenti, degli affetti e della psiche, né comportando un nocumento riscontrabile in termini monetari, si evidenzia come compromissione di posizioni soggettive, parimenti tutelate, quali sono i diritti immateriali della personalità (Cass. 2 agosto 2002, n. 11573, e altre coeve); per la persona giuridica, o comunque per l'ente diverso dalla persona fisica, il danno non patrimoniale, derivante dalla irragionevole durata del processo, “può essere ravvisato solo se risulti un effettivo rifluire del fattore tempo a scapito dei diritti della personalità, ove compatibili con l'assenza della fisicità, e, quindi, dei diritti all'esistenza, all'identità, al nome, all'immagine ed alla reputazione Si deve affermare che l'irragionevole durata del processo può produrre un danno non patrimoniale alla persona giuridica alla condizione che il tema del dibattito coinvolga, direttamente o indirettamente, gli indicati diritti della personalità, pregiudicandoli per effetto del perdurare della ripetizione di incertezza connessa alla pendenza della causa” (giurisprudenza costante, fin dalla prima sentenza in argomento: Cass. 2 agosto 2002, n. 11573).

Si è già osservato che il diritto vigente non permette diversa lettura: peraltro la legge n. 89/01 copre un'area (quella della disciplina, in concreto, del ristoro per la violazione del diritto in esame) che pacificamente la Convenzione lascia alla normazione interna.

Quello che ora interessa notare è che la ricordata lettura giurisprudenziale è del tutto coerente con la giurisprudenza CEDU. Si è ricordato, prima, il fenomeno dell'ipostatizzazione del diritto alla ragionevole durata del processo negli arresti della Corte europea; in parallelo a quel fenomeno si è posta l'elaborazione della figura della “posta in gioco” che è diventata momento essenziale nel percorso motivazionale delle decisioni degli ultimi anni.

Non può sfuggire che se si ammette che, a parità di lesione, vi possa essere, *ceteris paribus*, una diversità di indennizzo, vuol dire che la nozione di diritto fondamentale adoperata dalla CEDU non coincide con quella di

diritto inviolabile dell'uomo *ex art. 2 Cost.*: il danno biologico, per esempio, è eguale per tutti a parità di lesione perché la salute è un diritto inviolabile (possono ovviamente essere diverse le ricadute soggettive e sul patrimonio).

Avere riguardo alla "posta in gioco" significa sottolineare che la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo non procura a tutti lo stesso danno-evento o danno in sé. La CEDU dà, invero, rilievo all'importanza che la causa riveste per il soggetto, avendo ben chiaro che altro è una controversia su diritti primari altro è la richiesta di una piccola somma: spesso si legge che quando la lite ha ad oggetto beni primari sono questi stessi che finiscono con l'essere compromessi dalla durata eccessiva del processo (la ricaduta sul diritto inviolabile alla vita familiare è alla base della sentenza 18 febbraio 1999 in affare Laino c/ Italia; la ricaduta sul diritto di vedere i propri figli è alla base della sentenza 19 febbraio 1988 in affare Poulsen-Medalen e Svensson c/ Svezia; analogamente in sentenza 7 agosto 1996, in affare Johansen c/ Norvegia).

Ma se così è, la nozione di diritto fondamentale, cui la CEDU si riferisce, nel caso della durata del processo non è quella del diritto la cui lesione procura di per sé un danno, quanto piuttosto quella di situazione soggettiva, riferita alla qualità della vita e cioè posta a "presidio avanzato" dei diritti umani sostanziali la cui lesione deve essere risarcita quando incida sui beni "presidiati" e quindi sulla qualità della vita. La lesione di quel diritto non ricade sulla persona in modo sempre eguale; un po' come il diritto di proprietà: anche questo è fondamentale, ma è innegabile che, nel momento della lesione, altro è un graffio al paraurti dell'autovettura utilitaria nel traffico cittadino, altro è l'uccisione dell'animale da compagnia di una persona sola: se si guarda alla ricaduta della lesione della proprietà nei due esempi, si dovrà ammettere che, per l'uomo medio, nel primo caso la sofferenza è insignificante mentre è profondissimo il dolore nel secondo.

Parimenti nessun formalismo giuridico riuscirà ad equiparare l'angoscia che l'eccessiva durata del processo provoca quando è in gioco un'accusa penale di un reato infamante con l'atteggiamento che l'uomo normale vive quando si tratta di ottenere il pagamento di pochi euro per un piccolo danno materiale; e se il danno non patrimoniale di cui parlano tanto la legge n. 89/01 quanto la giurisprudenza CEDU è il turbamento della qualità della vita che la durata eccessiva del processo determina, bisogna ammettere che quel turbamento non è affatto necessario. Né può trascurarsi la circostanza che il diritto in questione è comunque disponibile da parte del titolare: come può essere disponibile uno dei "diritti inviolabili" dell'art. 2 Cost.?

L'irragionevole durata del processo ha certamente una ricaduta sulla persona (e a volte sul patrimonio) a seconda della "posta in gioco": individuata ed indennizzata tale ricaduta non c'è altro da ristorare, perché altro nocumento non esiste. Lo schema del "diritto inviolabile" – sintagma che sta ad indicare il diritto alla conservazione di un bene che in natura già si possiede, come la vita, la salute, la proprietà – non si attaglia al diritto pur fondamentale in esame, la cui violazione avrà maggiore o minore o nessuna

ricaduta sull'esistenza della persona a seconda delle singole fattispecie, ricaduta che va dimostrata da chi la allega, anche per mezzo del notorio e delle presunzioni.

18. — *Schema conclusivo*. Le conclusioni dell'esposizione che precede possono essere riassunte nel seguente schema: premesso che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è momento di altissima civiltà giuridica tanto che l'Italia ne fu una delle Nazioni fondatrici, ed altresì premesso che l'interesse dell'Amministrazione nelle presenti cause è esattamente coincidente con l'interesse generale al rispetto di quel fondamentale documento, in una con i principi supremi della nostra Costituzione, si chiede alla Corte Ecc.ma di affermare che:

a) il diritto in questione è fondamentale pur se non direttamente disciplinato dalla Costituzione che tuttavia lo "assicura" attraverso la legge ordinaria; questa lo ha introdotto nel nostro ordinamento con una valenza diversa e superiore a quella dei diritti soggettivi "comuni"; la sua riconduzione negli schemi dell'art. 111 Cost. ne disvela il significato in termini di situazione strumentale a presidio avanzato dei diritti sostanziali considerati nel loro momento processuale;

b) la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo riguarda, sempre e necessariamente, la dimensione *soggettiva* della "posta in gioco": l'interesse che la persona ha per quest'ultima dà la misura del turbamento dell'attesa;

c) la ricaduta del ritardo sulla "posta in gioco" o sulla qualità della vita o sul patrimonio, essendo personale, può anche mancare o essere irrilevante: va dunque precisata e dimostrata da chi la allega e solo se provata nel concreto va indennizzata; l'equa riparazione non è una pena privata né tollera automatismi o sistemi di calcolo predeterminato nell'accertamento e nella quantificazione;

d) quando vi fosse da adeguare il diritto interno alla Convenzione europea occorrerebbe l'intervento del legislatore, non essendo possibili né la disapplicazione della legge né l'ingresso diretto ed immediato della normativa europea nel nostro ordinamento.

Al sogno degli europeisti non si può oggi dare di più, ma di meno non deve concedersi: ancora una volta la Corte di Cassazione è chiamata a far suo l'antico e saggio avvertimento "... *nec tardum operior nec praecedentibus insto*".

Roma, 18 novembre 2003

Avv. Antonio Palatiello».

La responsabilità *ex art. 2051 c.c.* dell'istituto scolastico durante l'occupazione studentesca

(Tribunale di Firenze, seconda sezione civile, sentenza 21 novembre 2002 n. 762)

La sentenza del Tribunale di Firenze che si commenta, si pronuncia sulla richiesta di risarcimento del danno proposta da uno studente infortunatosi a causa della rottura di un manufatto in vetro della struttura scolastica, durante una occupazione studentesca.

Nel corso di una agitazione studentesca, culminata con l'autogestione dell'istituto scolastico uno studente, che non risultava essere presente alle lezioni, spingendo la porta a vetri della serra annessa all'istituto, si feriva con il vetro della porta stessa che gli procurava delle lesioni di grave entità.

Lo studente, pertanto, citava in giudizio l'Istituto scolastico al fine di sentirlo condannare al risarcimento dei danni subiti, in applicazione del disposto dell'art. 2051 c.c. (danno cagionato da cose in custodia:- «Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito»).

Il Tribunale di Firenze, dopo aver esperito le prove testimoniali indicate dalla parte attrice e nominato un C.T.U. al fine di valutare il danno biologico, tratteneva la causa in decisione.

Il Giudice condannava l'Istituto Scolastico al risarcimento dei danni subiti dal ricorrente.

Obblighi di custodia ed interruzione del nesso causale. Il Tribunale ha ritenuto di rinvenire la responsabilità dell'Istituto scolastico nel disposto dell'art. 2051 c.c. in forza del quale, trovandosi la *res* con cui il N. si è ferito sotto la custodia dell'Istituto, quest'ultimo è chiamato a risarcire i danni cagionati dalla stessa.

L'Organo Giudicante ha ritenuto, altresì, di rinvenire nel caso *de quo* l'esistenza del nesso causale tra la *res* e l'evento dannoso, riconoscendo quest'ultimo come conseguenza normale della particolare condizione posseduta dall'immobile nella sua globalità.

In realtà, almeno tre eventi dovevano essere tenuti presenti ai fini dell'interruzione del nesso causale: l'uso improprio della cosa da parte dello studente, l'occupazione studentesca dell'istituto verificatasi quel giorno, il divieto di accedere al manufatto.

L'autogestione, od occupazione, dell'Istituto scolastico deve considerarsi necessariamente una circostanza imprevedibile rispetto allo svolgimento dell'attività scolastico-educativa cui l'Amministrazione è preposta.

Inoltre essa integra il reato di cui all'art. 633 c.p.

Il sinistro è stato causato da una *res* che il custode materialmente e giuridicamente non avrebbe potuto controllare.

Non solo: è molto importante precisare che il Preside aveva interdetto l'uso del suddetto immobile a seguito dei danni strutturali riportati dallo stesso durante alcuni lavori di sistemazione dell'area su cui insiste il manufatto.

L'impossibilità per i docenti di controllare gli spostamenti degli alunni all'interno dell'istituto non ha permesso in alcun modo di far rispettare tale interdizione, comunicata tempestivamente dal dirigente scolastico al corpo docente, agli alunni stessi ed al proprietario del bene.

L'organo giudicante ha ritenuto che l'occupazione da parte degli studenti dell'istituto non sia di per sé idonea ad escludere la costanza del rapporto di custodia rispetto alla *res* danneggiante.

Una tale considerazione si espone a numerose critiche in merito alla dimostrazione di un efficace nesso causale tra *res* ed evento, tenuto anche conto del divieto posto dal Preside in ordine all'uso del manufatto.

Occorre distinguere il caso *de quo* dal caso del danno cagionato dall'esistenza di un'insidia o trabocchetto, concetti propri della diversa responsabilità *ex art. 2043 c.c.*

Pur ammettendo che il pannello di vetro della porta presentasse incrinature sommariamente riparate con dello *scotch*, nonché problemi di chiusura, il nesso causale rispetto al danno si interrompe nel momento in cui il soggetto danneggiato, con colpa, agisce in maniera impropria.

Nel caso *de quo*, atteso che quelle sommariamente descritte sopra siano state le condizioni del manufatto, il N. ha esercitato, come risulta dalle deposizioni, una pressione impropria con ambedue le mani su di una lastra di vetro danneggiata in modo da cagionare, per sua colpa, il frantumarsi dello stesso.

Risulta, infatti, incontestata la dinamica del sinistro da cui si evince che il danneggiato non abbia tentato di chiudere la porta tramite la maniglia ma tramite la pressione a due mani su di una lastra di vetro palesemente danneggiata.

Non vi sono stati, in questo caso, trabocchetti o situazioni di pericolo occulto della cosa, come, d'altro lato, non si può escludere la colpa del ricorrente.

È opinabile che, come afferma il Tribunale, il danno si sia prodotto a seguito dell'uso ordinario della cosa in custodia, ossia la porta, poiché non risponde ad alcuna logica di prudenza e di diligenza il tentativo di chiudere il manufatto mediante la pressione inconsulta su di una sua parte estremamente fragile, invece che tramite la maniglia o la pressione sul telaio della stessa.

Peraltro, agli studenti era stato interdetto di accedere attraverso quella porta proprio a scopo precauzionale.

Come afferma la Suprema Corte, nelle fattispecie che presentino questa dinamica deve parlarsi di caso fortuito accidentale, idoneo ad interrompere il collegamento causale tra la cosa in custodia ed il danno.

Il giudizio sull'autonoma idoneità causale del fattore esterno deve essere adeguato alla natura della cosa ed alla sua pericolosità.

Infatti, tanto meno la cosa è per sua natura pericolosa, quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata da parte del danneggiato attraverso l'utilizzo delle normali cautele, e tanto più incidente e rilevante deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo della creazione del danno.

L'incremento di tale efficienza causale conduce all'interruzione del nesso eziologico tra cosa e danno e ad escludere la responsabilità del custode *ex art. 2051 c.c.* (1).

Obblighi di custodia ed uso improprio della cosa. Nel caso *de quo* appare evidente che, per quanto il danno si sia cagionato a seguito di un utilizzo, giova ribadirlo, illegittimo, di una porta, esso sia riferibile ad un uso improprio della stessa.

Il Tribunale ha ritenuto non sussistesse un tale uso improprio, valutando solo ed unicamente la funzione «normale» del manufatto, apertura e chiusura, ma non valutando che l'uso improprio prescinde dal risultato ed attiene alle modalità di attivazione della cosa.

In altre parole, l'uso improprio non è legato solo al fatto che il N. abbia utilizzato la porta per transitare dalla serra piccola all'altro fabbricato, senza avere il permesso, ma al fatto che ha esercitato una pressione su di una parte palesemente pericolosa e danneggiata, procurandosi un danno che mediante l'utilizzo normale a mezzo di maniglia non si sarebbe procurato.

È opportuno, inoltre, fare un'altra considerazione.

Quand'anche si debba ritenere di qualificare la responsabilità per le cose in custodia come una responsabilità di natura oggettiva, ciò non deve condurre l'interprete a ritenere che in presenza di un comportamento casualmente idoneo ad interrompere il nesso eziologico fra danno e *res*, il custode sia comunque tenuto al risarcimento del danno.

Nel caso *de quo* il nesso eziologico potrebbe addirittura ritenersi interrotto dalla commissione ad opera del danneggiato di un illecito penale che avrebbe potuto dar luogo ad una pretesa risarcitoria dell'Amministrazione in seguito al danneggiamento di beni in custodia (v. oltre).

A prescindere da un tale ordine di considerazioni, ed argomentando *a contrariis* in ordine all'interruzione del nesso eziologico, se è vero che a carico del custode della *res* rimane la responsabilità per fatto ignoto (2), è pur vero che la presunzione *iuris tantum* di responsabilità deve ritenersi superata dalla condotta imprudente del danneggiato.

La Suprema Corte, infatti, ritiene che debba valutarsi la conoscenza che il terzo che utilizza la cosa in custodia abbia del difetto strutturale o funzionale della cosa medesima e, quindi, della pericolosità dell'uso in relazione al suo stato, anche non apparente, al fine di stabilire se la mancata adozione di tutele sia da addebitarsi al danneggiato ed in grado di eliminare il nesso eziologico rispetto al danno.

Anche qualora non si possa giungere alla eliminazione di tale nesso, il grado della colpa deve necessariamente essere valutato, contribuendo questo a diminuire comparativamente la responsabilità del custode ai sensi degli artt. 2056 e 1227, primo comma c.c.

(1) Cfr. *ex multis* Cass. civ., Sez. III, 17 gennaio 2001, n. 584, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, I, 174, con nota di VENCHIARUTTI. Conforme Cass. civ., Sez. III, 20 luglio 2002, 10641.

(2) Cass. civ., 14 marzo 1983, n. 1897, in *Mass. Giur. It.*, 1983.

Di più, occorre sottolineare che la pericolosità del manufatto era quanto meno nota agli alunni, i quali non potevano accedere alla serra nemmeno sotto la vigilanza dei docenti e degli ausiliari tecnici, per cui il fatto di essersi introdotto all'interno, oltre ai profili penali, evidenzia un grado della colpa preminente del N. tale, in concorso con le inconsulte modalità di utilizzo della porta, da interrompere il nesso fra danno e custode.

Occorre, altresì, sottolineare, che la giurisprudenza ritiene come necessario, per il sorgere della responsabilità del custode *ex art. 2051 c.c.*, che il danneggiato abbia un titolo idoneo ad entrare in legittima relazione con la *res*.

Pertanto, qualora taluno accedendo nell'altrui proprietà si procuri dei danni, non sorge una responsabilità qualificata del custode ai sensi dell'*art. 2051 c.c. (3)*.

È giurisprudenza costante Corte, infatti, che il caso fortuito idoneo a superare la presunzione di responsabilità del custode può anche consistere nel comportamento del danneggiato, quando questo costituisca la causa unica ed efficiente dell'evento dannoso (vedi *ex multis* Cass. civ., 10 maggio 1999, n. 4616, citata in sentenza).

Nel citare questa stessa giurisprudenza il Tribunale è incorso ulteriormente in un vizio di illogicità.

L'Organo Giudicante, atteso che il nesso eziologico si interrompa innanzi ad una responsabilità esclusiva del danneggiato, ha ritenuto di non dover, ad ogni buon conto, valutare il grado della colpa del N.

Autogestione come caso fortuito e come reato di invasione di edifici ex art. 633, C.P. Quanto sopra a testimoniare che, pur ammettendo, in ipotesi, un concorso di colpa, il Tribunale abbia illogicamente valutato i dati costitutivi della fattispecie a grave danno dell'odierno appellante.

Il Tribunale di Firenze esamina, in primo luogo, la natura della violazione dell'obbligo di vigilanza di cui all'*art. 2051 c.c.* esponendo in maniera assai chiara quali siano gli obblighi di prova a carico del danneggiato che si estrinsecano nella necessità, da parte di quest'ultimo, di provare l'idoneità della «cosa» alla produzione del nocumento, l'esistenza di un rapporto di custodia fra il proprietario della stessa e la «cosa» stessa, nonché che il danno derivi dalla cosa in sé considerata.

Il Tribunale dà per certa l'esistenza del rapporto di custodia affermando che l'onere era sicuramente da rintracciarsi a carico dell'Istituto scolastico che aveva la disponibilità del bene.

In realtà, la difesa erariale obiettava sul punto che l'occupazione dell'Istituto, la quale per una parte della giurisprudenza integra il reato d'invasione di edifici *ex art. 633 c.p.*, interrompeva il nesso di custodia.

Premesso che sia la dottrina sia la giurisprudenza hanno avuto modo, occupandosi dell'argomento, di evidenziare e chiarire che la responsabilità del custode non sorge da un suo comportamento, sia esso attivo od omissivo,

(3) Cass. civ., n. 8997 del 1999, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2000, parte prima, 352.

ma semplicemente dalla relazione intercorrente fra quest'ultimo e la cosa dannosa, occorre, nell'analisi del caso *de quo*, evidenziare che la sussistenza di tale rapporto in realtà, è tutt'altro che pacifica.

(In tema di responsabilità per il danno cagionato da cose in custodia, la responsabilità del custode sussiste nei limiti in cui il terzo danneggiato abbia un titolo per entrare in legittima relazione con la cosa e tale titolo non può essere rappresentato da un preteso «diritto di accesso alla natura», che si vuole consistere nella libertà di accedere, senza recare danni alle colture esistenti, nel fondo altrui che non sia chiuso, al fine di svolgervi attività escursionistiche, ricreative o simili, Trib. S. Remo, 30 settembre 2002, *Gius.*, 2003, 2, 234).

Alla luce dell'evento accidentale dell'occupazione dell'istituto scolastico, occorre valutare se la commissione di un reato da parte del danneggiato non sia di per sé idonea ad interrompere il nesso causale necessario per l'attribuzione del danno alla responsabilità del custode della *res* danneggiante.

Occorre premettere che la giurisprudenza negli ultimi anni ha operato un notevole ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 2051 c.c. fino ad ammettere che il dinamismo della cosa idoneo alla produzione del danno sia semplicemente da rintracciarsi nella capacità della *res* di porsi, per le sue caratteristiche morfologiche, quale causa del danno (4).

La sufficienza della morfologia della *res* ai fini della creazione dell'evento dannoso rende estremamente facile rinvenire una responsabilità in presenza di evento dannoso cagionato da una *res* che si trovi sotto la custodia di un soggetto che è chiamato a rispondere del danno.

Fondamentale, dunque, si configura capire cosa la norma richieda ai fini della configurazione della responsabilità in tema di custodia.

La sentenza ritiene certa l'esistenza del rapporto giuridico di custodia fra dirigente dell'Istituto scolastico e porta che ha provocato il danneggiamento al minore.

Il fatto che nelle ore in cui si è prodotto il danno la scuola fosse «occupata» interrompe il rapporto di custodia fra Istituto e *res* danneggiante?

La giurisprudenza maggioritaria ritiene che, perché si possa parlare di custodia, occorre che il bene si trovi nella fisica disponibilità del custode, in modo che non si configuri una responsabilità oggettiva bensì, in capo al custode, una responsabilità per omessa vigilanza del bene potenzialmente pericoloso (5).

Si inserisce, a questo punto, nel nesso causale, l'evento dell'autogestione.

Solo se il custode riesce a dimostrare l'insorgere di un evento assolutamente fortuito, la giurisprudenza ritiene che il nesso causale venga a mancare (6).

(4) *Ex multis* C.C. 1999/3041, con nota di VISINTINI, in *G.I.*, 2000, 733.

(5) Molte le pronunce che ribadiscono questo punto; fra le tante, C.C., Sez. III, 17 maggio 2001, n. 6767.

(6) *Ex multis* C.C., Sez. III, 26 marzo 2002, n. 4308.

Infatti, l'art. 2051 c.c. si riferisce esclusivamente al danno cagionato dalla cosa, indipendentemente dal comportamento volontario di colui che se ne serve e per converso, non è configurabile nei casi in cui il danno derivi da un intervento positivo dell'uomo.

Nel caso *de quo*, l'esistenza di una situazione che obiettivamente deve ritenersi eccezionale, avrebbe dovuto spingere il Tribunale a valutare, ancor prima dell'esistenza degli altri presupposti per l'applicazione della norma, l'esistenza del rapporto di custodia. Il rapporto in oggetto che si qualifica per la caratteristica prima dell'attualità del controllo espressa dalla dizione «fisica disponibilità» deve essere rinvenuto, prima ancora che in diritto, in fatto.

Questo argomento, di cui si è avvalsa la difesa dell'Avvocatura dello Stato, è stato disatteso dal Giudice il quale ha ritenuto che l'occupazione come forma di agitazione studentesca non possa ritenersi, all'interno dell'attività didattica, un evento eccezionale tale da escludere il rapporto di custodia.

Pur non concordando con una visione che lega una responsabilità fondata sulla disponibilità materiale del bene danneggiante all'ipotesi risarcitoria, occorre, comunque, tener conto della progressiva oggettivizzazione della figura stessa operata nel corso degli ultimi anni dalla giurisprudenza di merito.

AmMESSO che la *res* presenti per le sue condizioni di manutenzione una sua idoneità a procurare il danno, risulta francamente fuor di dubbio che le modalità di entrata in contatto del soggetto danneggiato con la *res* rivestano comunque un'importanza fondamentale nella configurazione della figura risarcitoria.

In altri termini, l'efficienza causale della *res* di per sé, non può da sola costituire la ragione ultima di ricostruzione del titolo di responsabilità in capo al custode.

Non sfugge ad un'analisi attenta che tenga conto della struttura dell'art. 2051 c.c. che qualora il controllo, o quanto meno, la possibilità di controllo, sulla *res* viene meno, il danno che si ingenera non può esser ricondotto al titolo in esame.

In particolare, se è vero come ha avuto modo di affermare la Suprema Corte, che il profilo del comportamento del custode è estraneo alla fattispecie normativa (7), è pur vero che quando la *res* svolge il ruolo di occasione dell'evento dannoso che è integrato dal comportamento del danneggiato stesso, si sviluppa la figura del fortuito incidentale, che di per se è idoneo ad interrompere il nesso causale fra *res* e danno (8).

A maggior ragione nei casi in cui il contatto da cui si ingenera l'occasione del danno non è assistito dalla preesistenza, anzi dalla contemporaneità, di un rapporto qualificabile come di custodia, allora la figura *ex* art. 2051 c.c. non può ricostruirsi quale titolo abilitante al risarcimento.

(7) *Ex multis* C.C., Sez. III, 20 luglio 2002, n. 10641.

(8) Cfr. C.C., Sez. III, 17 gennaio 2001, n. 584.

La Cassazione ha avuto modo di ribadire in più occasioni che, pur nell'estraneità della fattispecie rispetto al comportamento del custode, il fondamento della responsabilità *ex art. 2051 c.c.* deve rinvenirsi nella violazione di un obbligo di sorveglianza, il quale sussiste solo ed unicamente, a carico del custode, qualora il soggetto, che risulti danneggiato, abbia un titolo idoneo per entrare in legittima relazione con la cosa che rappresenta l'occasione-mezzo del danno (9).

Nel caso che si utilizza da spunto per questa breve riflessione, la configurabilità di un'ipotesi astratta di reato a carico del soggetto che lamenta il danno dovrebbe quanto meno condurre ad un particolare approfondimento dei dati fattuali e giuridici della fattispecie.

Ritenere non sussistente, da parte del Tribunale, il caso fortuito per il solo fatto dell'occupazione studentesca, non esaurisce il problema della «legittima entrata in contatto» del danneggiato rispetto alla *res*.

Infatti, è doveroso evidenziare che, qualora si ritenga opportuno fornire ristoro ad una fattispecie come quella in oggetto, sarebbe opportuno agire in applicazione del disposto dell'art. 2043 c.c.

Entrare in contatto con beni di cui non si ha la disponibilità in modo *contra jus*, in caso di danneggiamento, non può far insorgere una responsabilità qualificata come è quella prevista all'art. 2051 c.c. a carico del custode, ma caso mai, ricorrendone gli estremi, una responsabilità aquiliana (10).

La figura normativa *ex art. 2051 c.c.* si pone, pertanto, come ipotesi risarcitoria che necessita il ricorrere dell'elemento fondamentale della custodia, mancando la quale il danno, che la cosa nel suo essere ha potuto cagionare, è risarcibile solo ed unicamente in applicazione del disposto dell'art. 2043 c.c.

Il vantaggio per l'attore di adire il Giudice in applicazione dell'art. 2051 c.c. è assolutamente evidente e risiede nella diversa distribuzione dell'onere della prova. Nella realtà dei fatti per quanto concerne il caso che ha dato luogo alla decisione *de quo*, occorre evidenziare che il comportamento stesso del danneggiato lascia abbastanza perplessi in merito alla possibilità per il Tribunale di ricostruire, quanto meno, un concorso di colpa.

Conclusioni. La dottrina e la giurisprudenza sono pacifiche nell'affermare che l'art. 2051 c.c. non interviene a derogare i principi del rapporto di causalità e di concorso di cause. Il comportamento colposo del danneggiato interviene a diminuire la responsabilità del custode ai sensi e per gli effetti degli art. 2056 e 1227, 1 comma c.c. (11).

Qualora il comportamento del danneggiato non sia in grado di configurare di per sé un fortuito accidentale tale da interrompere il nesso causale fra *res* ed evento, il comportamento comunque non consono conduce, o

(9) *Ex multis* C.C., Sez. III, 27 agosto 1999, n. 8997.

(10) Su questo punto specifica C.C., Sez. III, 27 agosto 1999, n. 8997.

(11) C.C., Sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2331 in *Danno e Resp.*, 2001, con nota di BREDA.

almeno dovrebbe condurre, a valutare la responsabilità del custode alla luce di comportamenti che si palesano idonei all'utilizzo o, comunque, all'entrata in contatto con la *res* da parte del danneggiato.

Nella decisione che si commenta nulla di tutto ciò.

In realtà ciò che crea il maggior dubbio nell'analisi della predetta decisione è la mancata valutazione del fortuito accidentale e la ricostruzione del rapporto di custodia in assenza dell'elemento fondamentale del controllo caratterizzato, invece, dalla presenza di un soggetto danneggiato che stava commettendo reato.

Avv. Maria Vittoria Lumetti
Dott. Sandro Tizzi

Tribunale di Firenze, seconda sezione civile, sentenza 21 novembre 2002, n. 762-N. c/ Istituto Tecnico Agrario Statale di Firenze (Avv. dello Stato M. V. Lumetti, contenzioso n. 3366/97).

La verifica di un infortunio durante l'occupazione studentesca non è circostanza sufficiente ed idonea ad assurgere a caso fortuito e tale da escludere il nesso causale tra la res e l'evento dannoso.

«(Omissis) Con atto di citazione notificato il 13 novembre 1997 il sig. N. ha convenuto dinanzi l'intestata Autorità l'Istituto tecnico agrario statale di Firenze, in persona del Preside, di cui era alunno, esponendo che in data 6 dicembre 1995 verso le ore 10,00 si trovava nelle serre dell'istituto per svolgere attività didattica quando, mentre prestava aiuto a due compagni di classe della Seconda A, nel trasportare alcune piante da una serra ad un'altra, urtava contro il vetro, già rotto in più punti, di una porta per cui si tagliava il polso della mano sinistra; che subiva lesioni personali diagnosticate in «lesioni complesse polso sinistro» con prognosi iniziale di trenta giorni; che si è dovuto sottoporre ad un intervento chirurgico di ricostruzione dei flessori e del nervo ulnare; per tali lesioni agisce in giudizio per il risarcimento, essendo stati vani i tentativi di una composizione stragiudiziale della questione (omissis).

È preliminare esaminare il profilo di responsabilità derivante dalla asserita violazione dell'obbligo di custodia *ex art.* 2051 C.C. da parte del convenuto e posto a fondamento della domanda attrice.

Nella fattispecie il danneggiato deve primariamente provare: 1) l'idoneità della 'cosa' al nocimento, quale idoneità a produrre lesioni; 2) che il danno derivi dalla cosa in sé considerata; 3) l'esistenza di un rapporto di custodia tra il proprietario della cosa e quest'ultima che lo obblighi a vigilare e a tenerla sotto controllo.

Ciò premesso, mentre sono indubbie nel caso di specie sia la sussistenza di tale ultimo elemento che l'esistenza di una intrinseca pericolosità della cosa in sé, l'onere di dimostrare l'esistenza di uno specifico nesso causale tra la *res* e l'evento può essere assolto, come nel caso concreto, nel rilevare che l'evento si è prodotto come conseguenza normale della particolare condizione, anche potenzialmente lesiva, posseduta o successivamente assunta dalla cosa considerata nella sua globalità.

In ordine al tipo di responsabilità e in ossequio al vecchio dogma «nessuna responsabilità senza colpa», il tradizionale orientamento giurisprudenziale riteneva che la fattispecie in discorso fosse governata dal generale principio della colpa: il dovere di vigilare la *res*, il dovere di adottare tutte le cautele necessarie ad evitare che dalla cosa possano derivare pregiudizi ai terzi, qualora violati, danno luogo alla responsabilità colposa di cui all'art. 2051 c.c., che opera in via presuntiva.

La presunzione *iuris tantum* di colpa a carico di colui che ha il dovere di custodia veniva elisa solo qualora tale soggetto dimostrasse la causa ignota o il caso fortuito, cioè desse prova dell'assenza di colpa.

Tuttavia a tal riguardo si registra in tempi recenti un diverso orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte: la responsabilità in esame non viene più inscritta tra le fattispecie governate dal principio della colpa, ma viene fatta rientrare nel novero delle figure di responsabilità oggettiva.

Essa si basa sulla sola relazione di custodia che intercorre tra il soggetto e la cosa e sul nesso di causalità tra la *res* e il danno (cfr. Cass., sez. III, 20 maggio 1998 n. 5031; Cass., sez. III, 12 maggio 1999 n. 4689).

Nella struttura della norma non vi è più spazio per una valutazione del comportamento del custode che si potrà liberare solo con la prova del caso fortuito inteso come fattore esterno, dotato dei caratteri dell'eccezionalità e dell'imprevedibilità, idoneo ad interrompere il nesso eziologico.

Si deve ritenere che, in tema di ripartizione dell'onere della prova, all'attore compete provare l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo, mentre il convenuto per liberarsi dovrà provare l'esistenza di un fattore, estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere quel nesso causale e, cioè, un fattore esterno (che può essere anche il fatto di un terzo o del danneggiato) che presenti i caratteri del fortuito e, quindi, dell'imprevedibilità e della assoluta eccezionalità.

Si parla di «rischio» piuttosto che di «colpa» di custodia (cfr. Cass., S.U., 11 novembre 1991 n. 12019, in *Foro It.* 1993, I, c. 922).

Ciò rilevato, la verifica del sinistro durante la svolgimento di un attività didattica autogestita ma condotta e diretta dal Prof. C. perché inerente alle materie di studio dell'istituto scolastico (preparazione di talee di piantine) non è circostanza sufficiente ed idonea per assurgere a caso fortuito e per escludere il nesso causale tra la *res* e l'evento dannoso.

Ciò in quanto lo stato di carente manutenzione in cui si trovava la porta – arrugginita, non funzionante e con diversi riquadri di vetro già incrinati (v. teste Z.) - poteva causare, in qualsiasi momento, dei sinistri e in danno di qualsiasi avventore della serra; non da ultimo non può essere sottaciuta la circostanza che già nel 1994 il convenuto aveva ritenuto necessario provvedere a consolidare e mantenere la serra medesima (v. doc. n. 16 fasc. convenuto ove si legge «...che è interdetto *l'accesso all'azienda annessa all'I.P.A.S. .. perché esistono fattori di rischio e di pericolosità sull'edificio in muratura adibito a serra per le gravi lesioni riportate a seguito dei lavori in corso n. b. svolti dall'impresa M. per la committenza del comune di Firenze*).

Né, ancora, può rappresentare «caso fortuito» l'aver l'attore cercato di chiudere con due mani la porta a vetri, che già non si chiudeva bene: difatti, sebbene in tema di responsabilità per danni da cosa in custodia il caso fortuito idoneo a superare la presunzione di responsabilità del custode può anche consistere nel comportamento del danneggiato, quest'ultimo deve essere stato la causa esclusiva dell'evento dannoso (v. Cass. civ., sez. III, 10 maggio 1999 n. 4616).

Nel caso in esame non è stato posto in contestazione che la porta a vetri fosse rotta prima dell'incidente e che parte degli stessi fossero tenuti insieme da dello «*scotch*» (*omissis*).

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. – Parere del 22 maggio 2003 – Tasse su concessioni governative.

Se per impedire la decadenza fissata per il rimborso di tasse di concessione governativa sia sufficiente la spedizione della richiesta od occorra la ricezione della stessa da parte delle amministrazioni (consultivo n. 6166/03, avvocato F.M. Patierno).

«Con la sentenza n. 1470/03 pronunciata nel giudizio di cui all'oggetto è stata accolta la domanda di controparte a seguito dell'applicazione del recente orientamento della Suprema Corte secondo il quale «per impedire la decadenza sia sufficiente la spedizione della domanda di rimborso e non il suo arrivo a destinazione nel termine predetto» (Cassazione Civile, 1 Sezione, n. 1691 del 15 febbraio 2002), conforme a Cass., Sez. V, n. 10373/00, n. 11362/01, n. 11463/01.

L'Avvocatura Distrettuale di Napoli chiede se si possa desistere dal coltivare l'eccezione di decadenza nelle ipotesi *de quibus* ovvero si insista ritenendo che la questione vada riproposta nuovamente innanzi alla Suprema Corte.

La tematica posta riguarda il problema che sorge dall'applicazione dell'art. 13 d.P.R. 641/1972 nei casi nei quali – per impedire il maturare della decadenza – la spedizione della domanda di rimborso della tassa di concessione governativa sia stata effettuata a mezzo posta con raccomandata in data anteriore alla scadenza del predetto termine ma la stessa domanda sia pervenuta alla P.A. a termine scaduto.

La Scrivente ha ritenuto che in tali casi l'istanza di rimborso, pervenuta a termine triennale scaduto, non sarebbe stata idonea ad impedire il maturare della decadenza dell'art. 13 sebbene l'istanza di rimborso fosse stata spedita prima della scadenza triennale.

La Cassazione, al riguardo, ha assunto una posizione del tutto antitetica a quella di questa Difesa Erariale.

Il più recente indirizzo della Suprema Corte ritiene che per impedire la decadenza sia sufficiente la spedizione della domanda di rimborso e non il suo arrivo a destinazione. Invero, «l'istanza di rimborso della tassa di concessione governativa per l'iscrizione delle società nel registro delle imprese deve considerarsi tempestiva qualora venga presentata per la spedizione agli uffici postali entro il termine di cui all'articolo 13 del d.P.R. 641 del 1972» (Cass.: Cov., Sez. 1, 15 febbraio 2000, n. 1691).

Infatti, «poiché gli atti impeditivi della decadenza vengono in considerazione per le conseguenze che determinano a carico del diritto che deve essere esercitato, per legge o contratto, entro un dato termine, il verificarsi di tale effetto non può essere subordinato alla ricezione di tali atti da parte del destinatario, neppure quando questi sia determinato, non integrando i medesimi degli atti ricettizi, per essere tale qualificazione correlata ad esigenze di tutela del destinatario che, nel caso della decadenza, non sussistono; tale principio — che in tema di rapporti con la P.A. si armonizza con l'altro secondo cui i termini stabiliti per la presentazione di ricorsi, istanze, domande da parte di privati sono osservati quando sono spedite in tempo utile a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento — trova applicazione anche in relazione alla richiesta di rimborso della tassa di concessione governativa per l'iscrizione annuale nel registro delle imprese corrisposta in applicazione di norme incompatibili col diritto comunitario, da effettuarsi nel termine di decadenza di tre anni decorrenti dal giorno del pagamento» (Cass. Civ., sez. 1, 15 ottobre 1999, n. 11625).

Pertanto, «ai fini della verifica della tempestività della presentazione della domanda di rimborso deve avere riguardo alla data di spedizione e non a quella di ricezione della domanda stessa da parte dell'amministrazione finanziaria (Cass. civ., Sez. 1, 25 ottobre 1999, n. 11973)».

In tale ottica andrebbe, quindi, affermata la tempestività delle domande di rimborso spedite prima della scadenza del termine triennale di decadenza ma pervenute alla P.A. in data successiva al termine di scadenza.

In relazione alla posizione della Cassazione pare alla Scrivente che sia preferibile prestare acquiescenza alle sentenze che hanno fatto proprio l'orientamento contrario alla P.A. assunto ormai dalla S.C.

Resta confermato l'avviso già espresso dalla Scrivente con note n. 103703 e 103704 del 4 ottobre 2002 relative ai ct. 24960/1999 e ct. 21914/1999».

A.G.S. – Parere del 9 luglio 2003 n. 78223.

Ambito e modalità di applicazione della legge n. 166/2002, art. 2 (consultivo n. 5070/03, avvocato A. Linguiti).

«Con il foglio in riscontro codesta Gestione commissariale ha chiesto: 1) se la disciplina acceleratoria della definizione delle controversie in materia dei lavori pubblici di cui all'art. 2 legge 166/2002 sia applicabile anche alle controversie che interessano le opere affidate alla Gestione commissariale ex Agensud incardinata presso il Ministero delle Politiche Agricole, nonostante il fatto che il riferimento contenuto in detto articolo riguardi direttamente solo le opere ex Agensud attribuite alla competenza del Ministero dei Lavori Pubblici (ora Infrastrutture e Trasporti); 2) se il limite del 25% delle pretese di maggiori compensi vada calcolato depurando le pretese di quelle intempestive o palesemente infondate perché contrastate in modo evidente da già acquisite risultanze di fatti; 3) se il parere dell'Avvocatura dello Stato reso ora facoltativo dall'art. 2 legge 166/2002 sulle transazioni in discorso

possa ritenersi non riguardare comunque e già prima di detta disposizione i rapporti intercorrenti tra l'ex Agensud (ora Gestione commissariale) ed i concessionari della realizzazione delle opere, atteso il fatto che tali rapporti sono riconducibili normalmente (e salvi i casi di gestione c.d. diretta) alla funzione di finanziamento dei costi delle opere, sicché la valutazione dell'ex Agensud si limita in tali casi alla accollabilità a sensi del disciplinare di concessione degli oneri transattivi assunti dai concessionari a definizione delle - maggiori pretese avanzate dagli appaltatori.

Ritiene questa Avvocatura, con riferimento al primo quesito, che la norma acceleratoria di cui all'art. 2 legge 166/2002 sia applicabile anche per la definizione delle controversie relative ad opere già di competenza dell'ex Agensud ed ora affidata alla Gestione commissariale istituita presso il Ministero delle Politiche Agricole e Forestali. Tale opinione è sorretta in primo luogo dal dato formale offerto - come ricorda codesta Gestione - dal comma 5 dell'art. 19 del decreto legge 32/1995 convertito in legge 104/1995 secondo il quale il Commissario *ad acta* della Gestione commissariale ex Agensud Politiche Agricole e Forestali «esercita i poteri e osserva le procedure di cui all'art. 9 del D. Leg.vo 96/1993 e successive modificazioni ed integrazioni».

In secondo luogo e, sempre sotto il profilo formale, lo stesso richiamo contenuto nell'art. 9/I comma del D. Leg.vo 96/1993 alle «altre opere» ben può ritenersi essere stato voluto proprio per riservare alle opere ex Agensud attribuite alla competenza dell'ora Ministero delle Politiche Agricole e Forestali attraverso l'apposito Commissario *ad acta* le stesse modalità di gestione e definizione dei relativi rapporti.

Sotto il profilo funzionale, poi, non può non convenirsi con codesta Gestione sulla irrazionalità cui si perverrebbe dando ad una materia di identica matrice e disciplina fino alla soppressione dell'ex Agensud difformità di trattamento con riguardo alla definizione delle controversie ad essa relative ed ancora pendenti.

Quanto al secondo quesito sembra opportuno, nonostante la dichiarata volontà acceleratoria posta a fondamento della norma in esame, che la base di calcolo per la individuazione del limite del 25% delle maggiori pretese vada depurata preliminarmente soltanto delle pretese palesemente intempestive o assolutamente infondate, ovvero temerarie.

Sembra invece che, fermo che le maggiori pretese vanno prese in considerazione nel loro assieme e senza preliminari depurazioni, possa individuarsi, entro il limite massimo del 25% (o del 50% di quanto riconosciuto da lodo o sentenza non definitiva) del loro importo un diverso e più modesto limite di definizione proprio per consentire di tener conto delle maggiori o minori prospettive di fondatezza delle pretese in questione, che potrebbero anche essere ritenute assolutamente inaccoglibili in quanto del tutto infondate.

È su tale considerazione che appare fondarsi la riconosciuta facoltà di chiedere il parere dell'Avvocatura dello Stato sui termini dello schema di transazione, che non avrebbe altrimenti ragione d'essere.

Al riguardo pertanto si ritiene che le innovazioni apportate dalla normativa in esame siano rappresentate 1) dalla facoltatività della richiesta di

parere dell'Avvocatura contro la precedente obbligatorietà; 2) dal meccanismo del silenzio assenso ove detto parere se richiesto, non intervenga entro 6 mesi dalla richiesta; 3) dalla determinazione nella misura forfettaria del 5% annuo degli accessori per interessi e rivalutazione, con la decorrenza che, non essendo stata indicata nella norma, resta quella propria di ciascuna ragione di credito; 4) dall'obbligo di corrispondere quanto transattivamente definito entro 2 mesi dall'acquisizione del parere dell'Avvocatura Generale dello Stato (o – si deve ritenere – entro 2 mesi dalla scadenza dei 6 mesi dalla richiesta senza risposta).

Per quanto attiene invece alla valutazione della fondatezza delle maggiori pretese restano ferme le procedure fin qui praticate tenendo presente però che l'offerta transattiva non potrà superare i limiti massimi del 25% o del 50% sopraindicato a seconda dello stato della vertenza.

Quanto al terzo quesito, legato alla natura di mero finanziamento del rapporto intercorrente tra l'ex Agensud ed i concessionari per la realizzazione degli interventi ed alla conseguente estraneità dell'ex Agensud alle definizioni transattive delle vertenze tra concessionari ed appaltatori per le maggiori pretese da questi avanzate, sicché le valutazioni dell'ex Agensud sarebbero limitate alla accollabilità a suo carico degli oneri transattivi assunti dai concessionari verso i propri appaltatori creditori, si ritiene che quante volte venga dimostrato dal concessionario che gli oneri non sono imputabili a scelte o comportamenti del concessionario nel rapporto con gli appaltatori e finalizzati alla realizzazione dell'intervento essi vadano coperti dal finanziamento dell'ex Agensud. Pertanto, non rappresentando direttamente oneri transattivi e non essendo conseguenza del puro accollo della transazione, non sembra che codesta Gestione dovesse obbligatoriamente, come è previsto per i negozi transattivi, munirsi del parere dell'Avvocatura dello Stato, che ovviamente potrà ancora richiedere all'attualità quando lo ritenga opportuno».

A.G.S. – Parere del 22 luglio 2003, n. 81240 – Accesso ai documenti amministrativi.

Possibilità di accesso ai curricula di candidati ad un concorso – Limiti per la tutela della riservatezza (consultivo n. 7910/03, avvocato G. Mangia).

«Con la nota che si riscontra, codesto Istituto ha sottoposto a questo *Gazzetta Ufficiale* il seguente quesito.

Conclusosi un concorso interno per soli titoli ad un posto di primo livello professionale, profilo di dirigente di ricerca, bandito in data 13 novembre 2002, ai sensi dall'art. 64 C.C.N.L. 21 febbraio 2002, uno dei concorrenti, idoneo ma non vincitore, ha chiesto di prendere visione degli atti attinenti il procedimento concorsuale; codesto Istituto ha già provveduto a consegnare all'interessato copia dei verbali delle riunioni della Commissione, con allegate le schede di valutazione dei titoli relativi a ciascun concorrente, e chiede a questa Avvocatura se sia possibile, nel rispetto della legge

31 dicembre 1996 n. 675, consentire l'accesso anche ai «*curricula*» dei candidati al concorso, «*curricula*» che rappresentano uno degli elementi su cui si è basata la valutazione.

La risposta al quesito è nel senso che è consentita, ai sensi della legge 7 agosto 1990 n. 241, al concorrente, idoneo ma non vincitore, richiedente l'accesso, la visione dei «*curricula*» dei partecipanti al concorso senza che risultino in qualche modo compromessi i principi legati al rispetto della «*privacy*» di cui alla suddetta legge n. 675 del 1996.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte chiarito che, nel necessario equilibrio e contemperamento del diritto di accesso ai documenti amministrativi, ai sensi dell'art. 22 legge 7 agosto 1990 n. 241, e del diritto alla riservatezza dei dati provenienti da terzi ed acquisiti dalla P.A., prevale, in linea generale, il primo, ogniqualvolta i dati medesimi siano utili all'interessato per la protezione di un interesse che egli può tutelare in via diretta, come quando il richiedente l'accesso ed i terzi siano coinvolti nel medesimo procedimento.

Infatti, nel conflitto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza, prevale il primo ogni qualvolta l'accesso viene in rilievo per la cura e la difesa di propri interessi giuridici (C. Stato, sez. IV, 27 agosto 1998, n. 1131; C. Stato, ad. plen., 4 febbraio 1997, n. 5).

Nella fattispecie in esame non può essere disconosciuta all'istante una posizione giuridicamente tutelata alla conoscenza anche dei «*curricula*» degli altri concorrenti, sia perché i «*curricula*» stessi costituiscono elementi su cui si è basata la valutazione, sia per la natura del concorso, il quale prevede come unico parametro valutativo i titoli posseduti dai candidati.

Neppure può essere di ostacolo l'assunto per cui sulla trasparenza prevarrebbe l'esigenza di tutelare la riservatezza degli altri candidati.

I «*curricula*», infatti, per loro natura, sono destinati al confronto con quelli di altri candidati, in un necessario giudizio di relazione comparata».

A.G.S. – Parere del 22 luglio 2003 n. 81247.

Legge 22 dicembre 1999 n. 512 – Istituzione del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso – Notifica ex art. 5 atto di citazione (consultivo n. 18678/02, avvocato S. Sabelli).

«1. — Con la nota emarginata codesta Avvocatura, in relazione al contenzioso instaurato con l'atto di citazione in oggetto, ha richiamato il quesito di carattere generale, già rivolto a questo G.U. dalla Consorella di Caltanissetta, con nota dell'11 ottobre 2002, prot. 4887, in merito all'opportunità di intervenire nell'interesse dell'Amministrazione nel giudizio civile promosso dalle vittime dei reati di tipo mafioso nei confronti dei soggetti condannati dal giudice penale in quanto responsabili dei reati ascritti. L'esigenza di un parere di massima sull'argomento è avvertita anche da codesto Ministero, il quale, interpellato dalla Scrivente, con la nota del 12 novembre 2002, prot. 02643/N/8/7 che si riscontra, ha posto l'attenzione sul tendenziale espandersi di tale tipo di contenzioso instaurato con citazioni notificate al Fondo, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 512/1999, specificando che, allo stato, oltre

ai tre giudizi intervenuti dinanzi ai Tribunali di Palermo e Caltanissetta – cui si riferiscono le richieste di parere in oggetto – altri sette processi risultano pendenti (cinque dinanzi allo stesso Tribunale civile di Palermo, uno dinanzi al Tribunale di Ragusa e uno dinanzi a quello di Milano).

Con più recente nota del 7 gennaio 2003 il Ministero dell'Interno ha trasmesso all'Avvocatura Distrettuale di Napoli analogo atto di citazione contenente domande di risarcimento danni dinanzi al Tribunale di Benevento.

Infine, il predetto Ministero, con la nota in riferimento ha trasmesso alla Scrivente copia della nota in data 15 maggio 2003 dell'Avvocatura Distrettuale di Catania, che in relazione ad analogo atto di citazione dinanzi al Tribunale di Catania (*omissis*), ha espresso parere negativo in merito all'utilità di partecipare al giudizio intrapreso, in quanto tale partecipazione non potrebbe produrre effetti sostanziali né processuali.

2. — Esaminati gli atti e la normativa introdotta con la legge 22 dicembre 1999, n. 512, che ha istituito il Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso e con il relativo regolamento di attuazione, emanato con d.P.R. 28 maggio 2001 n. 284, si condivide, in primo luogo, l'avviso espresso dall'Avvocatura di Caltanissetta in merito alla portata degli effetti prodotti nei confronti del Fondo di rotazione, dalle liquidazioni operate dal giudice civile in accoglimento delle pretese risarcitorie azionate contro soggetti giudicati in sede penale quali responsabili di reati di tipo mafioso.

Tanto con riferimento all'azione esercitata in sede penale quanto a quella esercitata dinanzi al giudice civile, infatti, il disposto della legge n. 512/1999 comporta che nei confronti del Fondo di rotazione, al quale a norma del comma terzo sia stato notificato l'atto di citazione a cura dell'attore (ovvero notificato l'avviso relativo alla richiesta di rinvio a giudizio), faccia stato la sentenza di condanna passata in giudicato, nonché quella emessa a titolo di provvisoria o comunque la sentenza civile di liquidazione del danno (art. 5 della legge n. 512/1999 «Domanda per l'accesso al Fondo»). La presentazione di copia autentica degli estratti di tali provvedimenti autorizza il creditore a richiedere il pagamento direttamente al Fondo (v. anche artt.8 e s.s. del d.P.R. 28 maggio 2001, n. 284).

L'applicazione delle disposizioni di legge e di regolamento citate comporta, altresì, che non sia possibile al Fondo contestare le statuizioni e, in particolare, le liquidazioni emesse dal giudice civile all'esito, o nel corso, del giudizio al quale lo stesso Fondo non abbia preso parte nonostante l'avvenuta notifica dell'atto introduttivo.

Dai cenni che precedono consegue, in linea di principio, l'esigenza di partecipare al giudizio, e quindi, l'interesse ad intervenire nel medesimo, allo scopo di evitare che provvedimenti giurisdizionali scaturiti da una non corretta interpretazione della legge, o comunque in qualche modo o misura censurabili, possano essere posti in esecuzione nei confronti del Fondo di rotazione.

La necessità e l'utilità dell'intervento in giudizio, inoltre, dovranno essere valutate in concreto in relazione all'importanza del caso e alla portata economica del risarcimento richiesto, considerando, tra l'altro, i costi finan-

ziari e i possibili rischi giuridici che potrebbero scaturire dall'intervento, quale ad esempio quello di dover impugnare una decisione che palesemente si discostasse da una corretta interpretazione della legge e l'impossibilità, in questo caso, di sottrarsi illimitatamente al giudicato nell'ipotesi di non impugnazione.

Con maggior cautela, e sempre in base a valutazioni da compiersi caso per caso, si potrà assicurare la partecipazione dell'Avvocatura dello Stato nell'interesse del Fondo di rotazione anche nei processi penali.

3. — Da un punto di vista processuale la partecipazione nel giudizio civile la cui citazione introduttiva sia stata notificata al Fondo sembra presentarsi con caratteristiche particolari che, al di là di quanto osservato dal Ministero con la nota del 12 novembre 2002 sopra richiamata, non consentono di identificare la fattispecie in esame con alcuno dei vari tipi di intervento disciplinati dagli artt. 105 e ss. c.p.c., specie perchè la notifica della citazione avviene ad istanza dello stesso attore.

È proprio tale notifica, a parere di questo G.U., che rende la sentenza di risarcimento opponibile al Fondo che, attraverso l'estensione del contraddittorio, acquisisce la qualità di parte nel giudizio e in quanto tale, è legittimato a svolgere le proprie difese, atteso che la sentenza che chiuderà il processo sarà efficace anche nei suoi confronti.

In caso di mancata notifica si ritiene, infatti, che la decisione di risarcimento potrà valere nei soli confronti del convenuto, autore del reato, ma non sarà opponibile nei confronti del Fondo, né potrà costituire il legittimo presupposto per attivare la domanda di accesso ai sensi della legge n. 512/1999 e del relativo regolamento di attuazione.

In tale ipotesi l'intervento avrà natura particolare che trova diretto fondamento nella legge e la sua *ratio* giustificatrice nell'esigenza di sostenere l'interesse alla corretta applicazione della normativa in parola.

4. — La presenza in giudizio dell'Amministrazione — che dovrà naturalmente esprimersi nel rispetto dell'intento di solidarietà perseguito dalla legge, intervenuta con disciplina speciale ed apposita per alleviare le sofferenze e i danni patiti dalle vittime dei reati in questione — sarà, dunque, rivolta essenzialmente allo scopo di richiamare l'attenzione degli organi giudicanti sulle condizioni ed i limiti previsti dalla legge perché possa sorgere l'obbligazione posta a carico del Fondo.

5. — Quanto ai possibili contenuti di tale intervento si ritiene che — nonostante la verifica delle condizioni previste dall'art. 4 quali requisiti soggettivi del diritto di accesso al Fondo, formi oggetto anche della successiva fase amministrativa di accesso al Fondo disciplinata dall'art. 5 della legge n. 512/1999 — possa mettersi in evidenza, fin dalla fase giudiziaria, l'eventuale assenza dei requisiti di cui sopra, dando specifico risalto alla verifica della sussistenza delle cause di esclusione dell'obbligazione del Fondo indicate nel terzo comma dell'articolo 4, e di quelle ostative all'esercizio del diritto, previste dal quarto comma.

6. — Per quanto concerne, inoltre, la determinazione dell'ammontare delle liquidazioni che potranno essere effettuate in accoglimento delle domande risarcitorie, pur nel rispetto dell'intento solidaristico della legge,

non si potrà mancare di opporsi a richieste risarcitorie manifestamente inammissibili ovvero infondate alla stregua della comune interpretazione dell'art. 2043 c.c.

Tale sembra essere il caso della richiesta di risarcimento formulata dagli eredi B. innanzi al Tribunale di Palermo, nella parte volta ad ottenere la liquidazione non solo dei danni derivanti dalla grave perdita subita (e dunque ammissibili) ma anche di quelli consistenti nelle sofferenze morali patite ancor prima dell'evento dannoso a causa del «*pericolo costante di attentati da parte dei convenuti*», e quindi nella «*paura di essere ucciso da un momento all'altro*», che era divenuta «*molto più forte dopo l'assassino del fraterno amico, il dott. Giovanni Falcone*». In tal caso, infatti, all'evidenza, il nesso di causalità tra l'evento e i danni da esso derivanti.

7. — Ai fini dell'effettiva realizzazione della funzione di garanzia perseguita dal Legislatore, non potrà, infine, non tenersi conto dei limiti indicati dalla legge citata e dal regolamento di attuazione (azionato con d.P.R. 28 maggio 2001, n. 284), entro i quali contenere lo stanziamento complessivo dei relativi oneri.

L'art. 8 della legge specifica, infatti, che alla copertura finanziaria di tali oneri, quantificati in lire 20 miliardi annue a decorrere dall'anno 1999, «*si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 1999-2001, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente «Fondo Speciale dello Stato di previsione del Ministero del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica per l'anno 1999»*», allo scopo, parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero medesimo. L'art. 14 del regolamento, inoltre, specifica che il Comitato di solidarietà, in caso di disponibilità finanziarie insufficienti nell'anno di riferimento, delibera l'accesso al Fondo in quota proporzionale nella misura percentuale determinata all'inizio dell'anno dal Comitato medesimo, che entro il biennio successivo all'anno di riferimento, sulla base delle effettive risultanze, provvede alla liquidazione definitiva, senza aggravii di spesa derivanti da interessi, rivalutazioni ed oneri aggiuntivi.

Si ritiene opportuno, pertanto, richiamare l'attenzione dell'Organo Giudicante anche su tali aspetti.

Nel rimanere a disposizione per eventuali ed ulteriori chiarimenti che dovessero rendersi necessari in relazione a singoli casi, allo stato, si rendono le carte».

A.G.S. – Parere del 1 ottobre 2003, n. 105547 – Rimborsi e termine di prescrizione.

(consultivo n. 13863/02, avvocato L. Criscuoli)

«Con la nota suindicata codesta Direzione Centrale ha chiesto di conoscere il parere della scrivente sulla materia indicata in oggetto, al riguardo proponendo i seguenti tre quesiti:

1. quale debba intendersi la data della decorrenza del termine della prescrizione in materia di rimborsi delle imposte dirette e dell'I.V.A.;

2. se il termine medesimo possa essere validamente interrotto;

3. se sia legittimo ricorrere all'istituto dell'autotutela per effettuare rimborsi di somme indebitamente percepite allorché in capo al contribuente sia maturata la prescrizione del diritto al rimborso.

In ordine alla data da prendere in considerazione per la decorrenza del termine di prescrizione codesta Agenzia, dapprima, ricorda l'orientamento dell'Amministrazione finanziaria espresso nella circolare 17 dicembre 1987, n. 17, nella quale si affermava che la pretesa creditoria può essere avanzata immediatamente dal contribuente, di tal che la mancata richiesta configurerebbe inerzia utile al decorso della prescrizione che inizierebbe a decorrere dal giorno del versamento dell'indebito, laddove con precedente circolare (n. 14 del 1984), relativamente ai rimborsi collegati ad una dichiarazione, si era espresso l'avviso che il termine prescrizionale non inizia a decorrere dalla data della presentazione della dichiarazione bensì dalla data della liquidazione (ovvero da quella in cui scade il termine stabilito per la liquidazione) delle imposte dovute ai sensi dell'art. 36 bis del d.P.R. n. 600/1973 e succ. modif.; quindi, evidenza che con recente pronuncia la sezione tributaria della Suprema Corte (Cass., sez. V, 5 settembre 2001, n. 11416) ha statuito che il termine in questione, per i rimborsi collegati a dichiarazione, decorre dalla data di presentazione della dichiarazione, momento questo al quale deve intendersi ancorata la nascita della pretesa al rimborso.

Per esigenza di completezza, nel panorama giurisprudenziale formatosi sulla materia in discussione, devono essere ricordate la sentenza 7 settembre 2001, n. 11511, dal contenuto conforme alla n. 11416, e la sentenza 6 agosto 2002, n. 11830 che, invece, andando in difforme avviso da quelle che l'avevano preceduta, statuisce che «in tema di imposte sui redditi, qualora il contribuente abbia evidenziato nella dichiarazione un credito d'imposta, non occorre, da parte sua, al fine di ottenerne il rimborso, alcun altro adempimento (quale, in particolare, l'istanza *ex art. 38 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, estranea alla fattispecie anzidetta*), ma deve solo attendere che l'amministrazione finanziaria eserciti, sui dati esposti in dichiarazione, il potere – dovere di controllo secondo la procedura di liquidazione delle imposte, prevista dall'art. 36 bis del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, ovvero, ricorrendone i presupposti, secondo lo strumento della rettifica della dichiarazione. Una volta che il credito si sia consolidato – attraverso un riconoscimento esplicito in sede di liquidazione, ovvero per effetto di un riconoscimento implicito derivante dal mancato esercizio nei termini del potere di rettifica – l'amministrazione è tenuta ad eseguire il rimborso e il relativo credito del contribuente è soggetto alla ordinaria prescrizione decennale, decorrente dal riconoscimento del credito stesso». Con particolare riferimento al punto della decorrenza dell'ordinaria prescrizione decennale, la Suprema Corte nulla di particolare ha affermato nell'occasione; appare evidente che il giudice della legittimità, questa volta ha dato per scontato che nel periodo di tempo intercorrente tra la presentazione della dichiarazione e l'esercizio del potere di controllo dell'amministrazione finanziaria il diritto al rimborso non può essere fatto valere dal contribuente, sicché il termine di prescrizione non decorre.

Al riguardo la scrivente, che nel difendere gli interessi dell'Amministrazione nei relativi giudizi aveva assunto una posizione conforme a quella espressa dalle prime sentenze citate, pur nutrendo alcune perplessità al riguardo, visto che in ogni caso la tesi espressa nella sentenza n. 11830/2002 (che richiama l'orientamento in precedenza fatto proprio dall'Amministrazione) merita considerazione, ritiene che, per stabilire la data in cui inizia a decorrere per il contribuente creditore il termine di prescrizione, sia opportuno guardare a quella della presentazione della dichiarazione che esponga un'imposta a credito. Invero, in base alla vigente normativa, ben può ritenersi (fermo restando che, allo stato della giurisprudenza della Sezione tributaria della Corte di Cassazione, non pare opportuno discostarsi dall'orientamento più favorevole manifestato dal Supremo Collegio sul punto) che quello sia il momento genetico del diritto di credito del contribuente e della corrispettiva obbligazione restitutoria, ovverosia che in quel momento nasca la pretesa alla restituzione, pretesa che, come messo in rilievo dal giudice della legittimità per il caso di rimborso collegato alla presentazione di una dichiarazione, al di là del tempo spettante all'Amministrazione per esercitare il proprio potere di controllo e quello connesso di liquidazione (c.d. *spatium deliberandi*), non conosce impedimenti e può subito essere efficacemente fatta valere dal contribuente, quanto meno al fine di interrompere il decorso del termine di prescrizione, laddove l'inerzia del creditore sin dal momento in cui ha provveduto a presentare la dichiarazione che espone l'imposta a credito (e, quindi, manifesta la pretesa di rimborso) fa decorrere la prescrizione.

Tale orientamento e tali conclusioni possono considerarsi validi anche in materia di I.V.A., posto che il diverso meccanismo del tributo non va ad incidere nella materia dei rimborsi dell'imposta versata in eccesso perché non dovuta e dei crediti d'imposta e della prescrizione dei relativi diritti, restando accantonata, in quanto non specificamente affrontata nella richiesta di parere, la questione della rilevanza del termine di tre mesi previsto dall'art. 38-*bis* per il caso dei rimborsi c.d. accelerati.

B) Come pacificamente ammesso da codesta Agenzia nell'introdurre l'argomento in trattazione, «nel vigente ordinamento tributario non si rinviene alcuna disposizione che deroghi ai principi generali in materia di certezza dei rapporti giuridici». Da ciò deriva necessariamente che il corso della prescrizione del diritto al rimborso, proprio in base ai richiamati principi generali non derogati in materia di rimborsi di imposta, possa essere interrotto sia in base a comportamenti del contribuente (creditore) che a seguito di comportamenti dell'Amministrazione finanziaria (debitrice) a cui l'ordinamento attribuisce valida efficacia interruttiva (un'istanza o un sollecito di pagamento del credito vantato presentati dal contribuente, ovvero una proposta di rimborso dell'Amministrazione cui possa attribuirsi valore ricognitivo). Non troverebbe invero alcuna valida giustificazione e spazio nell'ordinamento una prescrizione in materia tributaria il decorso del cui termine non possa subire valide interruzioni.

C) Per quel che attiene, infine, alla possibilità di effettuare in via di autotutela il rimborso di somme indebite anche nel caso in cui si sia maturata la prescrizione del relativo diritto, sul presupposto che in linea generale l'attività

di autotutela amministrativa possa essere esercitata anche in materia di rimborsi, codesta Agenzia, ricordato che anche il giudicato formatosi su questioni di rito, quali l'irricevibilità o l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso giurisdizionale ovvero le questioni di competenza e di giurisdizione, non costituisce ostacolo all'esercizio del potere di autotutela, esprime l'avviso che tale potere possa essere esercitato anche per eseguire rimborsi di somme corrisposte indebitamente all'erario relativamente ai quali il diritto del contribuente sia caduto in prescrizione.

Questa Avvocatura non concorda con la tesi espressa da codesta Direzione Centrale e con le argomentazioni che la sostengono.

Al di là ed a monte di serie questioni che pure si potrebbero porre in discussione sia in punto di diritto (problemi dei limiti della coesistenza del potere di autotutela della pubblica amministrazione e dell'esigenza di rispetto dalle legittimità che esso sottende, da un lato, e dell'esigenza della certezza dei rapporti di diritto che è a base della stessa *ratio* della prescrizione, dall'altro) che in termini di opportunità dell'azione amministrativa (necessità di trasparenza assoluta, onde evitare la disparità di trattamento in considerazione dell'ampia discrezionalità amministrativa che caratterizza l'autotutela amministrativa e conseguentemente la necessità di un'elaborazione preventiva di criteri generali particolarmente capillari ai quali attenersi e di un'esauritiva motivazione del provvedimento), quel che alla scrivente pare difficilmente superabile è una sorta di incompatibilità di fondo tra il concetto dell'autotutela amministrativa e quello della prescrizione che non sembra possa essere negata.

Al riguardo si rappresenta quanto segue.

Solo di recente, a seguito di interventi legislativi, si sono dissolti definitivamente i dubbi che parte cospicua della dottrina nutrivà in ordine alla possibilità che il generale potere di autotutela della pubblica amministrazione fosse esplicabile anche nel campo tributario. Infatti, solo con il d.P.R. n. 287/1992, recante il Regolamento degli uffici e del personale del Ministero delle Finanze, si è espressamente stabilito (art. 68, successivamente abrogato dall'art. 23 del d.P.R. n. 107/2001) che «salvo che sia intervenuto giudicato, gli uffici dell'amministrazione finanziaria possono procedere all'annullamento totale o parziale dei propri atti riconosciuti illegittimi o infondati con provvedimento motivato comunicato al destinatario dell'atto». In seguito, l'art. 2 quater del d.l. n. 564/1994, convertito nella legge n. 656/1994, ha previsto che con decreto del Ministro delle Finanze fossero indicati «gli organi dell'amministrazione finanziaria competenti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di revoca, anche in pendenza di giudizio o in caso di non impugnabilità, degli atti illegittimi e infondati». Sulla base di tale norma è stato emanato il d.m. 11 febbraio 1997, n. 37, con il quale si è provveduto ad integrare la assai scarna disciplina contenuta nei richiamati artt. 68 e 2 quater; nel relativo regolamento.

Al riguardo va anche ricordato che l'autotutela amministrativa, che a fronte di interessi legittimi opera sul piano di poteri autoritativi, si risolve in via generale in un potere ampiamente discrezionale della pubblica ammini-

strazione i cui presupposti indefettibili sono la presenza di un vizio di legittimità nell'atto che la pubblica amministrazione intende annullare d'ufficio e la sussistenza di un interesse pubblico specifico all'annullamento (e non soltanto l'interesse rispondente a quello generico di mero ripristino della legalità violata; dunque, un interesse che, in via di normalità, la giurisprudenza del giudice amministrativo ha identificato in quello sostanziale dell'amministrazione al cui soddisfacimento è preordinato il potere del quale l'atto illegittimo, da annullare, costituisce concreto esercizio). Orbene, in tale contesto, in capo al soggetto che beneficerebbe dell'annullamento d'ufficio (cui potrebbe attribuirsi la figura del cointeressato) può riconoscersi soltanto un mero interesse di fatto e, dunque, non una situazione di interesse giuridicamente protetto.

Ciò premesso e venendo al campo del diritto tributario, è agevole notare che, a differenza di ciò che generalmente avviene nel diritto amministrativo, in cui si opera per lo più sul terreno dei poteri autoritativi e quindi degli interessi legittimi, l'amministrazione finanziaria opera incidendo su posizioni di diritto soggettivo quali innegabilmente sono quelle che costituiscono i rapporti obbligatori d'imposta, venendo meno la figura del terzo soggetto del rapporto (vale a dire quella del controinteressato, ossia del soggetto destinatario degli effetti vantaggiosi provocati dal provvedimento riconosciuto illegittimo e da annullare, figura che normalmente, è presente nel diritto amministrativo quale titolare di un interesse legittimo contrario all'autoannullamento e, quindi, del diritto di impugnare l'atto di ritiro). Sussistono, dunque, tali non trascurabili differenze che rendono assolutamente diversi nella stessa natura e nella *ratio* il potere di autotutela previsto per il diritto tributario da quello di autotutela amministrativa per gli interessi legittimi.

Dal quadro normativo dianzi delineato può trarsi la convinzione che il potere di autotutela riconosciuto all'Amministrazione finanziaria dal legislatore tributario appartenga ad un diverso genere rispetto a quello proprio del consueto potere di autotutela amministrativa e sia più assimilabile al potere di autotutela esercitato dall'amministrazione nell'ambito del diritto amministrativo «comune» quando sono coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo.

Se così è, e non sembra alla scrivente che sussistano ragioni valide per dubitarne, è agevole osservare che in materia di rimborsi di imposta caduti in prescrizione non sussistano i presupposti per una legittima esplicazione del potere di autotutela previsto dalla legge da parte dell'amministrazione finanziaria (oggi, Agenzia delle Entrate).

In primo luogo non deve dimenticarsi che ci si muove nell'ambito di diritti indisponibili, laddove non può negarsi che rinunciare ad avvalersi della prescrizione di un credito d'imposta maturata a favore dell'Amministrazione costituirebbe un atto di disposizione non consentito.

Peraltro, e la considerazione appare assorbente, nel momento in cui si provveda al rimborso di un credito d'imposta caduto in prescrizione, non si rinviene una situazione di illegittimità da rimuovere, atteso che il maturare della prescrizione, nelle more verificatosi, ha portato all'estinzione del diritto

di credito in capo al contribuente, fatto questo che fa venire meno qualsiasi situazione di illegittimità. Verrebbe, quindi, meno uno dei presupposti indefettibili per aversi un corretto esercizio del potere di autotutela.

Ove, infatti, si consideri, da un lato, che la prescrizione si verifica soltanto in seguito ad un comportamento gravemente inerte dell'avente diritto (dieci anni di inerzia, appunto) e non deriva da un comportamento attivo ed illegittimo, della pubblica amministrazione, e, dall'altro, che la scadenza del termine di prescrizione, estinguendo il diritto al rimborso, ha eliminato dal mondo giuridico qualsiasi situazione giuridica che possa ritenersi lesa e che sia meritevole di tutela, non pare utilmente spendibile, a favore della tesi contraria, neppure l'argomentazione secondo la quale l'uso del potere di autotutela finirebbe col condurre ad una corretta applicazione del principio di capacità contributiva costituzionalmente garantito (art. 53 Cost.) a cui si è richiamata codesta Agenzia.

Conclusivamente e sulla base di tali considerazioni, la scrivente ritiene, che nel caso di un diritto al rimborso di un credito d'imposta prescrittosi, la tesi dell'esplicabilità del potere di autotutela dell'Amministrazione si appalesi antinomica e non praticabile e che l'intervento della prescrizione estintiva del diritto al rimborso costituisca ostacolo non superabile all'esplicazione del potere di autotutela in favore del contribuente».

A.G.S. – Parere del 22 settembre 2003, n. 102641

Convenzione transattiva evolutiva tra il Ministero dell'Interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza e Telecom S.p.a. – Rapporti con disciplina Consip S.p.A. (consultivo n. 9325/02, avvocato G. Fiengo).

«In relazione alla richiesta di chiarimenti, formulata da codesta Amministrazione con la nota in epigrafe indicata, circa la possibile interferenza della convenzione transattiva stipulata tra il Dipartimento di P.S. e Telecom Italia S.p.a. in data 26 febbraio 2003 con la vigente disciplina delle forniture e dei servizi tipo per le amministrazioni centrali dello Stato (il cosiddetto «sistema Consip S.p.a.»), si svolgono le seguenti osservazioni.

Va premesso che il sistema Consip è incentrato su una serie di disposizioni legislative succedutesi nel corso degli ultimi anni, finalizzate alla realizzazione dell'obiettivo di centralizzare gli acquisti di beni e servizi per tutte le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, nonché delle altre pubbliche amministrazioni, anche locali, in un'ottica di contenimento della spesa pubblica. Il meccanismo individuato originariamente dal legislatore del 1999 (ex art. 26 legge n. 488/1999, cui sono succeduti gli artt. 59 legge n. 388/00, 2° comma, 1 d.l. n. 347/01, conv. in legge n. 405/01, 24 e 32 legge n. 448/01, oltre al recente art. 24 legge n. 289/02) prevede l'obbligo di adesione per le pubbliche amministrazioni centrali, per le altre considerate nella tabella C allegata alla stessa legge finanziaria 2003 (che individua i soggetti destinatari degli stanziamenti nel bilancio dei ministeri) e, comunque, per gli enti pubblici istituzionali, alle convenzioni stipulate da Consip con fornitori prescelti all'esito di gare pubbliche per le differenti categorie di servizi e beni. Il dovere

di avvalersi delle convenzioni-quadro è stato recentemente rafforzato dal citato art. 24 della legge n. 289/02, il quale ha previsto, al comma 4, che la violazione di tale obbligo (così come di quelli derivanti dalla normativa nazionale e comunitaria sui pubblici appalti) comporta non soltanto la nullità del contratto d'appalto comunque stipulato, ma altresì la responsabilità del dipendente che lo ha sottoscritto, sia sotto il profilo amministrativo che per quanto riguarda le obbligazioni assunte in nome dell'amministrazione contraente.

In tale contesto, nonostante la transazione in esame sia stata trattata e conclusa in una fase (precedente al dicembre 2002), nella quale la nuova disciplina legislativa non risultava ancora stabilizzata, nondimeno una serie di riferimenti nel testo dell'accordo transattivo (in particolare l'art. 1 punto 3) al sistema tariffario Consip e la disciplina dei nuovi ordinativi di cui all'art. 10, fanno ritenere che le parti hanno tenuto presente l'eventuale limite legislativo, prevedendo l'obbligo di adeguamento automatico delle tariffe nel caso in cui la prestazione (o parte di essa) fosse divenuta oggetto di specificazione in base ad un contratto di fornitura e/o di servizio stipulato dalla Consip S.p.a.. Va anche tenuto presente che il problema, almeno fino al 2006, non si pone per la telefonia dal momento che il vincitore della gara indetta dalla Consip S.p.a. è risultata comunque Telecom Italia S.p.a.

Va tuttavia considerato che, da quanto accertato dall'Amministrazione in sede tecnica, non esisterebbe alcuna identità tra le prestazioni oggetto della Convenzione transattiva per la disciplina e lo sviluppo dei servizi di telecomunicazione del 26 febbraio 2003, finalizzata alla realizzazione della rete dati VPN-IP, e quelle disciplinate dalla corrispondente Convenzione Consip S.p.a. Le tipologie di accesso in prevalenza adottate nell'accordo transattivo con Telecom S.p.a. non hanno alcun corrispondente con i profili previsti in Convenzione Consip S.p.a. ed in ogni caso risultano del tutto differenziate le modalità di tariffazione, *flat* nel caso della VPN-IP e a consumo nel caso Consip S.p.a.. Se, come è facilmente verificabile, tali basi tecniche risultano confermate, appare consequenziale che, con la stipula della transazione del 26 febbraio 2003, non è stato eluso alcun obbligo di adesione dal momento che non v'è alcuna identità tra i servizi oggetto della Convenzione transattiva e quelli disciplinati nella corrispondente Convenzione quadro Consip S.p.a.

Si sottolinea al riguardo che particolare cura è stata posta nella convenzione nella definizione degli oneri economici associati alla soluzione adottata per la VPN-IP, che possono ritenersi, in rapporto al profilo, di entità confrontabile se paragonati con quelli della Convenzione Consip S.p.a. Al riguardo l'art. 1, punto 3, della Convenzione transattiva tra il Ministero e Telecom Italia S.p.a. individua tra le finalità dell'accordo quella di «regolare le procedure per l'acquisizione da Telecom dei servizi aggiuntivi non previsti dalla presente Convenzione sulla base della tariffe Consip in conformità della normativa vigente in materia di servizi e forniture pubbliche». Come ben si vede, quindi, pur prevedendo la facoltà di estendere l'oggetto della fornitura, la Convenzione transattiva ha espressamente sancito la prevalenza dei vincoli derivanti dalla Convenzione Consip S.p.a. tutte le volte in cui le nuove pre-

stazioni richieste possano in qualche modo rientrare tra quelle oggetto della corrispondente Convenzione Consip S.p.a. A conferma di ciò, l'art. 10 della Convenzione transattiva (nuovi ordinativi), nel definire le modalità di acquisizione dei servizi aggiuntivi, precisa che «la procedura di cui sopra sarà, *ove possibile*, rispettata anche in relazione a nuove forniture e servizi per i quali l'Amministrazione procederà *ai sensi delle vigenti norme in materia di forniture e servizi pubblici*».

Va infine considerato che gran parte delle prestazioni dedotte nella convenzione del 26 febbraio 2003 necessitano di particolari modalità di acquisizione, che le differenziano comunque rispetto all'ordinario regime di approvvigionamento di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni. Le linee telefoniche e di trasmissione dei dati della Polizia di Stato necessitano di specifici apparati di sicurezza e di interconnessione che non si rinvencono nelle convenzioni tipo e che non possono essere di comune divulgazione. Anche questo è un aspetto che legittimamente viene in considerazione nel momento in cui si procede alla comparazione tra le prestazioni richieste dalla Polizia di Stato e quelle rinvenibili nel sistema delle convenzioni quadro.

A conclusione dei chiarimenti richiesti si rammenta quanto già messo in luce nel parere reso, su conforme avviso del comitato consultivo, in data 31 gennaio 2003, prot. 9965 (1). In tale sede veniva sottolineata la specialità di un contratto transattivo che, senza aggravio di spesa, trasformava prestazioni già richieste e pattuite fino all'anno 2009 in un sistema organico e razionale di prestazioni e pagamenti, coerenti con le esigenze sopravvenute dell'amministrazione committente. Dal momento che il contenuto sostanziale dell'accordo copre unitariamente – e non può essere altrimenti – anche le prestazioni successive al gennaio 2003, il richiamo alla normativa Consip S.p.a. appare al riguardo del tutto inconferente».

(1) Pubblicato in *questa Rassegna*, n. 1/03, 288.

DOTTRINA

Delitto di alto tradimento e responsabilità civile dello Stato

di Massimo Bachetti

La Corte d'Assise di Roma, sezione terza, ha respinto la richiesta di estromissione dal giudizio formulata dall'Avvocatura Generale dello Stato nell'interesse del Ministero della Difesa.

L'ordinanza è così motivata: «Invero è noto che, in base al principio dettato dall'art. 28 della Costituzione ed in applicazione della teoria organica costantemente accolta dalla Corte di Cassazione, lo Stato e gli Enti Pubblici sono considerati direttamente responsabili degli atti compiuti dai propri dipendenti in violazione dei diritti. A tal fine sono necessari un rapporto di causalità obiettiva tra l'atto od il comportamento e l'evento dannoso e la riferibilità alla Pubblica Amministrazione di tale atto o comportamento. Sotto quest'ultimo profilo può essere ritenuta riferibile alla Pubblica Amministrazione l'attività del dipendente che si manifesta come esplicazione dell'attività della P.A. in quanto diretta al conseguimento dei suoi fini istituzionali, mentre non sono riferibili all'amministrazione le attività dettate da fini assolutamente estranei ovvero neppure legate ad un rapporto di occasionalità necessaria con i compiti che al dipendente sono affidati. Tale collegamento sussiste allorquando l'operato dell'agente — ancorché deviato per violazione di norme regolamentari od eccesso di potere — sia comunque preordinato alla realizzazione dei fini istituzionali. In termini più specifici, mentre in presenza di tale collegamento l'Amministrazione risponde anche dell'illecito commesso dal dipendente con dolo rivolto al perseguimento di un fine privato (in tal senso Cassazione, sezione prima, 2 luglio 1982 – 21 gennaio 1983, Leanza), non è stato ad esempio ritenuto sufficiente ad affermare un rapporto di occasionalità necessaria il rilievo che l'incombenza disimpegnata rendeva possibile o agevolava il fatto illecito (Cassazione, sezione quinta, 2 febbraio – 9 dicembre 1998 n. 1386, S. ed altri, in una fattispecie relativa ad omicidi e rapine commessi da Polizia).

Se, alla luce dei principi generali ribaditi dalla Corte di Cassazione e pienamente condivisibili, si procede all'esame della fattispecie concreta, non può non rilevarsi come la stessa presenti profili oggettivi nettamente distinti da quelli valutati dalla Suprema Corte nell'ultima decisione citata. È infatti indiscutibile che secondo prospettazione accusatoria la condotta ascritta agli imputati si verificava nel contesto delle delicate funzioni loro affidate e, sia pure in maniera logicamente anomala per l'abuso di funzioni che è stato configurato, era comunque l'espressione dell'esplicazione dell'attività istituzionale dell'Amministrazione, per cui non appare fondatamente contestabile l'esistenza del dedotto rapporto di occasionalità necessaria.

P.Q.M.: rigetta la richiesta di estromissione presentata dal responsabile civile Ministero della Difesa».

La decisione della Corte d'Assise è datata 26 ottobre 2000, ma la questione rimane comunque attualissima perché sarà oggetto della discussione del processo. L'impostazione della difesa dell'Amministrazione nella posizione di responsabile civile non potrà che partire dalla motivazione della citata ordinanza.

La vicenda processuale può essere così sintetizzata.

Il Ministero della Difesa è stato citato quale responsabile civile nel procedimento penale a carico di quattro generali dell'Aeronautica militare imputati di attentato agli organi costituzionali dello Stato (289 c.p.) e alto tradimento (art. 77 c.p.). Essi sono accusati di avere – avvalendosi dei poteri del loro ufficio – impedito, compromesso o comunque ritardato informazioni sulle cause della sciagura relativa alla caduta del DC9 nei pressi di Ustica avvenuta nel giugno del 1980. La loro condotta ha ostacolato il libero ed imperturbato esercizio delle prerogative del Governo (art. 289 c.p.), pregiudicando in tal modo anche gli interessi morali e patrimoniali dei parenti delle vittime. L'art. 289 c.p. punisce con la pena della reclusione non inferiore a dieci anni, qualora non si tratti di un più grave delitto, chiunque commette un fatto diretto ad impedire in tutto od in parte anche temporaneamente l'esercizio di attribuzione di organi costituzionali; l'art. 77 del codice penale militare di Pace sanziona la condotta del militare che commette alcuno dei delitti contro la Personalità dello Stato fra i quali il 289 c.p. con l'aumento di un terzo della pena della reclusione rispetto a quanto previsto dal codice penale. È evidente che il reato previsto dall'art. 77 cod. pen. militare costituisce reato esclusivo dei militari ed assorbe le fattispecie criminose dei delitti contro la Personalità dello Stato del codice penale ordinario rispetto ai quali ha il *quid pluris* della c.d. proprietà del reato. Da ciò deriva come logico corollario che, in forza del principio di specialità, ai quattro generali dell'Aeronautica militare può essere contestato solo il reato di cui all'art. 77 codice penale militare di alto tradimento. Nel procedimento è stata ammessa anche la costituzione di parte civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero della Difesa per la lesione delle prerogative degli organi costituzionali, dell'immagine interna ed internazionale in considerazione del ruolo primario ricoperto dagli imputati e della rilevanza che la vicenda ha assunto a livello internazionale, sia delle conseguenze patrimoniali potenzialmente riferibili all'attività amministrativa rese necessarie dalle condotte poste in essere in violazione dei doveri istituzionali.

La Corte d'Assise di Roma, nel respingere l'istanza di estromissione, recepisce un consolidato orientamento giurisprudenziale sulla responsabilità della Pubblica Amministrazione per illeciti commessi dai dipendenti. Il principio enunciato dalla Corte di Cassazione può essere così riassunto: «la responsabilità dello Stato per il fatto dei propri dipendenti non può essere che diretta: la Pubblica Amministrazione risponde — con responsabilità solidale — per il fatto che le sono direttamente riferibili degli atti dei dipendenti compiuti, in forza del c.d. rapporto di dipendenza organica per il raggiungimento delle finalità istituzionali sue proprie, nell'ambito dello svolgimento del servizio demandato. La diretta responsabilità viene compendiata nell'unico rapporto tra «mansioni espletate e danno prodotto», in termini di «occasionalità necessaria» (Cassazione, sezione sesta, 1269/00, in *questa Rassegna*, 2000, 344, che riguarda il caso della Uno Bianca per omicidi e rapine commessi da agenti di Polizia al di fuori del servizio.)

Pertanto la responsabilità dell'Amministrazione sussiste, in presenza di collegamento necessario fra competenze del dipendente e danno prodotto, anche in caso di condotta dolosa. Sul punto la Corte d'Assise richiama la sentenza Cassazione, sezione prima, del 2 luglio 1982 — 21 gennaio 1983, Leanza. Tale sentenza si pone nel solco di un orientamento pacifico della Corte di Cassazione che ha stabilito il principio che la responsabilità diretta della Pubblica Amministrazione comporta che ad essa venga riferito ogni atto del dipendente se compiuto nella veste di organo dell'Amministrazione medesima, nell'esplicazione delle funzioni a lui demandate come conseguenza del rapporto organico che lega il funzionario all'Ente quale che sia la mansione espletata dal dipendente — di concetto, d'ordine intellettuale o materiale (Cassazione, Sezioni Unite, 2700/1970, in *Giustizia civile* 1971, I, 748; Cassazione, 12 luglio 1974 n. 2107, in *Giurisprudenza Italiana*, Mass. 1974, 581). Più recentemente tale interpretazione è ribadita da Cassazione, sezione terza, 9260/1997, 4232/1997, 12 agosto 2000 n. 10803).

La Corte d'Assise nell'ordinanza precisa anche i casi in cui è esclusa la responsabilità dell'Amministrazione, qualora l'incombenza disimpegnata che renda possibile od agevoli il fatto illecito si inserisca in un rapporto di strumentalità necessaria con le mansioni di competenza dell'agente sebbene lo *status* del medesimo gli agevoli la commissione dell'illecito: la Corte sul punto richiama la sentenza Cassazione, sezione quinta, febbraio 1997 — 9 dicembre 1998, n. 1386, S. ed altri, in una fattispecie relativa ad omicidi e rapine commessi da agente di Polizia. Anche sotto tale profilo il principio giurisprudenziale statuito dalla Corte di Cassazione è coerente con un indirizzo consolidato, secondo il quale per accertare il nesso organico e la conseguente riferibilità all'Amministrazione dell'evento dannoso occorre stabilire se l'attività del dipendente sia estranea o rientri nell'ambito delle pubbliche funzioni (Cassazione, sezione terza, 3 dicembre 1991 n. 12960 e n. 9260/1997). In precedenza la giurisprudenza aveva dilatato la responsabilità della P.A. ritenendola sussistente addirittura nell'ipotesi di omicidio colposo commesso da una sentinella nel periodo di tempo in cui aveva momentaneamente abbandonato il posto, riconoscendo in tale caso la necessaria occasionalità del servizio reso dall'imputato (Cassazione, sezione quarta,

878/1981, in *questa Rassegna*, 1981, 432 con nota critica di Paolo di Tarsia di Belmonte). L'attuale posizione giurisprudenziale è più di recente ribadita da Cassazione, sezione sesta, 1269/00, *cit.*

Tale interpretazione giurisprudenziale, per quanto riguarda l'esclusione di responsabilità della P.A. per atti posti in essere al di fuori delle mansioni d'ufficio, è condivisa anche in dottrina (PASSERONE, *Il requisito della riferibilità alla P.A. del comportamento illecito del pubblico dipendente nell'accertamento della responsabilità civile della P.A.*, in *Responsabilità Civile e Prevenzione*, 1996, 620).

Erronea interpretazione della giurisprudenza.

L'interpretazione da parte della Corte d'Assise della giurisprudenza della Suprema Corte non è corretta. Il Collegio d'Assise infatti ha escluso *tout court* l'interruzione del nesso organico ove sussista un rapporto di occasionalità necessaria fra le mansioni d'ufficio e la condotta delittuosa. La tesi non è in linea con i principi affermati in materia dalla Cassazione che ha statuito che il nesso di occasionalità va valutato in riferimento all'attività terminale cui tende la condotta illecita. Allorché il comportamento si innesti nel meccanismo di una attività complessiva ed avuto riguardo alla finalità terminale, non estranea rispetto agli interessi ed alle esigenze pubblicistiche dell'Amministrazione, quel comportamento va imputato alla P.A.; se invece la condotta del dipendente esula dalle finalità dell'ufficio, il relativo atto non può essere ad alcun titolo attribuito all'Amministrazione (Cassazione, 14 maggio 1997 n. 4232, in *Foro Italiano*, *Repertorio* 1998, voce citata n. 224, confermata in Cassazione, 12 agosto 2000 n. 10803, Corte di Cassazione, sezione terza civile in *Foro It.* 2001, I, 3290). Peraltro il principio secondo cui deve aversi riguardo allo scopo ultimo perseguito dal dipendente costituisce ormai *jus receptum* in giurisprudenza (Cassazione, 3 dicembre 1991 n. 12960, *Repertorio Foro Italiano* 1993, n. 112, Cassazione, 13 dicembre 1995 n. 12786, 6 dicembre 1996 n. 10896, Cassazione, 24 novembre 2000 n. 15192 in *Foro It.*, I, 967). Nel caso di specie la condotta contestata agli imputati era diretta ad attentare alle prerogative degli organi costituzionali, quindi ontologicamente estranea alle finalità amministrative dell'Aeronautica Militare. Inoltre l'alto tradimento costituisce *ex se* elemento di rottura del meccanismo istituzionale, costituendo violazione del giuramento di fedeltà previsto dall'art. 54 comma II della Costituzione che assume particolare rilievo per agli appartenenti alla Forze Armate. Il militare che commette tale reato si pone al di fuori del sistema istituzionale.

Pertanto l'ipotesi della attribuibilità all'Amministrazione della condotta illecita contestata ai Generali sembra configurabile non come forma di responsabilità diretta ma indiretta ed oggettiva. Lo Stato in tal modo assume il rischio conseguente all'attività dei propri dipendenti e ne garantisce la collettività. Ciò costituisce un intervento solidaristico che non ha nulla a che vedere con l'illecito aquiliano nella condotta di reato.

L'ordinanza citata della Corte d'Assise inoltre determina effetti paradossali, contraddittori ed incongrui.

*Peculiarità della personalità giuridica dello Stato.
Riflessi sulle posizioni processuali di responsabile civile e parte civile.*

Lo Stato nel processo figura sia nella posizione di responsabile civile che in quella di parte civile. La Presidenza del Consiglio ed il Ministero della Difesa sono costituiti parte civile; il Ministero della Difesa figura anche come responsabile civile. La Presidenza del Consiglio ha azionato la pretesa risarcitoria per ottenere la reintegrazione della lesione alle prerogative degli organi costituzionali, il Ministero della Difesa per il pregiudizio conseguente al coinvolgimento dei vertici dell'Aeronautica in condotte contrarie alle finalità delle Istituzioni. La posizione di responsabile civile del Ministero della Difesa deriva dalla connessione con le funzioni d'ufficio della condotta di reato contestata ai quattro generali dell'Aeronautica. Sia la persona fisica che quella persona giuridica non possono nel medesimo processo rivestire la qualità di soggetto attivo e passivo. La posizione processuale deve essere unica. La personalità giuridica dello Stato è del tutto peculiare. La formulazione più compiuta della teoria dell'organo si ha all'interno della costruzione dello Stato di diritto e di quel particolare metodo di elaborazione dei concetti giuridici che segnò il passaggio, specialmente in Germania ed in Italia, verso una vera e propria scienza giuridica del diritto pubblico(1). L'elemento concettuale dominante dell'organicismo è l'idea della persona collettiva come organismo vivente(2). Tale impostazione ha portato ad una identificazione della figura dell'organo con la persona fisica del funzionario agente. Il passaggio verso la costruzione dell'organo come ufficio si iscrive con assoluta evidenza nel tentativo di superare tale difficoltà. Tuttavia l'ufficio inteso come sfera astratta di competenze non acquisisce una autonomia concettuale sul piano della produzione giuridica in quanto l'intervento della persona fisica funzionario agente rimane indispensabile. Un primo superamento effettivo degli aspetti antropomorfici della teoria dell'organo si ha con la visione istituzionalistica di Santi Romano(3). Secondo questa teoria l'organo va inteso come Istituzione. L'azione comunque rimane imputabile all'Ente, l'organo non ha dignità propria se non come strumento che fa agire l'Ente. Di fatto si tratta di una trasposizione in termini oggettivi di una dottrina già conosciuta in termini soggettivi. L'effettivo superamento della configurazione tradizionale del diritto pubblico è individuabile nella teoria kelseniana(4). Essa depotenzia la centralità della persona giuridica come strumento di unificazione dell'autorità statale in favore di ipotesi ricostruttive che fanno perno sull'ordinamento giuridico come organizzazione del comportamento

(1) LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tubingen 1876; JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, trad. it. Milano 1912.

(2) RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli 1912.

(3) *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1951; importante in tal senso anche il contributo di DE VALLES A., *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato, II*, Padova 1931.

(4) KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966; *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it., Milano 1959.

umano che si svolge entro la comunità statale. L'azione viene considerata parte di un sistema nel quale ogni comportamento individuale acquistava senso nel suo rapportarsi ad altro comportamento individuale.

Lo Stato non si presenta come persona giuridica unitaria, bensì nei suoi diversi organi. I rapporti di diritto amministrativo e privato intercorrono fra gli organi ed altri soggetti, la responsabilità civile grava sugli organi che hanno posto in essere gli atti illeciti, nei rapporti processuali stanno in giudizio sempre gli organi (5). Ai fini processuali non va considerato lo Stato come figura unitaria bensì i singoli organi. Fra tutti gli organi esiste un elemento unificatore: la concorrenza all'attuazione dell'ordinamento. Pertanto non possono perseguire fini contrapposti. Nel caso di specie, la Presidenza del Consiglio sta in giudizio come parte civile per difendere l'interesse al regolare funzionamento degli organi costituzionali. Il Ministero della Difesa si è costituito in giudizio per salvaguardare l'interesse a che i suoi vertici militari non agiscano contro l'interesse delle Istituzioni. Gli interessi di cui sono portatori i due citati organi statali sono differenti, ma entrambi caratterizzati da un elemento unificatore: l'attuazione dell'ordinamento attraverso il corretto funzionamento delle Istituzioni.

In questo contesto la duplicità delle posizioni di responsabile e parte civile non è in sintonia con la finalità ultima, che è l'attuazione dell'ordinamento. Né può sostenersi in senso contrario che l'azione contro il responsabile civile non riguarda lo Stato ma le altre parti civili private. Al fine di stabilire le finalità della presenza in giudizio delle parti private che sono in rappresentanza dei familiari delle vittime, è opportuno un richiamo preliminare al capo d'imputazione. Nel processo viene contestato a quattro generali dell'Aeronautica militare di aver posto in essere una condotta di attentato agli organi costituzionali e di alto tradimento, non facendo conoscere alle autorità politiche l'esistenza di elementi che inducevano il sospetto che la caduta del DC9 presso Ustica il 27 giugno 1980 fosse stata provocata dalla collisione con un velivolo militare americano o da un missile. I parenti delle vittime intervengono nel giudizio per sostenere l'interesse all'accertamento della verità. Tale interesse è estraneo al processo se con esso si intende verificare la reale dinamica dei fatti sulla caduta del DC9; invece l'intervento nel giudizio può essere limitato solo all'accertamento della condotta di alto tradimento o di attentato agli organi costituzionali. In tal senso l'interesse di cui sono portatori i parenti delle vittime è il medesimo rappresentato dalle parti civili pubbliche ed anche dal Pubblico Ministero: cioè quello dello Stato comunità a conoscere se vi siano responsabilità nel mancato accertamento della verità sulla strage di Ustica che ha impedito agli organi costituzionali di adottare i provvedimenti di competenza. La posizione dei parenti delle vittime sotto tale profilo è da ritenersi parte di quello di tutta la comunità dei

(5) ASCARELLI T., *Personalità giuridica e problemi della società*, in *Problemi Giuridici*, Milano, 199; FALZEA A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939; FALZEA, *Capacità, Teoria Generale*, in *Enciclopedia del Diritto*.

cittadini italiani. Pertanto se le parti civili pubbliche rappresentano il medesimo interesse di quelle private, come possono queste ultime agire contro il Ministero della Difesa citandolo come responsabile civile? Inoltre va osservato che la costituzione di parte civile di organi statuali costituisce espressione evidente della volontà dei medesimi di non considerare la condotta contestata agli imputati come manifestazione di determinazioni imputabili alla Pubblica Amministrazione. La legittimazione passiva come responsabile civile può aver luogo solo ove lo Stato riconosca come atto proprio la condotta contestata agli imputati, quando invece si costituisca in giudizio chiedendo agli stessi il risarcimento del danno la sua qualificazione come responsabile civile appare illogica ed irragionevole.

Ciononostante, a prescindere dalla specificità del caso in esame, non può negarsi che in generale sotto il profilo processuale il problema esiste. Se la P.A. costituita parte civile viene citata come responsabile civile da altre parti civili private, dal punto di vista processual penalistico non può negarsi in astratto la legittimazione passiva. Sicuramente ciò costituisce un elemento di irrazionalità del sistema. Allora va posta la domanda su quali possano essere le possibili soluzioni per ovviare al problema.

Ma quali possono essere gli interventi legislativi per eliminare tali incongruenze? Innanzitutto si potrebbe ipotizzare di affidare alla figura del P.M. l'esercizio dell'azione risarcitoria. L'esigenza di una tale soluzione è particolarmente evidente nel processo in argomento. Le Amministrazioni statali costituite rappresentano l'interesse complessivo dell'ordinamento giuridico al rispetto delle prerogative degli organi costituzionali. L'azione del P.M. di repressione del reato di attentato agli organi costituzionali è volta a salvaguardare il medesimo bene giuridico delle parti civili statali: il P.M. lo ottiene attraverso le sanzioni penali, le parti civili statali con la reintegrazione patrimoniale. Di conseguenza la preclusione dell'azione civile al P.M. non ha più alcuna ragione di essere.

Inoltre va osservato che la difficile e complessa situazione in cui, sul piano istituzionale oltre che su quello politico, è venuto a trovarsi lo Stato centrale, non solo in relazione alla sua riforma in senso federalistico ed alla prospettiva di un processo sempre più avanzato e rapido di integrazione europea, ma anche per effetto dell'introduzione nell'assetto istituzionale di Autorità Indipendenti (Garanti) e di strutture privatizzate a capitale pubblico, impone la necessità di considerare sotto nuova luce la stessa collocazione dell'Istituto dell'Avvocatura dello Stato nell'Ordinamento complessivo. Dal suo compito originariamente previsto, di difensore dello Stato-persona, per effetto di leggi o di interpretazione estensiva di quelle preesistenti, si è vista trasformata in organo di difesa e di consulenza non solo dello Stato-Amministrazione ma della Presidenza della Repubblica, dei due rami del Parlamento (Senato e Camera dei Deputati), delle Corti e delle Magistrature nonché dei loro organi di autogoverno — ove esistenti —, del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro e delle Autorità indipendenti.

Quindi la distinzione fra Avvocatura come rappresentante dello Stato-Persona e P.M. espressione dello Stato-ordinamento non rispecchia l'attuale quadro normativo. Ovviamente nel processo penale possono ipotizzarsi

anche lesioni di interessi meramente patrimoniali di singoli organi dell'Amministrazione statale (ad esempio nel caso in cui lo Stato si costituisca parte civile per ottenere rimborso di somme indebitamente corrisposte a seguito di fatto-reato). In tali eventualità appare difficilmente ipotizzabile la attribuzione dell'azione civile al Pubblico Ministero. Allora la soluzione potrebbe essere quella di eliminare la facoltà dello Stato di costituirsi parte civile. In tal senso si è precisato che tale intervento legislativo riporterebbe il sistema in sintonia con l'art. 111 della Costituzione, ripristinando la parità fra accusa e difesa compromessa dalla presenza di due parti pubbliche nel processo penale. In realtà il vero profilo da esaminare per stabilire la necessità della presenza di una parte civile pubblica in sede penale riguarda la natura di tale intervento e l'effettivo interesse che rappresenta. La parte civile pubblica è portatrice solo di un interesse patrimoniale o la sua azione è volta anche all'accertamento della verità? L'interesse della persona offesa o del danneggiato a sostenere l'accusa «altera la natura privatistica dell'azione e fa 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 (artt. 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» (6).

Questo profilo di interesse pubblicistico alla verità dei fatti assume particolare consistenza se nel processo penale la parte civile è organo dello Stato.

Ciò snatura il processo penale trasformandolo in contesa politica anziché giudiziaria.

La presenza di più parti civili costituisce un ulteriore fattore di dilatazione dei tempi del processo. La eccessiva durata dei procedimenti in Italia è stata più volte stigmatizzata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo. Nel 2001 è stata introdotta, in ottemperanza a direttive dell'Unione Europea, la c.d. legge Pinto n. 89/2001 che stabilisce un indennizzo per le lungaggini del processo. Quindi la eventuale limitazione legislativa delle costituzioni di parte civile sarebbe in linea con i principi stabiliti dalle Istituzioni comunitarie.

Infine va osservato che, caduta con il codice del 1988 la c.d. pregiudizialità penale, la costituzione di parte civile non risponde più alla necessità di evitare l'attesa della definizione del processo penale per promuovere azione

(6) PAOLO DI TARSIA DI BELMONTE, intervento alla tavola rotonda su *La costituzione di parte civile nel processo penale*, svoltasi presso l'Avvocatura generale dello Stato in data 7 giugno 2002, in *questa Rassegna*, Gennaio-Marzo 2002, n. 1,12.

civile; né di impedire la contraddittorietà dei giudicati perché essa può determinarsi in caso di promozione di giudizio civile autonomo anche in pendenza di azione penale.

Antistituzionalità della condotta ed interruzione del nesso organico.

L'imputazione è di attentato agli organi costituzionali dello Stato. La lesione contestata consiste nell'aver sottratto al potere politico l'esercizio delle sue prerogative. Pertanto la condotta attiene proprio all'impedimento arrecato allo svolgimento della normale attività istituzionale. L'attribuzione della responsabilità diretta alla P.A. per illeciti commessi dai suoi dipendenti si fonda proprio sul perseguimento delle finalità istituzionali. Una medesima condotta non può essere ritenuta nel contempo istituzionale ed antistituzionale perché in tale eventualità si incorrerebbe in una insanabile contraddizione. Inoltre è assolutamente paradossale definire istituzionale il comportamento di chi venga accusato di attentato agli organi costituzionali e di alto tradimento. Si tratta infatti di antistituzionalità per eccellenza, che non può non considerarsi fattore interruttivo del nesso organico fra l'agente e la P.A.

Non imputabilità alla P.A. della condotta di attentato dei soggetti agenti per carenza assoluta di potere.

Dall'ordinanza della Corte d'Assise in commento deriva come logico corollario che la responsabilità alla P.A. per illeciti dei dipendenti nell'esercizio delle proprie competenze presuppone l'esistenza di un rapporto di immedesimazione organica in forza del quale l'atto del funzionario si imputa all'ente a prescindere dalle intenzioni dell'agente. Ciò implica che gli atti necessariamente collegati all'esercizio delle mansioni d'ufficio siano da qualificarsi ontologicamente istituzionali. Nel caso in commento appare evidente il contrasto fra la connessione con il servizio della condotta contestata agli imputati perché posta in essere nell'esercizio delle mansioni d'ufficio e l'antistituzionalità degli effetti prodotti di impedimento agli organi costituzionali di esercitare le proprie prerogative. Pertanto vi è un evidente contrasto fra due profili oggettivi dell'atto amministrativo: quello attinente all'esercizio della funzione e quello relativo agli effetti prodotti nel contesto istituzionale. Il conflitto si può dirimere se si analizza il fenomeno sotto il profilo del rapporto fra sfera giuridica del potere amministrativo e quella stabilita dall'ordinamento per gli organi politici. Da tale prospettiva balza subito all'attenzione che la condotta dei Generali dell'Aeronautica ha determinato una esorbitanza di organi amministrativi in attribuzioni che l'ordinamento riserva al Governo. Al suddetto organo, secondo la tesi dell'imputazione, è stato sottratto l'esercizio di poteri costituzionali. Tale situazione configura un vizio di incompetenza assoluta negli atti posti in essere dai quattro generali nel non fornire al Governo le informazioni dovute in ragione dei loro doveri d'ufficio, sostituendosi alle Autorità Politiche nella valutazione in ordine all'opportunità di adottare iniziative presso le Autorità Americane per accettare la fondatezza della notizia della collisione con un aereo americano o della esplosione del velivolo a causa di un missile. Siffatta incompetenza è

causa di inesistenza dell'atto che va quindi considerato *tamquam non esset* ed in alcun modo imputabile alla Pubblica Amministrazione. Il vizio assume particolare rilievo in considerazione dei recenti sviluppi legislativi.

Negli ultimi anni il legislatore ha introdotto un numero sempre crescente di previsioni dirette a sanzionare gli atti della Pubblica Amministrazione con la nullità, addossando, contemporaneamente, la responsabilità da atto nullo ai dirigenti, o ai funzionari, che hanno dato luogo alla fattispecie invalida.

Innanzitutto, tra le norme meno recenti, devono essere richiamate una serie di disposizioni, sia di ordine generale che di carattere settoriale, le quali, da un lato, «colpiscono» con la nullità gli atti di assunzione nel pubblico impiego adottati in violazione di norme imperative e, dall'altro, imputano la relativa responsabilità ai funzionari che hanno dato luogo agli atti nulli. Ci si riferisce all'art. 3, sesto comma, t.u. imp. Civ. St., che così dispone: «Salve le eccezioni previste dal presente decreto, l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'Amministrazione, ferma restando la responsabilità dell'impiegato che vi ha provveduto».

All'art. 14, settimo e ottavo comma, legge 20 maggio 1985, n. 207 (Disciplina transitoria per l'inquadramento diretto nei ruoli nominativi regionali del personale non di ruolo delle unità sanitarie locali), che così dispone: «Dalla data di entrata in vigore della presente legge è fatto divieto di conferire incarichi, supplenze o rapporti libero-professionali anche mediante convenzioni o comunque di utilizzare a qualsiasi titolo personale in deroga alle vigenti disposizioni di legge.

Tutti gli atti ed i provvedimenti relativi adottati in violazione del divieto di cui al precedente comma sono nulli ed impegnano la responsabilità personale e diretta dei componenti degli organi di amministrazione che li dispongono».

La stessa tecnica è stata, poi, utilizzata dalla legge 15 luglio 1994, n. 444 (di conversione del decreto - legge 16 maggio 1994, n. 293) sulla *prorogatio* degli organi amministrativi, la quale, qualificando come nulli gli atti privi dei requisiti previsti dalla norma, imputa le conseguenze dannose derivanti dalla nullità ai soggetti responsabili della ricostituzione degli organi scaduti.

Infine, vi è stato il recente d.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (attuativo della legge n. 59/1997 c.d. Bassanini I) da cui emergono ben due ipotesi di responsabilità dirigenziale da atto nullo. In primo luogo vi è l'art. 56, quinto comma, d.Lgs. n. 29/1993 (così come modificato dall'art. 25, d.Lgs. n. 80/1998), il quale, per un verso, sanziona con la nullità l'attribuzione delle mansioni superiori al di fuori dei casi previsti dalla legge, e, per l'altro, accolla al dirigente responsabile, che abbia agito con dolo o colpa grave, il maggior onere conseguente. In secondo luogo vi è l'art. 36, ottavo comma, del d.Lgs. 29/1993 (nella novella introdotta dall'art. 22, d.Lgs. n. 80/1998), il quale, introducendo una ipotesi patente di nullità virtuale (ovvero quella nullità che, se anche non espressamente prevista, deriva dalla violazione di norme imperative), stabilisce che le assunzioni effettuate in contrasto con

disposizioni imperative impediscono la valida costituzione del rapporto a tempo indeterminato, con la conseguente imputazione della responsabilità per danni ai dirigenti autori dell'infrazione.

Orbene, da questo quadro di diritto positivo emerge chiaramente una tendenza legislativa diretta ad introdurre una tecnica di invalidità e di responsabilità speciale rispetto allo schema ordinario. Più in particolare, nel nostro sistema di diritto amministrativo il regime dell'invalidità degli atti e della conseguente responsabilità per la loro adozione, si caratterizza, come è noto, per colpire con l'annullabilità (e più raramente con la disapplicazione) gli atti invalidi, imputando eccezionalmente la relativa responsabilità all'amministrazione (ed in via di regresso al funzionario autore dell'atto, per le sole ipotesi di dolo e colpa grave, così come previsto dall'art. 3, legge n. 639/1996). Con le disposizioni sopra richiamate, invece, tale schema si incrina, in quanto, da un lato, viene prevista come forma d'invalidità la nullità e, dall'altro, si imputa la responsabilità direttamente all'autore dell'atto.

Anche a livello dottrinario (7) e giurisprudenziale (8) è stata sostenuta la non imputabilità all'Amministrazione degli atti nulli perchè da considerarsi *tamquam non esset*.

(7) Si veda in sede di teoria generale B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, 69 ss.; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi: studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, 1964, rist. inalterata dell'ed. 1934, 235 ss.; A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 32 ss.; per il diritto amministrativo si veda: R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Torino, 1990, *passim*, 89 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 310 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 648 ss.; A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 1116, il quale ritiene «che non sono riferibili all'amministrazione (...) gli atti viziati da incompetenza assoluta (straripamento di potere) e M. CALDARERA, *Retribuzione delle prestazioni di fatto*, *cit.*, 117, secondo cui l'attribuzione al funzionario della responsabilità da atto nullo manifesta l'intenzione del legislatore di evitare una diretta responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per i danni derivanti dalla dichiarata nullità dei rapporti illecitamente costituiti. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, *cit.*, 298 ss. secondo il quale «è ben vero che, in via meramente astratta, l'inesistenza coglie la situazione dell'atto che non acquista rilevanza giuridica come tale per l'ordinamento, mentre la nullità appare quale reazione sanzionatoria dello stesso ad uno stato invalidante il provvedimento, che si contrappone, quasi in termini bipolari alla minore e meno grave misura di reazione dell'annullabilità. Da ciò è possibile inferire che la reazione prevista nei pretesi casi di inesistenza, cioè la carenza di potere e la cd. incompetenza assoluta, consiste nella nullità del provvedimento assunto come inesistente. Ne deriverebbe che il provvedimento inesistente è da considerarsi giuridicamente nullo, e non viceversa». In senso analogo si leggano inoltre: A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 602 ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in Mazzaroli, Pericu, A. Romano, Roversi Monaco, Scoca, (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, II, 1456 ss..

Come teoria generale G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, *passim*, ma in particolare 91 ss.; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, 162 ss.; R. SACCO, *Nullità ed annullabilità (diritto civile)*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1965, 856 ss.

(8) In senso analogo in giurisprudenza cfr. Tar Campania, Sez. IV, 30 aprile 1993, n. 64, in *Foro amm.*, 1993, 1640 ss. (con nota di V. TENORE, *Note in calce ad una innovativa sentenza in tema di esercizio di mansioni superiori nel pubblico impiego sanitario*).

Secondo tale orientamento, accolto dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, l'atto nullo è giuridicamente inesistente. Si tratta cioè di un atto irrilevante ed inefficace, «morto prima di nascere», che non può essere imputato all'amministrazione, in quanto non è mai venuto ad esistere. Corollario di tale impostazione è che, non essendo configurabile in caso di attività nulla un rapporto organico, gli illeciti, posti in essere a seguito dell'atto inesistente, vengono imputati al funzionario responsabile. In definitiva, responsabilità civile del dirigente (ed in genere del funzionario) derivante da atto nullo, sarebbe un caso di responsabilità diretta e personale.

Il risarcimento del danno alla persona: inquinamento elettromagnetico ed organismi geneticamente modificati (*)

di Maria Vittoria Lumetti

«Il diritto applicato alla lettera, può generare ingiustizia: accanto allo ius deve trovare posto l'equitas, l'equità, il senso di umanità e l'equilibrio del giudizio morale».

CICERONE

- Sommario:* 1. — IL DANNO DA ESPOSIZIONE ALLE ONDE ELETTROMAGNETICHE: A) *Concetti generali sull'elettromagnetismo. Rischio reale e rischio percepito;* B) *Il diritto che domina la scienza, la scienza che domina il diritto. Le perplessità della scienza e le scelte del diritto: tra ansie e «tranquillizzanti» incertezze;* C) *Inquinamento elettromagnetico e valori costituzionali;* D) *I principi del diritto ambientale come guida per le scelte degli operatori: principio di precauzione, sviluppo sostenibile, l'informazione;* E) *I documenti delle organizzazioni governative e non (Oms, Cenelec, Cei, Iss e Ispesel);* F) *Le strade per l'equilibrio: la sinergia tra gli organi istituzionali: – soluzioni giurisprudenziali (tutela civile, amministrativa, penale, cautelare); – soluzioni amministrative (in Italia e nell'Unione Europea); – soluzioni normative (la normativa internazionale, comunitaria, statale, rapporto tra normativa statale e regionale e il principio di omogeneità della disciplina normativa, poteri di comuni e di province);* G) *Le onde elettromagnetiche e il danno esistenziale.*
2. — IL DANNO CAUSATO DAGLI ORGANISMI GENETICAMENTE MODIFICATI: A) *La normativa in materia. I principi di precauzione e prevenzione;* B) *Il danno alla salute e l'art. 2050 c.c.;* C) *Il d.P.R. n. 224 del 1998 e il danno da prodotto difettoso;* D) *L'alterazione degli equilibri naturali.*
3. — CONCLUSIONI.

1. — IL DANNO DA ESPOSIZIONE ALLE ONDE ELETTROMAGNETICHE.

A) *Concetti generali sull'elettromagnetismo.*

Televisione, radio, computer, telefoni cellulari, forni a microonde, elettrodomestici casalinghi, phon, sistemi di allarme, radar ed apparati per uso industriale, medico e commerciale, la costruzione di nuovi elettrodotti e l'esercizio di quelli esistenti, le linee ferroviarie ad alta velocità, il diffondersi

(*) Testo della relazione tenuta in occasione del Convegno su «*Il risarcimento del danno nel processo civile, amministrativo, contabile, penale e tributario: fondamenti e nodi problematici*» che si è tenuto a Roma presso l'Avvocatura dello Stato il 19 giugno 2003.

di antenne radio trasmettenti: tutte queste tecnologie hanno reso la nostra vita più ricca e più facile, al punto da renderle irrinunciabili nella società moderna.

Nello stesso tempo, tuttavia, hanno portato con sé preoccupazioni per i possibili rischi connessi al loro uso e per la supposta pericolosità delle onde elettromagnetiche emesse da queste installazioni.

Preoccupazioni di questo tipo sono state espresse, ad esempio, per la sicurezza dei telefoni cellulari o degli elettrodotti, soprattutto in considerazioni della loro diffusione.

Attualmente infatti si calcola che vi siano circa 50.000 antenne collocate in 5.000 siti emananti onde in radiofrequenza e circa 1 milione di km di linee elettriche che diffondono invece onde di bassa frequenza.

Campi elettromagnetici a bassissima frequenza vengono generati intorno a elettrodotti, a media e/o alta frequenza, attorno ad antenne e ripetitori radiotelevisivi e per la telefonia cellulare, ponti radio a microonde e radar per la navigazione marittima ed aerea.

Tutti questi fenomeni vengono riassunti in una sola parola: *elettrosmog*.

Con l'espressione *elettrosmog* si intende il ben noto fenomeno legato alla massiccia presenza di una complessa miscela di campi elettromagnetici (CEM) di diverse frequenze, che permeano il nostro ambiente.

Le esposizioni a CEM stanno aumentando significativamente di pari passo con il progresso tecnologico e con l'individuazione di nuove applicazioni di tali onde (1).

Negli anni recenti si è assistito ad un incremento senza precedenti, per numero e varietà, di sorgenti di campi elettrici e magnetici per usi individuali, industriali e commerciali.

Studi epidemiologici che affermano, tra smentite e conferme, un rapporto di causa ed effetto tra le radiazioni prodotte dall'inquinamento elettromagnetico e leucemie infantili, allarmano i cittadini, che si costituiscono in comitati e chiedono lo spostamento o la rimozione di linee elettriche e antenne.

Quella che era una problematica conosciuta da pochi, ora è una tra le più discusse.

Le radiazioni sono forme di propagazione dell'energia elettromagnetica.

Si distinguono in radiazioni ionizzanti in grado di spostare elettroni dagli atomi e di trasferirli ad altri atomi, creando coppie di ioni (raggi x, raggi y e le particelle radioattive, usati soprattutto in campo medico) e non ionizzanti.

(1) Notizie tratte da «*Il Corriere della sera*» del 31 luglio 2000, «*Il Sole 24 Ore*» del 13 novembre 2000 e dal Promemoria n. 193 dell'Organizzazione mondiale della sanità in sito Web <http://www.who.int/peh-emf/publications/facts-press/ifact/it> G. Grosso, *Campi elettromagnetici e tutela collettiva, tra ansie diffuse e permanenti incertezze*, in *Rass. giur. Energia Elettrica*, 2002, 31 ss.

Queste ultime sono le radiazioni che non hanno energia sufficiente per produrre come effetto la ionizzazione (elettrodomestici casalinghi, telefoni cellulari, ecc.) (2).

Gli effetti delle radiazioni ionizzanti sono note e sono conosciute le soglie oltre le quali essi si sviluppano: producono serie alterazioni sulla struttura genetica cellulare e sono responsabili di gravi patologie.

Le radiazioni emesse dall'energia elettrica non ionizzanti, invece, non sono in grado di alterare il DNA nelle cellule.

Tra le onde elettromagnetiche non ionizzanti quelle che destano maggiore interesse sono i campo elettromagnetici (CEM) a frequenza estremamente bassa (ELF.: *extremely low frequency*), le radiofrequenze e le microonde.

Non esistono a tutt'oggi prove sperimentali riproducibili nell'animale che possano dare una misura certa degli effetti biologici a livello cellulare dei campi elettromagnetici: tutto quello che sappiamo lo dobbiamo alla ricerca epidemiologica (3).

Allo stato, dunque, gli attuali strumenti di indagine scientifica sono insufficienti (4).

In campo penalistico si registra un vuoto di tutela, anche se da tempo si ricorre all'art. 674 c.p. (5).

Nel 1998 la Commissione Internazionale per la Protezione dalle Radiazioni Non Ionizzanti (ICNIRP), un'organizzazione non governativa formalmente accreditata dall'OMS, ha emanato alcune linee guida per la limitazione dell'esposizione umana ai campi elettromagnetici fino alla frequenza di 300 GHz, sia in ambiente di vita che di lavoro.

(2) Per notizie al riguardo cfr. www.liceolabriola.it/Rubbia/frontpage.htm e <http://tempomedico.it/edit01/edit702.htm>.

(3) Nel 1979 Vertimer e Riper notarono per la prima volta che nei bambini che avevano contratto leucemie linfatiche acute c'era stata una maggiore esposizione ai campi elettromagnetici.

Alcune indagini successive hanno confermato questo dato e altre lo hanno invece smentito. Gli studiosi affermano che l'unica certezza che possiamo trarre dagli studi è che i campi elettromagnetici, se pur in grado di provocare un aumento dell'incidenza di leucemia linfatica acuta infantile, ricoprono un ruolo complessivamente molto modesto nell'epidemiologia di questa malattia, cfr. G. SQUARCI, *Tranquillizzanti incertezze*, in *Toscana Qui*, 4, 1999, 76. Sui dati medico-legali cfr. L. MARINO, *Dati di interesse medico-legale sul danno alla salute causato da inquinamento ambientale da onde elettromagnetiche non ionizzanti*, in *Danno e resp.*, 1999, 856 ss. Sul concetto di energia elettrica cfr. R. ALBANO, *Energia elettrica: profili generali*, in *Enc. giur.*, 1 e voce *Energia elettrica: impianti*, in *Enc. giur.*, 1.

(4) Cfr. L. MATARESE, *Danno alla salute e onde elettromagnetiche*, in *Danno e resp.*, 1999, 838.

(5) Sul punto cfr. oltre, in particolare Cass. pen., Sez. I, 14 ottobre 1999, n. 5626, in *Cass. pen.*, 2001, I, 146, con nota di G. DE FALCO, *Una nuova stagione per l'art. 674 c.p.: strumento di tutela contro l'inquinamento elettromagnetico*, nonché *Cass. pen.*, Sez. I, 13 ottobre 1999, n. 5592, 2001, VII-VIII, 2090, con nota di G. EQUIZI, *Aspetti penalistici dell'inquinamento da campi elettromagnetici: un vuoto di tutela*.

Le normative interne successivamente emanate dalle nazioni più avanzate, hanno spesso fatto esplicito riferimento a tali linee, considerandole quali condizioni minime di sicurezza.

Inoltre l'organizzazione mondiale della sanità (OMS), nel maggio del 1996, ha avviato un progetto internazionale per valutare gli effetti sanitari ed ambientali dell'esposizione ai campi elettrici e magnetici.

Esso si propone di dare risposte alle preoccupazioni legate ai campi elettromagnetici attraverso un complesso programma di studio e monitoraggio, destinato a concludersi tra qualche anno, che dovrà mettere assieme le conoscenze attuali e le risorse disponibili delle principali organizzazioni ed istituzioni scientifiche internazionali e nazionali, allo scopo di arrivare a raccomandazioni scientificamente fondate per la definizione dei rischi sanitari dell'esposizione a CEM.

Si tratta di un progetto concepito per fornire revisioni critiche, autorevoli ed indipendenti, della letteratura scientifica, identificandone e colmandone le lacune, con la finalità precipua di meglio definire protocolli di ricerca con metodologie tra loro compatibili e confrontabili, che possano condurre a migliori valutazioni dei rischi in parola.

In un documento del 2002 (6), l'OMS ha ammesso che la valutazione dei potenziali rischi dei campi elettromagnetici è ancora affetta da parecchie incertezze.

Su questa tematica forti sono gli scontri in quanto da una parte c'è il timore degli effetti negativi sui quali non c'è sicurezza scientifica e dall'altra parte ci sono forti interessi economici (quelli dei produttori di energia elettrica, delle società di telecomunicazioni, dei gestori del servizio ferroviario e, anche se limitatamente, dei produttori delle apparecchiature elettriche).

A questi si devono sommare anche le esigenze di tipo militare, visto che tra la strumentazione utilizzata ricopre importanza il radar, che rappresenta fonte di inquinamento elettromagnetico.

L'inquinamento elettromagnetico è stato ritenuto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità come una delle quattro problematiche ambientali che continueranno a riguardare il pianeta nei prossimi anni.

L'attenzione dell'opinione pubblica negli ultimi periodi è aumentata insieme ad una richiesta di intervento dei pubblici poteri.

I primi portano a sostegno di un'azione concreta i risultati di alcune indagini epidemiologiche che sostengono l'esistenza di un nesso tra le sorgenti e alcune forme tumorali (in particolare per quanto riguarda gli impianti che formano onde a bassa frequenza, come gli elettrodotti).

I secondi sostengono la tesi che le numerose normative emanate nel settore impediscono lo svolgersi dell'attività imprenditoriale, a fronte dell'inesistenza di un danno certo.

(6) *Campi elettromagnetici e salute pubblica*, Promemoria OMS del marzo 2000, in sito web citato.

Rischio reale e rischio percepito.

Lo stesso concetto di rischio ha assunto dimensioni prima sconosciute.

Accanto al rischio reale si sta delineando il rischio cd. percepito: il significativo progresso delle tecnologie della comunicazione contribuisce a rafforzare la sensibilità dell'opinione pubblica nei confronti di nuove ipotesi di rischio ancor prima che la ricerca scientifica sia in grado di fornire spiegazioni definitive e certe sulla effettiva pericolosità dell'attività sotto esame.

Tutto ciò si è tradotto in una forte istanza di anticipazione della tutela ambientale e della salute che trova la sua massima espressione nel principio di precauzione (v. oltre).

B) *Il diritto che domina la scienza, la scienza che domina il diritto. Le perplessità della scienza e le scelte del diritto: tra ansie e «tranquillizzanti» incertezze.*

La tematica dell'inquinamento elettromagnetico presenta caratteristiche *sui generis*: provoca il confronto dinamico tra giuristi, filosofi e scienziati, volto ad individuare i nodi problematici del rapporto scienza-diritto e del rapporto esperto-legislatore, giudice, amministratore.

Il confronto si traduce nell'analisi del rapporto intercorrente tra alcuni aspetti di fondamentale rilievo per l'epistemologia giudiziaria⁽⁷⁾ e le corrispondenti problematiche, dibattute nell'ambito della più generale riflessione epistemologica e scientifica contemporanea.

Il concetto scientifico si scontra con il concetto giuridico di probabilità, diventando la sintesi del grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto nel processo civile e in quello penale. È necessario, dunque, un adeguato approfondimento dei presupposti culturali e delle opzioni metodologiche occorrenti per il controllo, da parte del legislatore e del giudice, sul sapere specialistico riversato nel processo attraverso la consulenza tecnica.

(7) L'epistemologia scientifica si confronta con l'epistemologia giudiziaria e si riverbera sul metodo del contraddittorio nella formazione della prova, sul grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto, sull'accertamento del nesso di causalità (che si avvale delle valutazioni giuridiche e della evoluzione delle conoscenze scientifiche) e, dunque, sul risultato conoscitivo del processo. Su questi punti fondamentali cfr. C. PIZZI, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. UBERTIS, GIUFFRÉ, 195, C. PIZZI, *Fatti, coerenza, informazione*, in *Diritto pen. e processo*, 1996, 245, M. TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 785, A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, 2, 81, N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di Comanducci-Guastini, Giappichelli, A. ARNIO, *La Teoria dell'argomentazione e oltre*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di Comanducci-Guastini, Giappichelli, 211, N. MAC CORMICK, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in *L'analisi del ragionamento cit.*, 243, G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica*, in *Riv. trim.dir. proc.civ.*, 2000, 1129, J. WROBLEWSKI, *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto*, in *L'analisi ... cit.*, 267, F.M. CATALANO, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1996, 514, V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 414, L.G. LOMBARDO, *Appunti sulle origini e sulle prospettive del libero convincimento*, in *Dir. e giurisprudenza*, 1992, 17.

Non solo perché, pur configurandosi come problema ambientale (il termine inquinamento è sintomatico), in realtà è un problema che concerne la salute, ma anche perché interessa una molteplicità di discipline, da quelle scientifiche, (ingegneria, fisica, medicina), a quelle sociali (il diritto, la filosofia nei termini del rapporto tra etica, scienza e diritto, le tecniche della comunicazione) a quelle economiche.

La problematica, dunque, anche giuridica, necessita di una rivisitazione dei concetti della fisica.

L'esigenza è quella di ridurre le «distanze culturali» tra il mondo istituzionale e giudiziario e il mondo scientifico, considerato che sempre più la cultura della scienza fonda quella del diritto e viceversa e che il sodalizio di diritto e scienza produce il sapere sociale sotteso alle dinamiche processuali, sia nei paesi di tradizione giuridica «continentale» sia in quelli di *common law*.

Da più parti viene sottolineata la necessità di porre delle misure cautelative in considerazione dei rischi che si corrono.

L'incertezza non può essere motivo di non intervento giuridico, anche perché la scienza non raggiunge mai risultati che si possono definire certi, in quanto ogni verità scientifica è sottoponibile a confutazione.

A livello scientifico, in quasi tutti i settori, ma in particolar modo in quelli scientifico-tecnologici, la scienza ospita una pluralità di previsioni e asserzioni e in alcuni casi opposte tra loro.

Anche le ricerche su possibili danni provocati dagli elettrodotti non sono univoche e le metodologie usate diverse (8).

Da qui emerge il problema di come il diritto possa disciplinare una situazione che presenti margini di incertezza sulla riscontrabilità degli effetti. Accanto a questo sorge anche il problema dei metodi da usare al fine di garantire la reale applicabilità della norma.

L'inquinamento elettromagnetico evidenzia il problema della società attuale di trovare un punto di equilibrio tra lo sviluppo, momento fondamentale per la vita della comunità, e un ambiente vivibile, protetto da alterazioni.

Rispondere alla domanda se il diritto debba intervenire nell'ambito dell'inquinamento elettromagnetico, significa rispondere prima al quesito se il diritto debba disciplinare ambiti in cui vi sia l'incertezza scientifica, e secondo quali canoni il diritto deve agire in presenza di incertezza scientifica (9).

(8) Uno studio dettagliato e completo in merito è stato presentato dalla dottoressa M. TALLACHINI al convegno su «Ambiente e diritto» svoltosi a Firenze nei giorni 11 e 12 giugno 1998., M. TALLACHINI, *Diritto per la natura*, in *Ambiente e diritto*, S. Grassi, M. Cecchetti, S. Olschki, Firenze, 73.

(9) «Può dirsi che il dialogo tra comunità scientifica e diritto si è rivelato proficuo a cominciare dalla normativa introdotta per i campi elettrici e magnetici generati dalla frequenza industriale (soprattutto da elettrodotti) con il d.p.c. 23 aprile 1992 che ha previsto limiti di esposizione

A ciò si aggiunge lo «scontro» tra principi costituzionali e, come vedremo, anche tra gli articoli stessi del Trattato europeo (artt. 95 e 174).

C) *Inquinamento elettromagnetico e valori costituzionali.*

L'inquinamento elettromagnetico è un problema che coinvolge il rispetto e il coordinamento dei valori tutelati dalla Costituzione.

L'analisi degli effetti giuridici posti da questo tipo di inquinamento non può prescindere dall'esame dei due articoli costituzionali che rappresentano i referenti dei due interessi apparentemente in conflitto: l'art. 32 e 43, l'uno tutela la salute, l'altro conferisce rilevanza all'energia come fattore di sviluppo.

Se, in primo luogo, risalta l'art. 32 in quanto tutela il diritto alla salute, rilievo assume anche l'art. 9, il quale prevede la tutela del paesaggio e dell'ambiente in generale (anche in seguito ad una interpretazione evolutiva dello stesso articolo), nonché l'art. 41, sulla libertà di iniziativa economica e l'art. 43 sull'energia.

Pertanto, il diritto alla salute e il bene energia costituiscono gli aspetti dominanti nel dibattito sull'inquinamento elettromagnetico.

L'esame delle due norme (art. 32 e art. 43) ha evidenziato come nel nostro ordinamento il valore salute, inteso in senso ampio, e l'energia, siano importanti per garantire giuste condizioni di vita: entrambe mirano a questo scopo, ma con prospettive diverse, per non dire opposte.

La salute, diritto fondamentale, inalienabile, intrasmissibile, indisponibile e irrinunciabile, riguarda sia l'individuo, sia la collettività e si è arricchita, nel corso del tempo, di ulteriori sfumature terminologiche (diritto all'integrità psico-fisica, diritto all'ambiente salubre ecc).

La salute per la sua stessa intima essenza non può prestarsi ad una degradazione in vista del raggiungimento di un obiettivo economico.

Lo stesso art. 41 si riferisce ad attività economica che «deve svolgersi in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Nell'ipotesi di possibili conflitti tra opposti valori costituzionali, questi devono essere ordinati secondo una scala gerarchica, favorendo quello che sembra essere di maggior rilievo e di grado più elevato.

In un ipotetico conflitto tra la libertà economica e la salute, quest'ultima sarebbe privilegiata, perché la salute è un diritto assoluto e primario, quindi inviolabile.

L'art. 41, al contrario, non prevede una situazione giuridica soggettiva connotata dai caratteri dell'assolutezza.

(art. 49), distanze di rispetto (art. 5) e azioni di risanamento (art. 7), in linea con i più attendibili *standards* protezionistici diffusi a livello internazionale, in particolare dall'Irpa (*International Commission On Non Ionizing Radiation Committee*), con studi pubblicati nel gennaio 1990 e successivamente confermati dall'Icirp (*International Commission On Non Ionizing Radiation Protection*) nel maggio 1993», G.D. COMPORI, *Amministrazioni e giudici sull'onda dell'elettromog*, in *Foro Amm.*, 2001, IX, 2455.

L'ottica è quella di una funzionalizzazione e per tale motivo l'attività economica è sottoposta anche al controllo conformativo dei pubblici poteri.

Per questo il diritto alla salute, nel caso in cui sia in conflitto con diritti soggettivi connessi all'esercizio dell'attività d'impresa, non può essere sacrificato né limitato dal confronto con situazioni di vantaggio anche se costituzionalmente riconosciute e tutelate (10).

Lo sviluppo economico e l'efficienza produttiva non sono, infatti, valori in sé, bensì strumenti per realizzare valori costituzionali autentici: la relazione che corre è quella di una «Funzionalizzazione unidirezionale», nel senso che c'è un rapporto di mezzo-fine per cui sarà sempre il secondo a prevalere.

In ogni caso questo deve avvenire nel segno della ragionevolezza e congruità (11).

Vi sono diversi livelli di pregiudizio alla salute e livelli diversi di tutela della stessa.

Si è sostenuto che per un'opera pubblica di grande importanza e di vasta utilità si possono accettare anche modesti sacrifici alla salute e la garanzia di cui all'art. 32 rimane in ombra. Decisivo apparirebbe, in questo caso, il ruolo dell'amministratore pubblico perché ha il compito di assicurarsi che le iniziative e le opere di cui si è decisa la realizzazione non incidano in maniera grave sulla salute dei cittadini, mentre non può farsi carico di tutti i possibili riflessi minori (12).

La sinergia tra gli organi istituzionali consentirà di attuare un'appropriata protezione alla salute.

D) *I principi del diritto dell'ambiente come guida per le scelte degli operatori: principio precauzionale, sviluppo sostenibile, l'informazione.*

La direttiva n. 90/270/CEE del Consiglio del 29 maggio 1990 attuata con d.lgs. n. 626/1994 ha emanato prescrizioni minime in materia di sicurezza e salute nelle attività di lavoro compiute su videoterminali.

La direttiva n. 92/85/CEE del Consiglio del 19 ottobre 1992, attuata con d.lgs. n. 645/1996 tutela la sicurezza e la salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento nei confronti del rischio all'esposizione ai CEM.

Nel 1992 è entrato in vigore il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 aprile 1992, il quale ha stabilito i limiti massimi di accettabilità delle esposizioni delle onde elettromagnetiche e le relative distanze di rispetto, con particolare riferimento agli elettrodotti.

(10) Voce *Salute*, in *Digesto*, 526.

(11) M. LUCANI, *Localizzazione delle centrali elettriche. Problemi giuspubblicistici*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 1990, 161.

(12) A. BARDUSCO, *Diritto alla salute e decisioni*, in *Sanità Pubblica*, 1983, 427.

Il Parlamento europeo, nella risoluzione del 5 maggio 1994 contro gli effetti nocivi delle radiazioni non ionizzanti, elaborava, in virtù del mancato accertamento, allo stato attuale, dei meccanismi d'induzione dei danni biologici, i principi di precauzione e prevenzione, che la normativa di ciascun Stato membro avrebbe dovuto osservare.

Il principio di precauzione (13) prevede che, in caso di dubbio sul livello del rischio, si deve adottare l'opzione più «conservativa» per minimizzare il rischio, ricorrendo, se necessario, in caso di non conoscenza di livelli minimi di sicurezza, anche alla cosiddetta opzione zero.

Nella valutazione dell'opera o del progetto si devono prendere in esame tutte le soluzioni possibili, per poi scegliere quella che si presenta dal punto di vista ambientale come compatibile e non si esclude l'ipotesi che il procedimento si concluda con il divieto di intervenire o di realizzare l'opera: si tratta di quella che viene definita «l'opzione zero».

Ciò consente di adottare anche soluzioni radicali nei casi più dubbi (14).

Al fine, tuttavia, di evitare applicazioni eccessivamente rigide, il principio di precauzione è stato temperato da quello di prevenzione: non qualsiasi ipotesi di danno scientificamente incerto è idoneo a far scattare l'opzione zero, ma solo quella del danno grave ed irreversibile (art. 130R/attuale 174 del Trattato CE: il comma 2 di tale articolo stabilisce che la politica della Comunità europea in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela).

Successivamente, è intervenuta la legge n. 249/1997 che ha individuato in capo all'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni il potere di vigilanza sui tetti massimi delle radiofrequenze compatibili con la salute umana e di verificarne l'osservanza (art. 1, co. 6, lett. a, n. 15) (15).

È stato, inoltre, precisato che il rispetto dei suddetti limiti costituisce condizione obbligatoria per il rilascio delle licenze e concessioni per l'installazione di apparati che emettono onde elettromagnetiche.

In attuazione della suddetta legge è stato emesso il d.m. 10 settembre 1998, n. 381 (decreto Ronchi): in esso vengono fissati i limiti di esposizione alle radiofrequenze e microonde emesse da antenne per telecomunicazioni radio televisive (16).

I limiti di esposizione fissati dal decreto sono recepiti da quelli fissati dall'IRPA e sono finalizzati a tutelare la salute dagli effetti cronici provocati dai campi CEM.

(13) F. ACERBONI, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, in *Il diritto della regione - regione Veneto*, 2000, 246.

(14) F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. ambiente*, 1998, n. 2, 241.

(15) L. MATARESE, *Danno alla salute e onde elettromagnetiche*, in *Danno e resp.*, 1999, 849.

(16) F. AMENDOLA, *Inquinamento elettromagnetico, d.m. 381/98 e art. 674 c.p.*, in *Foro it.*, 2001, II, 30.

I suddetti limiti risultano, tuttavia più alti e, dunque, meno permissivi, di quelli previsti invece dalla racc. n. 99/519/CE del 12 luglio 1999.

Infine, la recente legge quadro n. 36 del 12 febbraio 2001 ha dettato i principi fondamentali diretti ad assicurare la tutela della salute dei lavoratori e della popolazione dagli effetti dell'esposizione a determinati livelli di campi elettrici, magnetici, ed elettromagnetici.

La suddetta legge conferma, per un periodo transitorio, i limiti previsti nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 aprile 1992 (17).

Nulla esclude che in un prossimo futuro lo Stato, verificando il progredire degli studi scientifici sull'argomento, recepisca con appositi atti regolamentari il risultato degli studi stessi, prevedendo limiti più ristretti di quelli del citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (18).

«Tuttavia, a fronte di un panorama scientifico così complesso, non si può che ribadire che è esclusivo compito del legislatore la individuazione, eventualmente a livello cautelativo, di una soglia di tutela dalle emissioni, diversa da quella prevista e adottata a livello internazionale» (19).

Si persegue, infatti, lo scopo di realizzare il principio dello sviluppo sostenibile.

Il problema diventa quello di stabilire se, di fronte a questi opposti interessi, sia giusto intervenire, in ragione di quali principi e quali strumenti adottare per cercare di considerare entrambi gli aspetti.

Si evidenzia, altresì, che è stato trasmesso alla Camera dei Deputati per la definitiva approvazione il disegno di legge, n. 1753 approvato il 14 maggio 2003 dal Senato, contenente la delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione, in cui all'art. 8, 1. *f* si ribadisce l'intenzione di «afferma-

(17) Cfr. T.A.R. per il Veneto, 28 novembre 2001, il quale afferma che tramite la legge quadro il D.P.C.M. del 1992 è stato eretto a norma di legge.

(18) Sintomatico è come il principio di precauzione sia stato esteso ed applicato anche ad altri settori, sempre connessi con la tutela salute.

L'O.M. 22 novembre 2000 dell'allora Ministero della Sanità (*GU* 24 novembre 2000, n. 275), stabilisce, in materia trasfusionale, che «considerata la situazione di potenziale pericolosità per la salute pubblica determinatasi nei Paesi dell'Unione europea in relazione ai casi di encefalopatia spongiforme bovina, considerato che, ancorché non sia stata accertata alcuna diretta correlazione fra donazione di sangue ed infezione da agenti infettanti connessi alla nuova variante di malattia di Creutzfeldt-Jakob (CJD), in alcuni paesi dell'Unione sono state adottate, in via prudenziale, iniziative volte ad escludere dalla donazione di sangue o di emocomponenti coloro che negli anni dal 1980 al 1996 hanno soggiornato nel Regno Unito per un periodo superiore a sei mesi ... ritenuta l'opportunità di dichiarare, in via meramente cautelativa ed in attesa delle decisioni che assumeranno in materia gli organi dell'Unione ... ordina: coloro che hanno soggiornato nel Regno Unito negli anni dal 1980 al 1996 ... sono da considerare non idonei alla donazione di sangue o di emocomponenti».

(19) M. FADEL, *Campi elettronici-Giurisprudenza*, in www.forumambiente.it/id 26.htm; cfr. inoltre Trib. Monza, 24 febbraio 2001. Sull'esigenza di una normativa che regoli la prevalenza del diritto ad una esistenza sana, libera e dignitosa v. L. MATARESE, *Danno alla salute e onde elettromagnetiche*, in *Danno e resp.*, 1999, 840.

zione dei principi comunitari di prevenzione, di precauzione, di correzione e riduzione degli inquinamenti e dei danni ambientali e del principio «chi inquina paga».

Viene espressa, dunque, la convinzione che i suddetti principi siano idonei a garantire elevati livelli di tutela dell'ambiente e, nel contempo, a contribuire alla competitività dei sistemi territoriali e delle imprese (art. 8, 1. e) (20).

E) *I documenti delle organizzazioni governative e non.*

Il problema dell'inquinamento elettromagnetico è stato percepito da varie organizzazioni governative e non governative.

OMS. Come si è già accennato, l'Organizzazione mondiale della Sanità ha adottato nel 1996 un progetto sugli effetti prodotti dai campi elettromagnetici (EMF PROJECT) (21).

Gli effetti sembrano dipendere dalla durata e dal tipo di esposizione, anche se in merito l'OMS ritiene che sia necessaria una chiarificazione scientifica, anche perché, si è osservato, l'esposizione ai CEM colpisce a vari gradi tutte le popolazioni del mondo e i livelli continueranno ad aumentare con l'avanzare delle tecnologie.

L'OMS sostiene di voler evitare il ripetersi degli errori commessi con il fumo della sigaretta e con le radiazioni ionizzanti, prima sottovalutati in quanto ritenuti in piccola parte responsabili di effetti alla salute, poi accertati come agenti dannosi (22). La posizione attuale dell'OMS sembrerebbe ispirata al principio della cautela (23).

La durata del progetto è stata stabilita fino al 2005, anno in cui gli organi previsti dallo stesso dovranno presentare le loro conclusioni. Il progetto si fonda su un procedere logico di attività e di produzioni al fine di migliorare gli accertamenti sui rischi alla salute. La somma finanziaria per ogni anno è di 60.000 dollari.

(20) Il disegno di legge è pubblicato in *www.giust.it*.

(21) Si legge nell'introduzione che si sono «intravisti» a causa di questi campi magnetici degli ipotetici effetti quali: cancro perdita della memoria, malattie di Alzheimer, Parkinson, e anche un aumento di suicidi, OMS, Summary Project, in <http://www.who.int/peh-emf/summary.htm>, April, 2000.

(22) OMS, Summary Project, *op. cit.*

(23) Si afferma, infatti, che «dal momento che le attuali conoscenze scientifiche suggeriscono deboli associazioni e non stabiliscono che l'esposizione a campi magnetici di bassa frequenza ai livelli normalmente incontrati nell'ambiente domestico possa causare effetti nocivi per la salute, non c'è alcuna necessità di adottare specifiche misure protezionistiche», allo stesso tempo, tuttavia, raccomanda che in attesa di risultati scientifici certi e concorsi tra loro, ci sia «una stretta aderenza alle norme nazionali ed internazionali», S. CELOZZI, *L'esposizione a lungo termine a campo magnetico di bassa frequenza e debole intensità*, in *Gazzetta Ambiente*, n. 4, luglio-agosto, I.P.Z.S., 1999, 37.

La struttura organizzativa si compone di un organo consultivo, il Comitato Internazionale Consultivo (IAC) e di uno scientifico. Lo IAC è composto dai rappresentanti dei governi che hanno finanziato il progetto, tra cui rientra l'Italia.

CENELEC e CEI. Il Cenelec (European Committee For Electrotechnical Standardization), è una organizzazione a livello europeo che emette documenti di armonizzazione sulla tecnologia elettronica.

Le regole tecnico-scientifiche, infatti, devono essere adattate nella normativa dell'Unione Europea, per poi essere a loro volta tradotte ed inserite nelle disposizioni nazionali.

In Italia l'ente deputato a ciò (cosiddetto ente normalizzatore) è il CEI (Centro Elettronico Italiano).

Tramite il Comitato tecnico 111 «*Human exposure to electromagnetic fields*» il CENELEC ha redatto una pre-norma per la protezione del pubblico e dei lavoratori dall'influenza diretta e indiretta dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici prodotti nella gamma di frequenza da 0 a 300 GHz. Nella prima parte si trovano le indicazioni relative ai campi elettrici e magnetici a bassa frequenza (24).

ISS E ISPESEL. L'ISS (Istituto Superiore di Sanità) e l'ISPESEL (Istituto per la prevenzione e sicurezza sul lavoro), entrambe organizzazioni governative, hanno adottato il 29 gennaio 1998 un documento congiunto «Sulla problematica della protezione dei lavoratori e della popolazione dalle esposizioni a campi elettrici e magnetici ed a campi elettromagnetici a frequenze comprese tra 0Hz e 300 GHz».

Nella parte introduttiva è precisato che il documento viene adottato congiuntamente dai due istituti come frutto di un necessario confronto mirante a chiarire le rispettive posizioni ed individuare le linee di azioni comuni nell'interesse generale dei cittadini, nonché in vista della delicata attività di consulenza scientifica che i suddetti istituti prestano al gruppo di lavoro interministeriale per la legge quadro (25).

(24) I limiti previsti sono di 50 Hz, per gli impianti di trasmissione e distribuzione di energia elettrica e di utilizzazione dell'energia nelle sue molteplici applicazioni, quelli a frequenza diversa generati da sorgenti diffuse quali i sistemi di trazione in corrente continua ed alternata o apparecchiature utilizzate a livello industriale (es. riscaldamento dei materiali). I limiti sono previsti per quanto concerne le basse frequenze: per il campo elettrico, per quello magnetico e per la densità di corrente. Inoltre i valori sono diversi per la popolazione e i lavoratori. Tali limiti sono abbastanza alti, basti pensare che il campo magnetico per la popolazione non deve essere oltre i 0,6 mT e per i lavoratori di 1,6 mT: i suddetti limiti sono efficaci per una tutela dagli effetti a breve termine, ma non a lungo, CNR, CEI, Norma Europea Sperimentale, in *Dossier Inquinamento elettromagnetico*, Legambiente, Roma, 1999, parte quinta.

(25) ISS-ISPESEL, «Documento congiunto dell'Istituto Superiore per la Prevenzione e la Sicurezza del Lavoro e dell'Istituto Superiore di Sanità sulla problematica della protezione dei

F) *Le strade per l'equilibrio: la sinergia tra gli organi istituzionali.*

Analizziamo ora quali possono essere gli strumenti che consentono all'operatore del diritto e all'amministratore di intervenire e di trovare la soluzione più equilibrata che, forse, non assicurerà la piena soddisfazione degli interessati ma potrà, almeno, evitare l'eccessivo acuirsi dei conflitti a livello politico-istituzionale.

Le soluzioni possibili sono state esplorate con riferimento precipuo ai classici strumenti dell'ordinamento giuridico: quello amministrativo, giurisdizionale e infine legislativo.

Soluzioni giurisprudenziali

Gli organi giurisdizionali sono stati i primi a livello istituzionale ad occuparsi del problema *elettrosmog*.

I cittadini, i comitati, le associazioni ambientaliste e protezionistiche hanno pensato di rivolgersi agli organi giudiziari per tutelarsi dai pericoli e dai rischi di cui parlava una certa letteratura scientifica. Come sempre accade per un nuovo problema, si registra un'evoluzione, un cambiamento che va nella direzione di un rafforzamento della tutela.

Le prime sentenze risalgono agli anni ottanta, ma sarà soprattutto negli anni novanta che aumenteranno le cause con tale oggetto.

Quella che prima era una problematica conosciuta da pochi, oggi è una delle più discusse.

I giudici, sia amministrativi sia ordinari, sono stati chiamati, a partire dalla metà degli anni novanta, ad affrontare numerose questioni in ordine al problema dei campi elettromagnetici, assumendo, in materia, contrastanti posizioni.

A livello giurisdizionale partendo dall'analisi dei casi giurisprudenziali relativi all'inquinamento elettromagnetico, l'ordinamento offre delle possibilità: da quello civile, a quello penale e amministrativo, art. 674 c.p.

È opportuno fare un distinguo tra cause civili, amministrative e penali.

Giurisprudenza civile e tutela cautelare

La generica pericolosità delle onde elettromagnetiche era già nota nel 1979 alla Corte di Cassazione, la quale inseriva, tra le immissioni suscettibili di divieto ai sensi dell'art. 844 c.c., le correnti elettriche e le onde elettromagnetiche, in quanto idonee ad incidere sull'organismo umano (26).

lavoratori e della popolazione dalle esposizioni a campi elettrici e magnetici ed a campi elettromagnetici a frequenze comprese tra 0Hz e 300GHz, in *Dossier Inquinamento Elettromagnetico*, Legambiente, Roma, 1999.

(26) Cass. 6 marzo 1979, n. 1404. In termini di inquinamento da onde elettromagnetiche si esprimeva anche il T.A.R. Veneto, 18 novembre 1982, n. 878, in *T.A.R.*, 1983, I, 187 e, di recente, il Trib. Como, 22 gennaio 2002, n. 1146 e, più di recente, T.A.R. Veneto, Sez. II, 13 febbraio 2001, n. 236, in *Giur. di merito*, 2001, III, 749, con nota di F. PATRUNO, *Considerazioni sull'inquinamento elettromagnetico e sulla recente legge-quadro*.

Alla prima categoria sono rapportabili la maggior parte delle prime ordinanze emesse, ovvero quelle che vanno dall'inizio anni novanta fino alla metà, mentre notevole è stato il ricorso alla giurisdizione amministrativa nel periodo successivo.

Oggi molte controversie svolgono anche davanti al giudice penale.

Il primo caso che andò in un'aula giudiziaria fu la costruzione di un elettrodotto ad altissima tensione, 380 kv, da realizzarsi nei Comuni della Versilia, nelle province di Lucca e Pisa.

Iniziarono davanti allo stesso Pretore due procedimenti, uno penale e uno civile.

Il pretore emise l'ordinanza di non attivazione accogliendo le richieste degli attori (rappresentante locale del WWF e proprietari terrieri su cui l'elettrodotto sarebbe dovuto passare). L'ordinanza della Pretura fece scuola e da allora numerose sono state le cause intraprese.

La tutela cautelare rappresenta lo strumento giurisdizionale maggiormente utilizzato ai fini dell'intervento nelle controversie riguardanti la pericolosità dei campi elettromagnetici.

La maggior parte delle decisioni in materia è di tipo cautelare, proprio per il carattere preventivo che connota tale forma di tutela.

Lo scopo da raggiungere a livello giurisdizionale, per che lamenta la lesione del diritto alla salute, è ottenere un provvedimento che garantisca la cessazione della situazione pericolosa.

I tempi del processo sono lunghi: è importante agire il prima possibile, prima che il danno si sia verificato.

Naturalmente, tra le azioni cautelari previste dal codice di rito, quella utilizzata dai ricorrenti è l'azione cautelare atipica prevista dall'art. 700 c.p.c. (27).

Nei primi anni novanta si registra una tendenza dei giudici a respingere le richieste di una tutela cautelare *ex art. 700 c.p.c.* al fine di intervenire sugli elettrodotti costruiti o in fase di costruzione.

Se non erano le Preture a respingere le richieste, le ordinanze venivano revocate dai Tribunali.

La giurisprudenza, tuttavia, è, in genere, poco propensa ad accordare la tutela cautelare *ex art. 700 c.p.c.* chiesta al fine di rimuovere apparecchiature idonee a produrre onde elettromagnetiche, sul presupposto della non sufficienza di un rischio generico (28).

(27) La funzione dell'art. 700 è proprio quella di munire di tutela sommaria urgente tutti i diritti riconosciuti dall'ordinamento, indipendente dalla norma che attribuisca il diritto di azione in merito al singolo diritto e a ciascuna violazione, A. PROTOPISANI, *Lezioni di diritto Processuale Civile*, Jovene, Napoli, 1996, 691.

(28) Trib. di Lucca, 5 marzo 1990, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1990, 523.

Un orientamento giurisprudenziale, minoritario, ha ritenuto di disapplicare l'applicazione dei valori-limite attualmente vigenti, a livello nazionale, per espressa previsione della legge 7 febbraio 2001, n. 36 e ha imposto lo spostamento dell'elettrodotto o la limitazione dei valori di corrente che transitano sulle linee elettriche (29).

L'inosservanza dei limiti previsti a livello legislativo scaturisce dall'esigenza di garantire quanto più possibile la salute dei cittadini.

Il Tribunale di Padova, con pronuncia del 17 novembre 1998, n. 465 (30), ha imposto la limitazione a 100A del valore della corrente che percorre un impianto a 132 kV, nel presupposto che a tale valore il campo elettromagnetico, pur eccedendo di poco gli 0,2 mt, non produca effetti nocivi per gli esposti.

Il suddetto orientamento ritiene non vincolanti i limiti legislativi in quanto non astrattamente preclusivi di indagini sulla causalità specifica.

Il Tribunale di Milano ha ammesso la tutela cautelare «allo scopo di prevenire danni provocati dall'esposizione a campi elettromagnetici», e per tutelare il diritto fondamentale della salute che lo stadio attuale delle ricerche scientifiche ritiene, seppure in maniera non sicura, essere gravemente minacciato da tale esposizione (31).

Si deve segnalare la sentenza della Cassazione n. 9893 del 2000 (32) che, sul presupposto della supposta notorietà delle onde elettromagnetiche (generate, nel caso specifico, da un elettrodotto) ha ritenuto ammissibile l'emissione di una pronuncia inibitoria qualora, anche prima che l'opera pubblica sia messa in esercizio, sia possibile accertare che è insito un pericolo (e non già un pregiudizio attuale) per la salute umana.

Altra parte della giurisprudenza, maggioritaria, ha ritenuto invece che, rispettate le prescrizioni del citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1992 nonché delle Raccomandazioni espresse in materia dai vari Organismi internazionali, e in assenza di prove scientifiche certe circa il rapporto di causalità tra esposizione ai campi elettromagnetici ed effetti a lungo

(29) Cfr. Trib. Reggio Calabria, 30 gennaio 2001, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2001, 279: ha ritenuto ammissibile la domanda cautelare di sospensione dei lavori di realizzazione di una cabina elettrica, in quanto finalizzata alla tutela del personalissimo e costituzionalmente garantito diritto alla salute individuale che si assume minacciato da immissioni pregiudizievoli di onde elettromagnetiche.

(30) Trib. Padova, 17 novembre 1998, in *Guida al diritto*, 1999, n. 38, 14.

(31) Trib. Milano, 7 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2001, 141. Cfr. sul punto G.D. COMPORTI, *Amministrazioni e giudici sull'onda dell'elettrosmog*, in *Foro Amm.*, 2001, IX, 2455.

(32) Cass. 27 luglio 2000, n. 9893, in *Foro it.*, 2001, I, 141 e in *Corr. giur.*, 2001, 200, in *Danno e resp.*, 2001, 38, con nota di G. DE MARZO, *Inquinamento elettromagnetico e tutela inibitoria* e in *Urb. e app.*, 2001, 162, con nota di G. MANFREDI, *L'«irresistibile» diritto alla salute e la tutela dall'inquinamento elettromagnetico*. Sui profili causalistici cfr. cap.4 pr. XII.

termine dell'esposizione stessa, non sia, allo stato, ipotizzabile la violazione del diritto alla salute (33).

In particolare, il Tribunale di Milano ha osservato che, essendo intervenuta la legge n. 36 del 2001 recante norme di tutela dalle onde elettromagnetiche, non sia consentito al giudice, che ravvisi una possibile lesione alla salute per effetto dei campi elettromagnetici generati da tali onde, procedere alla disapplicazione dei limiti esistenti (transitoriamente quelli stessi di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 aprile 1992) ormai costituenti norma primaria (34).

Giurisprudenza amministrativa

In via di principio nella materia dell'inquinamento elettromagnetico oggetto della tutela risulta essere il bene salute previsto e riconosciuto dalla nostra Costituzione.

Si tratta di un diritto soggettivo, fondamentale e irrinunciabile: la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

Ciò non significa che anche il giudice amministrativo non possa accordare tutela: in proposito sono, naturalmente, diversi i presupposti e i motivi che consentono di radicare l'azione innanzi a tale giudice.

Lo Stato e gli enti territoriali sono deputati a svolgere un ruolo importante: concedere autorizzazioni alla costruzione e all'attivazione di elettrodotti, di impianti di telefonia mobile, ecc.

Il ricorso alla giustizia amministrativa si legittima in virtù della violazione di un interesse legittimo ed è caratterizzato dalla richiesta di annullamento, revoca o modifica di un atto amministrativo.

Il ricorso è proponibile nel caso, ad esempio, di inquinamento elettromagnetico prodotto da un elettrodotto o da un impianto di telefonia mobile, in quanto è necessario il compimento di un procedimento amministrativo ai fini della autorizzazione alla costruzione e messa in opera dell'impianto.

La sfera del giudice amministrativo, dunque, riguarda la parte procedurale prevista da un complesso di leggi a garanzia di una serie di interessi pubblici: la salute è non solo un diritto garantito, ma anche un interesse che l'or-

(33) Trib. Parma, 22 luglio 2000 e Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 29 giugno 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 408, con nota di R. DI LEGAMI, *Antenne per telefonia cellulare, elettrosmog e danno alla salute*. La sentenza del Tribunale di Parma stabilisce che l'osservanza dei limiti di esposizione alle onde elettromagnetiche previsti dal d.m. 10 settembre 1998, n. 381, fa venir meno l'elemento del *periculum in mora* necessario per l'emanazione di un provvedimento cautelare richiesto ex art. 700 c.p.c. al fine di far rimuovere o per lo meno disattivare una stazione radio-base per telefonia cellulare. Cfr. anche T. DALLA MASSARA, *Due pronunce in tema di elettrosmog: ovvero dei ragionevoli limiti di un approccio generalizzante di fronte alla specificità del caso concreto*, in *Giur. It.*, 2001, 2063.

(34) Trib. Milano, 28 luglio 2001, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2001, 269, con nota di Nobili.

dinamento ha il dovere di perseguire. Tutte le sentenze dei TAR, in merito, hanno avuto quale oggetto del processo un atto della P.A. riguardante il procedimento per l'autorizzazione.

Si sono fatti valere vizi di legittimità per raggiungere lo stesso scopo di un provvedimento giurisdizionale emesso dal giudice civile: la non edificabilità, la non attivazione dell'elettrodotto o l'inibizione dall'esercizio (35).

Il giudice amministrativo può, dunque, in sede di verifica, valutare che interessi ambientali e il bene salute siano considerati (36).

Una delle problematiche affrontate dai TAR nelle suddette controversie riguarda innanzi tutto il potere del giudice amministrativo ed i suoi limiti.

Il G.A., infatti, non può sostituirsi alla P.A., esercitare il potere di determinazione di cui essa è titolare e, conseguentemente, non può modificare gli atti da questa posti in essere o eseguire compiti spettanti alla medesima: il suo ruolo consiste in un controllo di legittimità e talvolta di merito sugli atti.

La giurisprudenza in relazione a questo profilo e agli elettrodotti è stata ferma nello specificare che il potere del giudice non potrà mai essere quello di stabilire la validità del tracciato. Le scelte progettuali sono esplicitazione di potestà tecnico-amministrativa-discrezionale, non censurabile in sede di giudizio di legittimità, se non per illogicità e manifesta irrazionalità delle scelte (37).

Il giudice non può giudicare la scelta fatta nel merito, in quanto con ciò eserciterebbe una funzione amministrativa (38): può solo rilevare se le scelte sono state fatte con ragionevolezza.

Altra ipotesi in cui il G.A. può intervenire, oltre che nei casi di eccesso di potere e di incompetenza, è la violazione di legge: in un procedimento così scadenzato e complesso non è difficile rinvenire ipotesi che integrano tale vizio.

(35) L'autorizzazione per la costruzione di un elettrodotto è solo l'atto finale di un procedimento complesso costituito da una serie di subprocedimenti. Accanto al procedimento di autorizzazione è stata inserita la procedura di impatto ambientale. Le competenze sono ritagliate tra lo Stato e gli enti territoriali, chiamati a partecipare al fine di garantire il rispetto dei diversi interessi pubblici. cfr. A.G., *Rischi (potenziali) da elettrosmog e proprietà condominiale*, in *Diritto e Giustizia*, 2002, 6, 8.

(36) Cfr. Tar Veneto, sez. II, 13 febbraio 2001, n. 236, e U. RUSSO, *Inquinamento elettromagnetico e principio di precauzione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 1267.

(37) F. PATRONO, *Considerazioni sull'inquinamento elettromagnetico e sulla recente legge-quadro*, in *Giur. di Merito*, 2001, III, 749; TAR Veneto, Sez. II, 13 febbraio 2001, n. 236, in *Riv. Giur. ambiente*, 2000, 119 ss, con nota di CERUTI, *Inquinamento elettromagnetico e salute umana: il problema della sindacabilità giudiziale delle norme tecniche sulla base del principio precauzionale avalato da Cons. St., ord. 28 settembre 1999, n. 1737*.

(38) Sintomatica la sentenza del TAR Veneto, 18 maggio 1994, n. 550, in *Rass. Giur. dell'En. Elettrica.*, 1995, 245: «La soluzione del tracciato prescelta dall'ENEL non può formare oggetto di censura, dato che una tale scelta si rapporta all'esplicitazione di potestà tecnico amministrativa, sindacabile dal giudice amministrativo solo in ipotesi di manifesta irrazionalità». Stessa argomentazione è adottata dal TAR Lombardia, 14 maggio 1994, n. 302, in *Rass. giur. dell'En. Elettrica*, 1994, 247.

Il controllo del rispetto delle norme istruttorie offre occasione al giudice di verificare se effettivamente sono stati presi in considerazione tutti gli aspetti.

Il momento istruttorio, nella procedura ricopre una rilevanza particolare, considerato che è in questa sede che vengono in rilievo tutte le componenti relative alla costruzione dell'impianto, all'impatto sull'ambiente e sul territorio, e alla sua collocazione urbanistica.

Inoltre, attraverso il controllo della motivazione ed il suo eventuale vizio il giudice ha la facoltà di valutare se l'Amministrazione nel decidere abbia tenuto conto della reale necessità di costruire un elettrodotto in quella zona, se erano presenti i presupposti richiesti dalla normativa vigente, se la scelta è stata coerente con le risultanze istruttorie.

A ciò si aggiunga che la tutela della salute, oltre ad essere prevista a livello costituzionale, è parte integrante dell'ordinamento giuridico. Basti pensare che la legge 23 dicembre 1978 n. 833 prevede tra i fini dello Stato quello di garantire condizioni uniformi di salute su tutto il territorio nazionale.

La salute, dunque, è non solo un diritto garantito, ma anche un interesse che l'ordinamento ha il dovere di perseguire: ciò consente che possa essere parametro di valutazione e di giudizio anche nel procedimento amministrativo e successivamente in sede processuale (39).

L'aspetto salute è venuto in rilievo in modo esplicito nella normativa sugli elettrodotti con il d.p.c.m. del 23 aprile 1992: da allora è opinione giurisprudenziale che tale normativa rientri tra quella che deve essere rispettata nella procedura di autorizzazione alla costruzione degli impianti (40).

Tra gli elementi di legittimità dell'atto autorizzatorio è necessario, pertanto, verificare anche il rispetto della normativa apposita dettata in materia di esposizioni alle radiazioni non ionizzanti, vale a dire il d.p.c.m. 23 aprile 1992 e il d.p.c.m. 1995 per le azioni di risanamento e, naturalmente, la

(39) TAR Lombardia, 3 novembre 1994, n. 618, in *Rass. Giur. En. Elettrica*: «La salute costituisce un diritto inviolabile dei cittadini direttamente ed un interesse fondamentale della collettività come sancito dall'art. 32 della Costituzione e dalla legge 833 del 1978, pertanto, ne è indispensabile assicurare la tutela anche in sede di realizzazioni degli impianti elettrici».

(40) C'è, tuttavia, perplessità in dottrina circa il ricorso smodato al giudice: «... il giudice finirà per operare più come fattore di compensazione di incertezze sociali e culturali, che come organo di composizione di liti e delle relative incertezze giuridiche, facendosi così carico di una non meglio definita funzione di supervisione tecnica degli approdi teorici della comunità scientifica e della funzione di valutazione e selezione degli interessi meritevoli di tutela, che sono estranee al proprio bagaglio culturale ed al proprio mandato ...» «In definitiva, se i giudici rivendicano un ruolo forte di mediatori e garanti di ultima istanza dei valori in gioco, ed operano così quali moltiplicatori del contenzioso, le amministrazioni tendono a rinunciare alle proprie prerogative e contribuiscono a loro volta alla inflazione delle regole e dei vincoli esistenti, ingenerando così ulteriore incertezza e contenzioso», G.D. COMPORI, *Amministrazioni e giudici sull'onda dell'elettromog.*, in *Foro Amm.*, 2001, IX, 2455.

recente legge quadro. Di recente il Tar Toscana e il C.d.S. hanno affrontato il problema (41).

Giurisprudenza penale

La tutela penale è, tra le forme apprestate dall'ordinamento giuridico, quella che consente meno spazio d'azione in merito alla tutela della salute.

La difficoltà è dovuta alle peculiarità della norma penale, caratterizzata dal principio di tassatività e di legalità: non è facile individuare i soggetti responsabili, in quanto gli effetti sono prodotti dagli impianti, che vengono costruiti a seguito di un complesso iter procedurale con competenze assegnate a diversi soggetti.

Le norme penali per poter essere applicate richiedono che sussistano nel concreto tutti gli elementi della fattispecie, sia quelli soggettivi che quelli oggettivi.

Le ipotesi di reato prospettate, fino ad ora, interessano gli artt. 650 c.p. (diretto a garantire il rispetto dei provvedimenti dell'Autorità pubblica), 323 (abuso d'ufficio), 328 (omissione di atti d'ufficio), 590 (lesioni colpose), 674 (getto pericoloso di cose), 675 (collocamento pericoloso di cose)(42), 591 c.p. (lesioni con decesso)(43).

Il ricorso alla sanzione penale non costituisce lo strumento in grado di risolvere il problema nel campo ambientale.

La norma penale può aiutare, ma a monte l'ordinamento giuridico dovrebbe apprestare un'accurata disciplina.

Soluzioni amministrative

Vediamo ora come il principio di precauzione e di prudenza viene adattato all'attività amministrativa.

A livello amministrativo è stato fatto riferimento alla centralità della valutazione di impatto ambientale come luogo di incontro e di sintesi degli interessi emergenti; accanto a questa si è prospettata l'ipotesi di un approccio

(41) A. CONTALDO, *Ancora in tema di elettrosmog da antenne per la telefonia mobile* (nota a Tar Toscana, sez. I, 15 gennaio 2001), in *Dir. Informazione e informatica*, 2001, 249.

(42) Cass. 29 novembre 1999, sez. I, in <http://www.Diritto e Ambiente.it>.; L. RAMACCI, *Tutela penale contro l'inquinamento da campi elettromagnetici*, in *Nuovo diritto*, 1997, 119.

(43) F. FORZATI, *La tutela penale del «diritto alla salute», fra evoluzione tecnologica e nuovi modelli di responsabilità: riflessioni ai margini del recente dibattito in materia di «elettrosmog»*, in *Legalità e giustizia*, 1999, 296, S. MAGLIA, *Il punto normativo e giurisprudenziale sul c.d. elettrosmog da radiotrasmissione e telefonia cellulare*, in *Riv. Pen.*, 1999, 231, C. FLIK, *Elettrosmog. L'emissione di campi elettromagnetici non può configurare «getto pericoloso di cose»* (rif. a Cass., sez. I pen., 30 gennaio 2002 (ud.); 27 febbraio 2002 (dep.) n. 353), in *Rass. Giur. Ener. Elettrica*, 2002, 145.

negoziale, di una concertazione ambientale come fase preliminare o sostitutiva della VIA per i casi in cui questa non è prevista (44).

In Italia e nell'unione Europea

A livello amministrativo la via percorribile è il procedimento amministrativo, luogo deputato a divenire luogo di confronto dei vari interessi in gioco.

La legge del 7 agosto 1990, n. 241, assegna al procedimento tale ruolo e, in particolare prevede che nelle procedure attivate per la tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini, non sia possibile utilizzare le forme e gli strumenti della semplificazione amministrativa (45).

Si evince l'importanza di questi aspetti, tali da non poter essere trattati con procedure semplificate, in quanto il pericolo sarebbe quello di non garantire una reale valutazione degli interessi e quindi una decisione il più possibile adeguata alle esigenze e alla realtà concreta.

Se la legge del 1990 evidenzia la rilevanza dell'interesse ambientale e della salute durante le valutazioni che l'amministrazione è chiamata a fare, la direttiva del 27 giugno 1985, n. 85/337 ha previsto un procedimento tipico

(44) Come ha precisato la Cassazione (Cass. civ. sez. I, 9 aprile 1992, n. 4362, in *Mass. Giur. it.*, 1992) l'ambiente costituisce un insieme che pur comprendendo vari beni o valori (flora, fauna, suolo, le acque), si distingue ontologicamente da questi e si identifica con una realtà priva di consistenza materiale, ma espressiva di un autonomo valore collettivo. Si tratta, dunque, di una nozione unitaria che trascende i singoli beni che lo compongono.

È un bene immateriale ma giuridicamente riconosciuto e tutelato nella sua unitarietà (Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 1989, n. 440, in *Giust. civ.*, 1989, I, 560, con nota di Postiglione, in *Corriere Giur.*, 1989, 505, con nota di Giampietro e in *Foro It.*, 1990, I, 232).

Anche la Corte costituzionale, con sentenza n. 641 del 1987 (Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, 1456), ha precisato che l'ambiente presenta la caratteristica di bene unitario, appartenente alla categoria dei cosiddetti beni liberi, fruibili dalla collettività e dai singoli, non suscettibili di appropriazione.

Il danno consiste in una compromissione dell'ambiente che può manifestarsi in una alterazione, deterioramento, distruzione totale o solo parziale (art. 18 legge n. 349/1986). Con la disciplina della responsabilità per danno ambientale prevista dall'art. 18, riconducibile al genere di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., il legislatore ha inteso soprattutto tener conto della lesione in sé del bene ambientale.

Il danno all'ambiente così come previsto dall'art. 18 legge 349/1989 è definito come compromissione dell'ambiente, ma anche come contestuale offesa alla persona umana nella sua dimensione individuale e sociale.

È questo il motivo per cui anche il singolo può intervenire nel processo penale e costituirsi parte civile in quanto fruitore dell'ambiente, al cui godimento vanta un diritto soggettivo ineludibile.

Infatti la lesione all'ambiente può determinare, con effetti istantanei e differenti nel tempo, la lesione di altri beni di carattere personale o patrimoniale, che formano oggetto di diritti di natura diversa, appartenenti a singoli privati o agli stessi enti territoriali.

(45) R. FERRARA, *Note minime sulla valutazione di impatto ambientale nell'ordinamento italiano*, in *Sanità pubblica*, 1997, 487.

conformato allo scopo di pervenire alla decisione più equilibrata possibile, che prende il nome di Valutazione di Impatto Ambientale (VIA).

La VIA, sorta negli Stati Uniti, individua, descrive e valuta conformemente agli articoli da quattro a 11, gli effetti diretti di un progetto sui seguenti fattori: l'uomo, la fauna e la flora, il suolo, l'acqua, l'aria, il clima e il paesaggio; l'interazione tra i suddetti fattori, i beni materiali e il patrimonio culturale.

La VIA è lo strumento che consente di verificare preventivamente l'impatto globale di un'opera o di una certa attività sull'ambiente.

Tale strumento costituisce la positivizzazione di uno dei modi in cui il criterio di prudenza si esplica a livello di diritto; esso traduce l'esigenza di rappresentare preventivamente eventi potenzialmente dannosi (...) per la corresponsabilità dell'irreversibilità di alcuni danni (46).

Dall'esame dei considerando posti nella direttiva emergono i principi che hanno ispirato il VIA, tra i quali si rinvergono la protezione della salute umana nonché il miglioramento dell'ambiente e della vita.

La VIA, nella sua struttura, dunque, svolge funzione di protezione sanitaria e di tutela dell'ambientale, di consentire la partecipazione dei cittadini, di cooperazione e coordinamento, al fine di consentire l'integrazione dell'interesse ambientale nei processi decisori ed infine quella di garanzia ed efficienza dell'attività della P.A. (47).

Il ruolo che la VIA può ricoprire è strettamente correlato al concetto di progresso e sviluppo che si riscontra a livello culturale e giuridico: in un contesto che considera il progresso e lo sviluppo come illimitato, la VIA ha la funzione precipua di mitigare i danni e i costi ambientali, fungendo da elemento di equilibrio e contribuendo a fornire una nozione di progresso inteso come sviluppo sostenibile e coordinato al principio di prevenzione e di precauzione (48).

Come già accennato, nella valutazione dell'opera o del progetto si devono prendere in esame tutte le soluzioni possibili, per poi scegliere quella che si presenta dal punto di vista ambientale come compatibile e non si esclude l'ipotesi che il procedimento si concluda con il divieto di intervenire o di realizzare l'opera: si tratta di quella che viene definita «l'opzione zero». Ciò consente di adottare anche soluzioni radicali nei casi più dubbi.

(46) A. CALIGURI, S. GOTTI, *La localizzazione di impianti energetici e la tutela dell'ambiente e della salute*, in *Rass. Giur. dell'Energia elettrica*, 1987, 927.

(47) *Idem*. La molteplicità di funzioni seguite in tale procedura dimostra l'importanza di questo strumento quando necessiti un approccio integrato, in grado di operare una sintesi rispetto ai molteplici interessi, cercando di realizzare un coordinamento tra di essi.

(48) F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. ambiente*, 1998, n. 2, 241. Nella valutazione dell'opera o del progetto si devono prendere in esame tutte le soluzioni possibili, per poi scegliere quella che si presenta dal punto di vista ambientale come compatibile e non si esclude l'ipotesi che il procedimento si concluda con il divieto di intervenire o di realizzare l'opera: si tratta di quella che viene definita «l'opzione zero». Ciò consente di adottare anche soluzioni radicali nei casi più dubbi.

La direttiva 85/337 si propone anche l'obiettivo di completare e coordinare più efficacemente le procedure autorizzatorie: «la valutazione di impatto ambientale può essere integrata nelle procedure esistenti di autorizzazione dei progetti negli stati membri ovvero, in mancanza di queste in altre procedure» (art. 2).

Tale previsione consente allo Stato di scegliere tra una procedura di VIA autonoma o come fase endoprocedimentale di un procedimento ordinario previsto per la realizzazione di un'opera per altri scopi.

Lo Stato italiano ha optato per l'inserimento della VIA nei procedimenti già previsti nell'atto di indirizzo e coordinamento del 12 aprile 1996.

L'art. 40 recita: «*qualora per un medesimo procedimento, oltre alla valutazione di impatto ambientale sia previsto il rilascio di altri provvedimenti realizzatori, si procede all'unificazione ed all'integrazione dei relativi procedimenti*».

L'opportunità di inserire la VIA in un procedimento autorizzatorio dell'opera è stato interpretato da una parte della dottrina come l'occasione per operare una razionalizzazione dei procedimenti autorizzatori vigenti nel settore energetico ambientale (49).

La direttiva comunitaria è stata recepita in un primo momento sommariamente nella legge sull'istituzione del Ministero dell'Ambiente, poi in una serie di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri: decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 agosto 1988 e decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 dicembre 1988. È stato, poi, emanato un Atto di indirizzo e coordinamento con il d.P.R. del 22 aprile 1996 (50).

Il D.P.C.M. del 27 dicembre 1988, che emana le norme tecniche della VIA, dispone nell'allegato III un coordinamento con il piano energetico nazionale e con gli altri strumenti di pianificazione adiacenti. Si realizza così una valutazione complessiva dell'impianto dell'opera in quanto l'esame non limita all'impatto che la centrale ha sull'ambiente, ma l'analizza anche alla luce di altri interessi considerati nell'ordinamento.

Soluzioni normative

La normativa comunitaria. La dir. n. 90/270/CEE del Consiglio del 29 maggio 1990 attuata con d.lgs. n. 626/1994 ha emanato prescrizioni minime in materia di sicurezza e salute nelle attività di lavoro compiute su videoterminali. La direttiva n. 92/85/CEE del Consiglio del 19 ottobre 1992, attuata con d.lgs. n. 645/1996 tutela la sicurezza e la salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento nei confronti del rischio all'esposizione ai CEM.

(49) P. DELL'ANNO, *Funzioni e competenze nella vicenda energetico-ambientale e loro coordinamento*, in *Rassegna giur. dell'energia elettrica*, 1987, 624.

(50) Tra le opere assoggettata alla VIA dal D.P.C.M. del 27 dicembre 1988 ci sono le centrali elettriche, ma non gli elettrodotti.

Nel 1992 è entrato in vigore il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 aprile 1992, il quale ha stabilito i limiti massimi di accettabilità delle esposizioni delle onde elettromagnetiche e le relative distanze di rispetto, con particolare riferimento agli elettrodotti.

Il Parlamento europeo, nella risoluzione del 5 maggio 1994 contro gli effetti nocivi delle radiazioni non ionizzanti, elaborava, in virtù del mancato accertamento, allo stato attuale, dei meccanismi d'induzione dei danni biologici, i principi di precauzione e prevenzione, che la normativa di ciascun Stato membro avrebbe dovuto osservare.

La normativa statale. La prima regolamentazione statale in materia di tetti di radiofrequenza compatibili con la salute umana è data dal d.m. 10 settembre 1998, n. 381 (decreto Ronchi) emanato in attuazione dell'art. 1, comma 6, lett. a) n. 15 della legge 31 luglio 1997, n. 249, che ha introdotto l'Autorità per il garante.

La legge 22 febbraio 2001, n. 36, legge quadro tra le proprie finalità prevede la tutela della salute, dell'ambiente e del paesaggio, nonché la promozione della ricerca scientifica per la valutazione a lungo termine e l'attivazione di misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174, paragrafo 2, del Trattato U.E. (51).

La suddetta legge aderisce ad un «concetto unitario di emissione elettromagnetica (52), riordinando un settore normativo precedentemente scisso in diversi rami, a seconda del tipo di emissione».

La legge prevede, infatti, la necessità che sia garantita una disciplina omogenea in tutto il territorio nazionale.

Adotta, infatti, un sistema binario di limiti di esposizione: un limite di esposizione, definito ai fini della tutela della salute da effetti acuti, e un valore di attenzione, che costituisce una misura di cautela più intensa ai fini della protezione da possibili effetti a lungo termine (53).

La legge quadro è una risposta abbastanza puntuale ai problemi che l'inquinamento elettromagnetico origina nella società odierna.

Quasi tutti gli aspetti sono affrontati e regolati.

Il carattere emergente è la tendenziale omnicomprensività del testo, il quale spazia dall'individuazione delle tre categorie di valori limite all'educazione ambientale, dalla definizione di elettrodotta alle previsioni di fattispecie sanzionatorie.

(51) G. MANFREDI, *La legge quadro sull'elettrosmog (comm. a legge 22 febbraio 2001, n. 36)*, in *Urbanistica e app.*, 2001, 714.

(52) U. RUSSO, *Inquinamento elettromagnetico e principio di precauzione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 1267.

(53) Tale differenziazione è determinata dall'attuale panorama scientifico nel quale si conoscono con sufficiente certezza gli effetti sanitari acuti o a breve termine delle radiazioni non ionizzanti, quali le scosse o le ustioni, ma ancora incerti sono i rischi per la salute umana dovuti all'esposizione a lungo termine, i c.d. effetti cronici, cfr. al riguardo il rapporto ministeriale sull'esposizione a radiofrequenze e leucemie infantili, in www.ministerosanita.it.

Lo strumento normativo esalta l'importanza dell'atto legislativo, ma anche il ruolo decisivo di predisporre una normazione secondaria idonea ad affrontare per un problema fortemente tecnico e in continua evoluzione.

Si tratta di una legge che si vuole di lunga durata, non precaria, che possa essere applicata anche in presenza di nuove acquisizioni scientifiche e scoperte tecnologiche.

Il che non è facile a realizzarsi, tanto più in un settore come questo caratterizzato dall'incertezza scientifica e dove le nuove conoscenze si acquisiscono lentamente (54).

È fondamentale che una legge in questo settore sia in grado di instaurare un proficuo rapporto tra la scienza e il diritto.

La scienza diventa funzionale al diritto perché il diritto da questa attinge le conoscenze su cui costruire una disciplina adeguata cercando di dare certezza giuridica a situazioni incerte, contribuendo così a risolvere anche i conflitti che si creano (55).

Nel testo di legge è riconosciuta un'importanza notevole alla ricerca scientifica e all'applicazione delle migliori tecnologie disponibili: entrambi possono fornire gli strumenti idonei per raggiungere un punto di incontro nel contrasto tra salute ed esistenza energetica.

La scelta stessa di non definire nel testo di legge i limiti che devono essere osservati è espressione della volontà del legislatore di garantire un costante adeguamento della normativa alle future acquisizioni scientifiche tecnologiche (56).

Il testo originario, infatti, presentato dal Governo, prevedeva i valori da rispettare, invece il Parlamento ha ritenuto che questi debbano essere posti nei decreti governativi: ha tuttavia inteso stabilire i punti di riferimento fondamentali specificando cosa si intende per limiti di esposizione, valore di attenzione e obiettivi di qualità indicandone gli effetti corrispondenti (57).

Un testo di legge in questa materia deve ricomprendere e racchiudere in sé i molteplici aspetti che una legge ambientale deve soddisfare: enunciare

(54) R. CHIEPPA, *L'inquinamento elettromagnetico tra principio di cautela e cautela nell'attuare la legge quadro n. 36/2001*, in *Urb. e app.*, 5, 2002.

(55) Il senatore Giovanelli rispondendo alla domanda sul perché l'Italia precedendo altri paesi dell'Unione Europea, abbia deciso di adottare una disciplina in merito (e per di più contenuta in una legge quadro) ha risposto che sono stati i cittadini a chiederla.

L'affermazione è la spiegazione ottimale che un legislatore possa dare quando è chiamato a spiegare il suo agire ed è la prova evidente di quanto il problema oggi sia all'attenzione di una parte della popolazione.

(56) CERUTI, *Inquinamento elettromagnetico e salute umana: il problema della sindacabilità giudiziale delle norme tecniche sulla base del principio precauzionale avallato da Cons. St., ord. 28 settembre 1999, n. 1737*, in *Riv. Giur. ambiente*, 2000, 119 ss.

(57) Per quanto riguarda il procedimento da seguire è previsto che venga emanato un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri nel quale siano fissati i criteri di elaborazione dei piani. I criteri dovranno essere approntati in modo che venga dato rilievo alle priorità di intervento, ai tempi di attuazione, alle modalità di coordinamento delle attività riguardanti più regioni e alle tecniche disponibili relativamente al carattere economico e a quello impiantistico.

norme di principio, allo stesso tempo prevedere una normazione secondaria, tutelare l'ambiente e la salute non in modo radicale, ma tenendo conto delle esigenze produttive, realizzare, insomma, quello che viene definito lo sviluppo sostenibile.

Il rilievo accordato al momento informativo specificato nella gestione e nella raccolta dei dati, come la traduzione del principio precauzionale in una serie di norme fanno di questo un testo avanzato nel quale trovano collocazione i principi fondamentali dell'ambiente.

Anche l'aspetto informativo vede un ruolo preponderante del livello centrale di governo: spetta allo Stato la individuazione delle tecniche di misurazione e rilevamento dell'inquinamento elettromagnetico e delle modalità di inserimento dei dati che nel caso specifico sono definiti dal Ministero dell'ambiente di concerto con quello dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

Presso il catasto nazionale e regionale sono indicati i siti degli elettrodotti esistenti al fine di giungere alla conformità dei valori dei campi elettrici, magnetici elettromagnetici a quelli stabiliti dal decreto.

C'è la necessità di una sintesi dei diversi interessi esistenti in materia privilegiando la salute, come è giusto che sia, e individuando gli strumenti appropriati per fronteggiare concretamente questo nuovo tipo di inquinamento.

In tale contesto normativo è entrata in vigore la riforma del titolo V della Costituzione varata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Da ultimo è entrato in vigore il decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198, contenente «Disposizioni volte ad accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese», a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 215 del 13 settembre 2002.

Contro il suddetto decreto è stato proposto ricorso contro il Presidente del Consiglio dei Ministri, per la dichiarazione di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 9, 32, 70, 76, 117 e 118 della Costituzione e dell'art. 174 del Trattato istitutivo della Comunità europea, principalmente per difetto assoluto di delega e violazione dei principi criteri direttivi stabiliti dalla legge delega (58).

(58) Cfr. Cons. St., sez. VI, 20 dicembre 2002, n. 7274: per effetto del decreto legislativo risultano abrogate (art. 12) le disposizioni di cui all'art. 2 bis della legge 1 luglio 1997, n. 189 e interamente ridisegnato il quadro delle procedure di assenso all'installazione degli impianti, definiti di «interesse nazionale», compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica» «realizzabili in ogni parte del territorio comunale, anche in deroga agli strumenti urbanistici ed ad ogni altra disposizione di legge o di regolamento» e assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 16, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, pur restando di proprietà dei rispettivi autori.

Il Consiglio dei Ministri in data 21 febbraio 2003 ha approvato i decreti attuativi che fissano i limiti di campo elettromagnetico emesso dagli elettrodotti e dagli impianti ad alta frequenza (stazioni di telefonia mobile, radio e televisive).

Rapporti tra normativa statale e regionale e il principio di omogeneità della disciplina normativa. Altro problema che è stato affrontato è quello relativo al rapporto tra normativa statale e regionale.

La sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3098 del 3 giugno 2002 affronta, per la prima volta, la normativa della legge quadro in relazione alle nuove disposizioni dell'art. 117 cost., come novellato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, (contenente modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione, entrata in vigore a seguito del favorevole voto referendario del 7 ottobre 2001, a far data dall'8 novembre 2001).

Il Consiglio di Stato evidenzia come la legge n. 36 del 2001 prevede, all'art. 4, che sia lo Stato a fissare i parametri per la tutela della salute o per finalità precauzionali o ambientali (limiti di esposizione, valori di attenzione; obiettivi di qualità, in quanto valori di campo).

La stessa legge sottolinea che la suddetta riserva legislativa statale è giustificata in considerazione del preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normativa omogenea in relazione alle finalità di tutela della salute della legge medesima (59).

D'altronde, la riserva statale prevista risulta del tutto in linea con l'art. 117, 1 comma, lett. s della Costituzione, in materia di principi fondamentali dell'ordinamento (60).

Anche una recente sentenza del Tar Toscana riconosce fondate le censure con le quali si deduce il contrasto fra l'allegato 2 della delibera del Consiglio regionale della Toscana e la normativa statale: «nell'intento di perseguire il raggiungimento di un obiettivo di qualità in attuazione del d.m. 381, il consiglio regionale ha modificato (inasprendoli) i limiti di campo elettromagnetico fissati per gli impianti di telefonia mobile in sede nazionale e, contraddicendo la stessa legge regionale che doveva attuare, ha esercitato un

(59) La sentenza del Consiglio di Stato conferma quella del TAR Lazio, sez. II, n. 6405 del 2001, la quale aveva precisato che la legge n. 36 del 2001 (art. 1, lett. a) si pone in attuazione del principio costituzionale del diritto alla salute (art. 32 Cost.), «in armonia con un principio giurisprudenziale ormai pacifico, in ordine alla necessità di una concentrata attribuzione statale a tutela della salute dalle emissioni elettromagnetiche». Cfr. su questi punti M. ORO NOBILI, *Elettrosmog: per il Consiglio di Stato, la riserva allo stato della determinazione dei limiti di esposizione e dei parametri per la tutela della salute (art. 4 della legge n. 36 del 2001) costituisce principio fondamentale ai sensi del novellato art. 117 Cost.*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 1, 2003, 606.

(60) Il Consiglio di Stato è in linea con le tesi sostenute dal Governo nel ricorso proposto davanti alla Corte Costituzionale, ai sensi del novellato art. 127 Cost., nei confronti di una legge regionale contrastante con la riserva statale predetta, NOBILI, *Elettrosmog: il Governo impugna alla Corte costituzionale le disposizioni regionali contrastanti con la Legge Quadro n. 36 del 2001*, in *Rass. giur. en. elettrica*, 2002, 239.

potere che ha intaccato l'assetto unitario ed omogeneo della disciplina statale in materia di limiti di esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici a protezione della popolazione, determinando una disarmonia nella disciplina stessa, negativamente incidente sul corretto esercizio del servizio di telefonia mobile, soggetto tra l'altro alla vigilanza dell'Autorità Garante per le comunicazioni» (61).

«Non si desume dagli atti impugnati in base a quale studio o ricerca scientifica la Regione abbia ritenuto ragionevole l'imposizione di un perimetro di cinquanta metri di distanza rispetto ai rischi di esposizione, quando il d.m. 381 all'art. 4 collega le misure di cautela ai valori di esposizione fissati nel secondo comma.

Il principio di precauzione richiede sempre un riferimento a dati scientifici attendibili, specie laddove interferisce con i limiti dei valori di campo definiti a livello nazionale».

Poteri di comuni e province. Lo stesso principio di omogeneità si rinviene anche nei rapporti tra Regioni, Comuni e Province.

La legge quadro sui campi elettromagnetici pare riservare al potere regolamentare dello Stato ogni compito di determinazione di limiti di esposizione, fasce di rispetto ecc.

Tuttavia, la stessa legge non fa venir meno ogni competenza comunale in materia, considerato che l'art. 8 della legge prevede che «i comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici».

Comunque sia, il ruolo comunale risulta ridimensionato, in quanto l'eventuale esercizio di tale competenza non può tradursi in alcun modo nella previsione di limiti generalizzati di esposizione diversi da quelli previsti dallo Stato né in una deroga generalizzata o quasi a tali limiti (62).

Ne è riprova la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI (63), la quale ha dichiarato che esula dai poteri comunali la fissazione di limiti di distanza e di emissione degli impianti che producono emissioni elettromagnetiche, in quanto è riservata alla competenza statale dalla legge n. 36 del 2002.

(61) Sentenza pubblicata in *www.ambientediritto.it*. Il contenzioso promosso con otto ricorsi attiene ad una serie di provvedimenti attraverso i quali la regione Toscana ed i comuni di Firenze, Massa Marittima e Pisa hanno disciplinato la localizzazione ed i tetti di radiofrequenza degli impianti di telefonia mobile nell'ambito territoriale (regionale e comunale) di competenza, provvedendo anche alla sospensione dei procedimenti riguardanti le pratiche edilizie d'autorizzazione all'installazione od al potenziamento di stazioni radio base.

(62) R. CHIEPPA, *L'inquinamento elettromagnetico tra principio di cautela e cautela nell'attuare la legge quadro 36/ 2001*, in *Urb. e app.*, 5, 2002, 577 ss.; G. MANFREDI, *Le competenze comunali in tema di tutela dalle emissioni elettromagnetiche*, in *Urb. e app.*, 10, 2002, 1177.

(63) Cons. di Stato, sez. VI, in *Urb. e app.*, 10, 2002, 1171.

Ai sensi del n. 6 dell'art. 8 della legge 36, che fissa le competenze dei comuni, i comuni possono adottare regolamenti per il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti, nel cui ambito regolamentare può essere minimizzata l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici.

Tutto deve essere stabilito nel ritaglio delle competenze urbanistiche e nel rispetto dei principi generali che le governano, senza che possano adottarsi decisioni che vadano al invadere competenze dello Stato o delle Regioni, introducendo surrettiziamente norme che appaiono di profilo urbanistico e invece tendano a determinare diversamente quei limiti che la legge stessa riserva alla competenza statale.

Anche il Tar Toscana, sez. I, con sentenza n. 12 del 16 gennaio 2003, pronunciandosi in merito, ha stabilito che «La Regione, nell'esercitare il suo compito di dettare i criteri generali, deve fornire agli enti comunali le necessarie linee guida che consentono un coerente esercizio del potere regolamentare di completamento agli stessi attribuito, onde evitare che la medesima regolamentazione finisca per esplicitarsi quasi nell'ambito di una delega in bianco con i conseguenti risvolti negativi di una disciplina disomogenea, se non contrastante, a livello comunale, regionale e nazionale» (64).

Il d.m. 10 settembre 1998, n. 381 (decreto Ronchi) emanato in attuazione dell'art. 1, comma 6, lett. a) n. 15 della legge 31 luglio 1997, n. 249, che ha introdotto l'Autorità per il garante, all'art. 4, comma 3 ha attribuito alle regioni ed alle province autonome di Trento e Bolzano il compito di definire la disciplina per l'installazione e la modifica degli impianti di radiocomunicazione e le azioni di risanamento, al fine di garantire il rispetto dei limiti sopra indicati ed il raggiungimento di eventuali obiettivi di qualità.

Nessuna competenza in materia era stata assegnata ai comuni.

Tale principio è stato affermato più volte nelle diverse pronunce dei giudici amministrativi che hanno annullato la difforme regolamentazione dettata da taluni enti comunali (65).

G) *Le onde elettromagnetiche e il danno esistenziale*

Ci si chiede se sia possibile, in tale materia, ipotizzare il danno esistenziale, ossia il danno arrecato alla sfera della personalità.

Attesa l'incertezza della nocività delle onde elettromagnetiche, il risarcimento del danno esistenziale rappresenta, forse, l'unica strada percorribile, in quanto ha la funzione di risarcire il timore del contagio nonché le ripercussioni sulla vita di relazione della persona.

Naturalmente, il presupposto per configurare tale ipotesi risarcitoria è l'accertamento del superamento del limite di tollerabilità.

Un precedente si rinviene nelle corti nordamericane, ed in particolare in una pronuncia della Corte di Appello di New York del 1993, che ha accor-

(64) TAR Toscana, sez. I, 16 gennaio 2003, n. 12, in www.ambientediritto.it.

(65) Tar Toscana, sez. I, 26 luglio 2001, n. 1266; Tar Toscana, sez. I, 30 gennaio 2002, n. 65; Tar Veneto, sez. II, 2 febbraio 2002, n. 347, Consiglio di Stato, sez. VI, 3 giugno 2002, n. 3095.

dato il risarcimento del danno al proprietario di un immobile che lamentava la diminuzione di valore del proprio fondo adiacente ad una servitù di elettrodotto di cavi ad alta tensione, a causa del timore della popolazione che i campi elettromagnetici generati dalla linea elettrica potessero provocare patologie gravi.

È da evidenziare, tuttavia, che la condanna è giustificata anche dalla caratteristica strutturale della *American Tort Law*, la quale prevede oltre al risarcimento di tutti i danni per lucro cessante, anche quello per danni (*punitive o exemplary damages*) concessi non tanto per finalità riparatorie, quanto per porre in essere un'azione di deterrenza di punizione volta a prevenire o evitare la commissione nel futuro di nuovi atti illeciti.

La Corte ha affermato che l'attore doveva dimostrare solo l'esistenza di quel timore e che esso aveva causato oggettivamente la perdita di valore del bene ma non la ragionevolezza del comportamento del pubblico (66).

Anche nel nostro ordinamento la Cassazione ha ravvisato l'esistenza di un fatto illecito perfetto pur in mancanza di un danno accertato alla salute, configurando l'evento dannoso nel pericolo di contagio dell' Hiv e nelle ripercussioni alla vita di relazione e alla sfera esistenziale della persona (67).

La giurisprudenza di merito, sulla base di questo principio, ha accolto, in via cautelare, la domanda di alcuni condomini al fine di ottenere la sospensione, ai sensi dell'art. 1171 c.c., dei lavori, non autorizzati dal condominio, di installazione di una stazione radio base per telefoni cellulari, intrapresi su una porzione di lastrico solare di proprietà esclusiva di un altro condominio, in considerazione del deprezzamento dell'edificio (e delle singole proprietà) conseguente all'attuale situazione di incertezza scientifica circa gli effetti a lungo termine sulla salute delle onde elettromagnetiche irradiate da impianti del genere, nonché all'invasività e al non organico inserimento dell'opera nel contesto architettonico (68).

2. — IL DANNO CAUSATO DAGLI ORGANISMI GENETICAMENTE MODIFICATI

Gli organismi geneticamente modificati (OGM) sono il risultato di ricombinazioni artificiali di materiale genetico ottenuto mediante il trasferimento, non possibile in natura, di frammenti di DNA, da un organismo donatore ad un altro organismo, allo scopo di migliorarne le caratteristiche (aumentarne la produttività, la resistenza agli agenti patogeni, agli stress ambientali ecc.) (69).

Si discute degli OGM sotto il profilo dei rischi per la salute (consumo dei prodotti alimentari vegetali) e per l'ambiente, oltre per ragioni di natura etica riguardanti la loro brevettabilità: la scienza, infatti, ancora non è in

(66) IASANOFF, 76.

(67) Cass. civ., Sez. I, 29 maggio 1999, n. 5265, in *Mass. Giur. it.*, 1999.

(68) Pret. Bologna, 12 aprile 1999, in *Foro it.*, 1999, I, 3414.

(69) La definizione di OGM è contenuta nell'art. 3, co.1, lett.a, del lgs. n. 92 del 1993, in attuazione della direttiva CE n. 220/1990.

grado di fornire una risposta univoca, soprattutto riguardo al rischio che la diffusione dei geni delle piante transgeniche con resistenza agli antibiotici possa renderli sempre meno efficaci (70).

A) *Il principio di precauzione e prevenzione espresso dalla normativa comunitaria e nazionale*

La direttiva CE 90/220, recepita in Italia con d.lgs. n. 92 del 1993, prevede norme atte a garantire un adeguato livello di protezione e impone agli Stati membri di adottare tutti i provvedimenti idonei ad evitare effetti negativi sulla salute umana e sull'ambiente. Gli OGM immessi nell'ambiente per scopi sperimentali e commerciali, a differenza degli inquinanti chimici, possono riprodursi e diffondersi oltre le frontiere nazionali con effetti irreversibili (71).

Tale direttiva è finalizzata ad assicurare una tutela adeguata dei consumatori e dell'ambiente nonché di garantire, nel contempo, la commercializzazione senza intralci, in tutta l'area comunitaria, del prodotto contenente OGM.

L'art. 16 della dir. 90/220 stabilisce il principio che l'emissione nell'ambiente o l'immissione sul mercato di OGM deve essere preceduta da una valutazione positiva circa l'assenza di rischi da parte delle autorità nazionali mediante un assenso emesso dal Ministero della Salute e, nell'ipotesi di immissione sul mercato, anche dalla commissione CE.

Sono previste, altresì, disposizioni sanzionatorie, sia amministrative sia penali a carico del responsabile dell'emissione, del fabbricante ed importatore dell'OGM nonché degli utenti del prodotto che non rispettano le condizioni specifiche d'uso, l'ambiente ecc., oppure, nell'ipotesi di emissione deliberata od immissione di OGM senza il conforme assenso, o ancora nel caso di informazioni inesatte od incomplete fornite alle autorità competenti. Si tratta di reati di pericolo presunto in quanto riguardano la violazione di obblighi formali previsti dalla legge.

È invece configurata, all'art. 24, una fattispecie di pericolo concreto nei confronti di «chi, nell'effettuazione di un'emissione deliberata nell'ambiente di un OGM cagiona un pericolo per la salute pubblica o un pericolo di degradazione rilevante e persistente delle risorse naturali e bioetiche» (72).

(70) Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità questo rappresenta uno dei rischi più gravi emergenti. Cfr. sull'argomento M. BUIATTI, *Le biotecnologie*, Il Mulino, Bologna, 2001, 52 ss.

(71) Per un commento della direttiva CE cfr. L. PRATI e F. MASSIMINO, *Organismi geneticamente modificati, danno alla salute e danno ambientale*, in *Danno e resp.*, 2001, 338.

(72) Tra le fonti normative rilevanti si segnalano: la dir. CE n. 219/1990, attuata con d. lgs. n.91/1993 (e modificata dalla dir. CE 98/81 attuata con d. lgs. n. 206/2001) che riguarda l'impiego confinato di OGM «in laboratorio» e disciplina la prevenzione dei rischi (anche per i lavoratori) nel caso di accidentale emissione di OGM nell'ambiente mediante l'uso di barriere a seconda della tipologia di microrganismi; il reg. CE della Commissione del 10 gennaio 2000, n. 50, in merito all'«etichettatura dei prodotti ed ingredienti alimentari contenenti additivi e aromi geneticamente

La Corte di Giustizia della Comunità europea, con pronuncia del 21 marzo 2000, n. 6 su ricorso del Consiglio di Stato francese, ha stabilito il principio che, al termine dell'*iter* previsto dalla direttiva n. 90/220/CE, nessun paese membro può opporsi alla commercializzazione del prodotto.

Il sistema descritto nella direttiva impedisce che una decisione unilaterale statale possa intralciare gli effetti della liberalizzazione ottenuta a livello comunitario: in caso di rifiuto unilaterale qualsiasi stato membro sarebbe legittimato ad avviare una nuova procedura per lo stesso prodotto ed ottenere dalla Commissione una decisione vincolante per tutta l'area comunitaria (73).

Infine, con l'adozione della direttiva n. 2001/18/CE il Parlamento Europeo ha regolato l'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati.

La direttiva è stata adottata sul fondamento dell'art. 95 (già 100 A) CE, la disposizione del Trattato preposta alla realizzazione del mercato comune.

L'intento primario del legislatore europeo è, infatti, quello di favorire la libertà di circolazione degli organismi transgenici, seppur nel rispetto degli elevati *standard* di tutela ambientale e sanitaria prescritti dal Trattato.

Anche in questo caso si riscontra, non a livello costituzionale ma a livello di norme previste nel Trattato, un presumibile contrasto tra due norme fondamentali: l'art. 95 e l'art. 174 ss dedicato alle politiche ambientali (74).

B) *Il danno alla salute e l'art. 2050 c.c.*

Appare arduo provare, a causa delle incertezze della comunità scientifica, l'esistenza di un danno all'integrità psico fisica subita a seguito dell'emissione nell'ambiente o del consumo di OGM.

modificati o derivati da organismi geneticamente modificati». Cfr. sul d.lgs. n. 91/1993 F. GIAMPIETRO, *Il d.lg. 3 marzo 1993, n. 91 sugli organismi geneticamente modificati: la nuova frontiera della tutela ambientale*, in *Foro amm.*, 1993, 2270.

(73) Corte di giust. CE, 21 marzo 2000, n. 6, in *Giust. civ.*, 2001, IV, 872, con nota di R. GIUFFRIDA, *Sull'immissione in commercio di organismi geneticamente modificati*. Cfr. altresì R. GIUFFRIDA, *L'evoluzione della politica ambientale comunitaria*, in *Il diritto privato dell'Unione europea* a cura di A. Tizzano, Torino, 2000, 226 ss. Una proposta di direttiva che modifica la n. 90/220/CE è stata già adottata dal Parlamento europeo il 13 febbraio 2001 che ha approvato il compromesso raggiunto nel comitato di conciliazione. Sulla proposta cfr. R. GIUFFRIDA, *Sull'immissione op. cit.*, 874 nota 1, ove si illustra l'ampio spazio dedicato all'applicazione del principio precauzionale e agli obblighi di trasparenza imposti nei confronti del pubblico interessato. In particolare alla Commissione è fatto obbligo di valutare sempre il rischio ambientale, soprattutto nel medio, lungo periodo, prima di ogni nuova immissione. Dovrà inoltre essere istituito un pubblico registro sulla localizzazione degli organismi geneticamente modificati coltivati, rendendo le relative informazioni disponibili ai cittadini.

(74) «I due articoli sembrano ispirarsi a filosofie diverse, se non addirittura opposte» L. GRADONI, *La nuova direttiva comunitaria sugli organismi geneticamente modificati*, in *Diritto comunitario e degli scambi intern.*, 2001, 760. Cfr. anche A. SACCHETTINI, *La politica comunitaria dell'ambiente tra cultura e mercato*, in *Il diritto della regione*, 1999, 238 ss. e N.DE SADELEER, *Le basi giuridiche degli atti della Comunità europea in materia di protezione ambientale: impossibile la conciliazione tra il mercato interno e la protezione dell'ambiente?*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 1994, 9, 346.

In ogni caso la tutela risarcitoria del danneggiato sembra incardinarsi sull'art. 2050 c.c., anche se, allo stato attuale, i rischi di tale attività pericolosa risultano sconosciuti (75).

È evidente, tuttavia, come il responsabile è legittimato ad escludere la propria responsabilità provando di avere svolto l'attività pericolosa (emissione ed immissione di OGM) con l'osservanza di tutte le prescrizioni normative stabilite dalla normativa (in particolare dal d. lgs. n. 92/1993) e con l'autorizzazione del Ministero della Salute e della commissione delle Comunità europee.

In tal caso risulterà provata l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno: non possono pretendersi, infatti, dal presunto responsabile, conoscenze maggiori degli organi di vigilanza. Semmai è possibile configurare il concorso di responsabilità con le autorità statali (76).

C) *Il d.P.R. n. 224 del 1998 e il danno da prodotto difettoso*

L'OGM è da definirsi come un prodotto ai sensi dell'art. 2 del d.P.R. n. 224 del 1998: se il danneggiato è in grado di dimostrare l'esistenza del nesso causale tra il danno e il prodotto transgenico, la responsabilità presuppone che si possa definire quel prodotto come difettoso, nel senso che non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere (anche se ciò dipende dall'osservanza delle condizioni previste dalla legge).

Si potrebbe obiettare che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui è stato messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso, ai sensi dell'art. 6, lett. E.

Tuttavia, il presupposto della suddetta causa di esclusione di responsabilità è l'assoluta assenza di notizie in ordine alla pericolosità del prodotto: ciò non sarebbe configurabile in ordine agli O.G.M., a causa della grande incertezza che regna nella scienza (77).

D) *L'alterazione degli equilibri naturali*

La disciplina sul danno da prodotti difettosi non copre i danni all'ambiente, anche se non si possono escludere sovrapposizioni tra i due regimi di responsabilità nel campo del danno tradizionale.

In tal senso si è espressa la Commissione nel Libro Bianco sulla responsabilità ambientale, pubblicato il 9 febbraio 2000. L'emissione di OGM può produrre alterazioni degli equilibri naturali (come la perdita della biodiversità ad esempio) e, quindi, danni agli ecosistemi.

La ricostruzione della responsabilità per il danno ambientale connesso all'emissione nell'ambiente di OGM si presenta, tuttavia, oltremodo complessa.

(75) Parte della dottrina concorda sull'applicabilità dell'art. 2050 c.c., L. PRATI e F. MASSIMO, *Organismi geneticamente modificati, op. cit.*, 341.

(76) *Ivi*, 343.

(77) *Idem*.

L'art. 18 della legge n. 349/1986 prevede che «qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge, che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato» (cfr. pr. successivo).

Nell'ipotesi che l'emissione di OGM non sia autorizzata o non sia rispettosa delle condizioni previste nell'autorizzazione dell'Autorità, è indubbio che la suddetta attività sia da considerare *non iure* e il danno ingiusto ai sensi dell'art. 18 *cit.*

Discutibile appare invece l'ipotesi in cui l'emissione sia rispettosa delle suddette condizioni, in quanto la disciplina del risarcimento del danno ambientale si fonda sul sistema della tipicità dell'illecito, a differenza di quello di cui all'art. 2043 c.c., che è basato sul sistema di atipicità dell'illecito e, dunque, sulla prevalente rilevanza del danno ingiusto.

Pertanto, il danno ambientale è ravvisabile solo quando la condotta si ponga in contrasto con disposizioni di legge o provvedimenti adottati sulla base di questa.

Cassazione stessa ha precisato con pronuncia n. 1087 del 1998 (78) che «in tema di danno ambientale non è sufficiente la modificazione, alterazione o distruzione dell'ambiente naturale considerata da un punto di vista obiettivo, nella sua materialità, ma occorre l'elemento soggettivo intenzionale».

La condotta, dunque, deve configurarsi dolosa o colposa e risultare qualificata dalla violazione di legge o dei provvedimenti adottati in base alla legge: in caso contrario vige la causa esimente dell'esercizio legittimo di un diritto.

Con un'altra pronuncia, invece, la Cassazione (79) ha ammesso la possibilità di fondare l'azione risarcitoria da danno ambientale anche in mancanza della violazione di una norma specifica diretta alla tutela dell'ambiente, considerando sufficiente l'applicazione degli artt. 2043 c.c. o 2050 c.c., essendo queste le norme poste a protezione di interessi ambientali difusi.

La sentenza n. 5650 del 19 giugno 1996 (80) ha addirittura escluso che il fondamento giuridico della risarcibilità del danno all'ambiente possa essere rinvenuto nella legge n. 349/1986 ma direttamente nelle norme costituzionali di cui agli artt. 2,3,9,41 e 42 tramite il collegamento con l'art. 2043 c.c.

La suddetta pronuncia ritiene, infatti, che la legge n. 349/1986 sia esclusivamente deputata alla ripartizione delle competenze a tutela dell'ambiente tra lo Stato, gli enti territoriali e le associazioni protezionistiche.

In dottrina si auspica l'intervento di un regime *ad hoc* per il danno ambientale da emissione di OGM, a causa dell'assenza di meccanismi risarci-

(78) Cass. 3 febbraio 1998, n. 1087, in *Danno e resp.*, 1998, 1116.

(79) Cass. 1° settembre 1995, n. 9211, in *Corr. giur.*, 1995, 1146.

(80) Cass. 19 giugno 1996, n. 5650, in *Riv. giur. amb.*, 1997, 679.

tori realmente dissuasivi, ed in particolare un regime di stretta responsabilità oggettiva, sul modello di quanto previsto nell'art. 17 del d.lgs 22/1997, regolante la responsabilità per la bonifica dei siti contaminati.

«Un tale regime sarebbe assai più rispondente alla necessità di assicurare, da un lato, un valido deterrente a condotte che, seppure consentite, possono contenere una componente di azzardo, e dall'altro la corretta allocazione dei costi sociali connessi ad una tipica attività industriale di possibile natura pericolosa quale è quella da cui trae origine la creazione e la diffusione degli OGM» (81).

La Commissione Europea nel libro bianco sui danni all'ambiente pubblicato il 9 febbraio 2000 ha auspicato un regime europeo di responsabilità per danni ambientali che preveda la responsabilità oggettiva dell'inquinatore ogni volta che il danno sia conseguente ad attività pericolose.

3. — CONCLUSIONI

«Il diritto positivo non è l'incarnazione di un'idea eterna e metafisica: esso deve fare quotidianamente i conti con le scienze e la loro evoluzione, sia perché il suo contenuto è condizionato dallo stadio di evoluzione scientifica che caratterizza la cultura in cui si manifesta quel diritto, sia perché l'evoluzione scientifica condiziona la forma e la diffusione del diritto positivo» (82).

L'augurio è nel senso dell'estensibilità delle soluzioni adottate anche ad altre ipotesi astrattamente configurabili, nonché all'acquisizione di ulteriori elementi scientifici e, perché no, alla realizzazione di una sintesi rispetto ai molteplici interessi in gioco, ad un coordinamento e ad una ottimizzazione degli stessi.

Ripercorrendo le tappe argomentative svolte dal diritto e dalla scienza, quelle dell'uno e dell'altra sono presenti, inevitabilmente ed in buona misura, nella normativa e nelle sentenze che si è citate e in tante altre ancora, senza in verità che esse facciano velo al tecnicismo della soluzione adottata.

Il suo esame critico, la sua scepsi giuridica, non può, più modestamente per noi giuristi, prescindere dall'analitico svolgimento del *thema disputandum* nonché dal ragionamento strettamente logico-giuridico.

«Alla preliminare domanda, che cosa è il diritto, si può rispondere solo per approssimazioni successive. Lo si può definire, in prima approssimazione, come un sistema di regole per la soluzione di conflitti fra gli uomini; se ne può identificare la ragion d'essere nel carattere di perenne contesa che assume la convivenza umana...»

F. GALGANO, *Diritto privato*, 1994, 1.

(81) L. PRATI e F. MASSIMINO, *Organismi geneticamente modificati*, op. cit., 348.

(82) M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici, Diritti positivi e scoperte scientifiche*, Torino, II ed., 1988, 11.

Annullamento dell'aggiudicazione e contratto. Riflessioni sull'opportunità di uscire dal «circolo vizioso» della nullità - annullabilità - caducazione (*)

di Andrea Valletti

Sommario: 1. — Premessa. 2. — I «nodi da sciogliere». 3. — Aggiudicazione e stipula contrattuale. 4. — Annullamento dell'aggiudicazione in sede amministrativa e in sede giurisdizionale: differenze. 4.1. — Una difficile figura: l'annullamento per vizi di merito - critica. 4.2. — I «confini» dell'annullamento in sede di autotutela e giurisdizionale. 5. — Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato. 5.1. — La tesi dell'annullabilità. 5.2. — La tesi dell'inefficacia per difetto di potere rappresentativo ex art. 1398 c.c. 5.3. — La tesi della nullità. 5.4. — La caducazione automatica del contratto: la tesi prevalente. 5.5. — «Variante» alla tesi della caducazione automatica: la salvezza dei terzi di buona fede. 5.6. — Una tesi intermedia: nullità-annullabilità. 6. — I limiti e i meriti dei vari orientamenti. 6.1. — La tesi dell'annullabilità relativa: la P.A. quale domina delle sorti del contratto. 6.2. — L'affacciarsi di uno «spettro»: simulazione relativa? 6.3. — La tesi della nullità: la più «dura a morire». 6.3.1. — Un tentativo di salvare la teorica della nullità: la nullità relativa. 6.4. — La tesi dell'inefficacia ex art. 1398 c.c.: il falsus procurator. 6.5. — La tesi della caducazione automatica. 7. — Conclusioni.

1. — PREMESSA.

Un nota *querelle* che affanna ormai da tempo i giudici di Palazzo Spada riguarda i difficili rapporti tra le categorie civilistiche e i vizi della procedura ad evidenza pubblica e in particolar modo: le sorti del contratto di appalto (a prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione) nel caso in cui l'aggiudicazione (provvedimento legittimante la stipula del contratto stesso) venga annullata in sede amministrativa o giurisdizionale (1).

Si tratta di una questione di natura non soltanto dottrinarica in quanto, riuscendo a condurre nell'alveo dell'una o dell'altra categoria patologica civilistica le «sorti» del contratto stipulato, si tutelano diversamente i soggetti che hanno posto in essere atti in esecuzione del contratto medesimo.

2. — I «NODI DA SCIogliere».

Al fine di analizzare correttamente i termini della questione appare opportuno procedere alla preventiva disamina dei temi che potremmo definire «caldi» del mondo degli appalti pubblici che risultano essere:

a) il valore giuridico dell'aggiudicazione rispetto alla stipula del contratto;

(*) Sull'argomento vedi anche M.A. Scino, *Contratti della P.A. ed invalidità procedimentali* (Premio Sandulli 6 dicembre 2002), in *questa Rassegna* n. 1/2003, 317.

(1) Cfr. in tempi recenti Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in www.lexitalia.it

b) le differenti (se lo sono) ripercussioni dell'annullamento dell'aggiudicazione – ove disposto in sede di amministrativa o giurisdizionale – sul contratto stipulato;

c) i difficili rapporti tra procedura ad evidenza pubblica e la stipula/esecuzione del contratto;

d) la tutela dei terzi che in buona fede hanno posto in essere atti in esecuzione del contratto in realtà dimostratosi poi, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, inefficace/nullo/annullabile.

3. — AGGIUDICAZIONE E STIPULA CONTRATTUALE.

Il primo tema, come sopra evidenziato *sub a)*, riguarda il valore dell'aggiudicazione rispetto al perfezionarsi del vincolo contrattuale.

Al riguardo occorre premettere che con il termine *aggiudicazione* (2) si allude all'atto terminale del procedimento di scelta del contraente privato che abbia dato esito positivo (3).

La dottrina tradizionale (4) aggiunge poi che l'atto (aggiudicazione), oltre ad essere tale dal punto di vista amministrativo (5), costituisce inoltre la specifica manifestazione della *volontà pubblica di contrarre* con un certo soggetto, la quale, incontrandosi con la proposta formulata dall'imprenditore in sede di offerta, è normalmente idonea a segnare, sul versante civilistico, la definitiva conclusione dell'accordo negoziale. (6)

L'analisi del valore dell'aggiudicazione risulta fondamentale in quanto si tratta di un aspetto che si atteggia quale *prius* logico – giuridico per inquadrare correttamente ogni tipo di disquisizione dottrinarie avente ad oggetto i rapporti tra aggiudicazione e contratto, al fine soprattutto di delineare la responsabilità in cui può incorrere la stazione appaltante.

(2) Cfr. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1998, 215.

(3) Evidentemente, in caso di esito negativo della procedura selettiva, viene redatto un verbale di «diserzione», dandosi atto delle operazioni compiute e delle offerte pervenute e non ritenute valide. Cfr. in tal senso SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 1999, 392.

(4) Cfr. AA.VV. (LIPARI), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, 456.

(5) *Contra* vedi CIANFLONE E GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999, 492 secondo i quali «... l'aggiudicazione comprende pertanto due atti: un atto amministrativo ed uno negoziale (di diritto privato) pur documentalmente indistinti». Al riguardo si osserva però in dottrina (AA.VV. [LIPARI], *op. cit.*, 467) che la separazione concettuale tra i due diversi contenuti dell'atto di aggiudicazione non è esente da implicazioni in quanto comporta rilevanti conseguenze in tema di definizione delle posizioni giuridiche soggettive della parte privata (e degli altri partecipanti alla procedura selettiva), con ulteriori riflessi sul piano della tutela processuale e del riparto di giurisdizione.

(6) Secondo una parte della dottrina non si tratterebbe di una manifestazione di volontà nel senso tipicamente civilista, che si rinviene nell'atto di aggiudicazione solo in presenza di alcuni specifici elementi, ma di una dichiarazione collegata alla definitività della scelta del contraente privato (cfr. MELE, *op. cit.*, 215).

Se infatti il vincolo contrattuale si intenderà sorto tra le parti con la mera aggiudicazione, da quel momento la responsabilità della stazione appaltante sarà di natura contrattuale(7) con tutte le conseguenze che ne deriveranno, altrimenti si tratterà di una responsabilità precontrattuale(8) (la cui applicabilità alle pubbliche amministrazioni, in materia di procedure di scelta del contraente, è tuttora discussa)(9).

Per mera completezza si evidenzia come in giurisprudenza si stia facendo largo un ulteriore tipo di responsabilità, un *quartum genus* (che si affiancherebbe alle responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale), la responsabilità cd. «da contatto sociale»(10).

Fermo quanto sopra, in buona sostanza si vuole affermare che se il contratto si intenderà concluso con la comunicazione dell'aggiudicazione (even-

(7) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 1985, n. 285, in *Giur. it.*, 1986, III, 1, 87, Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 1982, n. 419, in *Cons. Stato*, 1982, I, 664.

(8) Cfr. T.A.R. Campania, 26 marzo 1991, n. 74, in *Trib. Amm. Reg.*, 1991, I, 1931, il quale, sebbene favorevole alla configurabilità della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., non esita ad affermare: «Dopo l'espletamento della gara d'appalto e la conseguente aggiudicazione, e prima della stipulazione e dell'approvazione del contratto, l'amministrazione conserva ancora tutti i poteri che le competono come autorità, ivi compreso quello di procedere (motivatamente) all'annullamento o revoca degli atti amministrativi precedentemente posti in essere, senza incidere, con ciò, su posizioni di diritto soggettivo». A favore della responsabilità precontrattuale in giurisprudenza cfr. per tutti Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *www.lexitalia.it*

(9) Cfr. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 561 che evidenzia come nell'ambito del procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente (c.d. evidenza pubblica), l'aspirante alla stipulazione del contratto ha esclusivamente un interesse al corretto esercizio del potere di scelta, per cui difettano le condizioni per la configurabilità di trattative tra due soggetti e di un diritto soggettivo reciproco all'osservanza delle regole della buona fede. In tal senso cfr. anche Cass. SS.UU., 6 ottobre 1993, n. 9892, in *Corriere giur.*, 1994, 208: «Una responsabilità precontrattuale della p.a., per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. non è configurabile con riguardo allo svolgimento del procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, nell'ambito del quale l'aspirante alla stipulazione del contratto è titolare esclusivamente di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta, onde difettano le condizioni strutturali per la configurabilità di "trattative" fra due soggetti e quindi di un diritto soggettivo dell'uno verso l'altro all'osservanza delle regole della buona fede, come stabilito dalla citata norma».

(10) Cfr. T.A.R. Veneto, 20 novembre 2003, n. 5778, in *www.lexitalia.it* (sebbene in altro, parzialmente diverso, contesto); T.A.R. Lazio, sez. I bis, 7 luglio 2003, n. 5991, in *www.lexitalia.it* e Cons. Gius. Amm. Sic., ordinanza 8 maggio 2003, n. 267, in *www.lexitalia.it*, secondo cui nel caso di lesione di interesse legittimo (come potrebbe essere il caso di annullamento amministrativo dell'aggiudicazione) non sussiste un preesistente contratto o un rapporto obbligatorio in senso civilistico tra amministrazione e privato, ma deve ritenersi l'esistenza di un «rapporto amministrativo» che dà luogo ad ipotesi di «contatto sociale» tra l'amministrazione e l'amministrato da cui scaturisce un affidamento di consistenza maggiore rispetto alle aspettative di mero fatto poiché l'interesse legittimo, a differenza di quello di fatto, rappresenta pur sempre una posizione già individuata e differenziata dall'ordinamento. In forza di esso l'amministrato può pretendere che l'amministrazione adegui nei propri confronti il suo comportamento alle norme che ne disciplinano l'attività e ciò sia che si tratti di procedimento di ufficio che su istanza di parte.

tualità che molte stazioni appaltanti prevedono nei propri bandi di gara soprattutto in tema di appalti di servizi e forniture), l'annullamento di quest'ultima travolgerà il contratto stesso che non avrà una propria autonomia ma si atteggerà a mera ripetizione (11) del negozio già perfetto.

Quindi, aderendo a tale impostazione, ne deriverebbe come logico corollario che l'annullamento dell'aggiudicazione determinerà l'annullamento del contratto.

Diverso è invece il caso in cui la P.A. non attribuisca valore meramente riproduttivo alla successiva stipula del contratto che assume invece le vesti di una vera e propria rinnovazione (12) di un consenso non ancora validamente o compiutamente formato.

Tale eventualità, salvo il caso in cui sia l'Amministrazione appaltante a prevedere diversamente nella *lex specialis* della gara, è attualmente la regola nell'ambito degli appalti di lavori pubblici dove la cd. legge Merloni (legge n. 109/1994) e il relativo regolamento (d.P.R. n. 554/1999) *imperant*.

Su tale aspetto ha avuto modo di esprimersi in maniera autorevole l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici che, con la determinazione n. 24 del 2 ottobre 2002, sembra aver finalmente posto un punto fermo sul valore dell'aggiudicazione nell'ambito degli appalti di Lavori Pubblici, affermando a chiare lettere: «... la stipulazione del contratto d'appalto, e non il solo verbale di aggiudicazione definitiva, instaura il vincolo contrattuale delle parti ... l'amministrazione ha l'obbligo di determinarsi in ordine alla stipula del contratto entro i termini fissati dal legislatore nell'art. 109 comma 1 (13) del d.P.R. 554/1999».

Trattasi di una determinazione condivisibile e condivisa (14) soprattutto alla luce dell'art. 10 comma 1 *quater* (15) della legge 109/1994 che procrastina il sorgere del vincolo contrattuale alla stipula del contratto, previa verifica

(11) Sulla distinzione dottrinarica tra «RIPETIZIONE» e «RINNOVAZIONE» del negozio cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 2000, 902. Mentre con la «ripetizione» le parti si vincolano a ripetere in altra forma un contratto comunque già concluso, con la «rinnovazione» le parti intendono porre nuovamente in essere un contratto in origine nullo (ad esempio una donazione conclusa per scrittura privata).

(12) Cfr. GUCCIONE, *Il regolamento della legge sui lavori pubblici, Le nuove leggi amministrative*, Milano, 2000, 437.

(13) Art. 109, comma 1, d.P.R. 554/99: «La stipulazione del contratto di appalto deve aver luogo entro sessanta giorni dalla aggiudicazione nel caso di pubblico incanto, licitazione privata ed appalto-concorso ed entro trenta giorni dalla comunicazione di accettazione dell'offerta nel caso di trattativa privata e di cottimo fiduciario».

(14) Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I bis, 13 dicembre 2002, n. 2246, in *www.lexitalia.it* che afferma: «Ai sensi dell'articolo 16, comma quarto, del r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, deve escludersi che il verbale di aggiudicazione equivalga a contratto e che, mediante esso, sorga il vincolo contrattuale fra l'impresa migliore offerente e l'Amministrazione».

(15) Art. 10, comma 1, *quater*: «I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando

documentale da parte della stazione appaltante, che potrebbe dare in astratto anche esito negativo, senza che per questo possa considerarsi sorto il vincolo contrattuale.

In altri termini si vuole affermare che se è vero che sotto l'egida dell'art. 16, comma 4 (16), r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 si poteva ritenere fondatamente che l'aggiudicazione determinasse il sorgere del vincolo contrattuale, è altrettanto vero che alla luce dei vigenti art. 10 *quater* della legge Merloni (legge n. 109/1994) e art. 109 del relativo Regolamento (d.P.R. n. 554/1999), allo stato attuale non sembrano sussistere dubbi nella direzione opposta, con la logica conseguenza che il contratto che si andrà a stipulare non sarà una mera ripetizione di un negozio in realtà mai sorto.

È in questo contesto che si inserisce il delicato tema della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, in quanto se il contratto effettivamente ha una propria autonomia (nel senso di essere un atto diverso sebbene collegato all'aggiudicazione) ne deriva, sotto il profilo giurisdizionale, che sarà compito dell'autorità giudiziaria ordinaria sindacarne la validità, con la logica conseguenza che l'annullamento dell'aggiudicazione in sede amministrativa sarà soltanto pregiudiziale al successivo (ma necessario) giudizio dinanzi al giudice ordinario.

A tal proposito appare tuttavia lecito chiedersi come possa l'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (l'aggiudicazione nel caso di specie) comportare *ex se* il travolgimento di un atto (in teoria) valido e sindacabile solo in sede di giurisdizione ordinaria (il contratto).

di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7. *La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione».*

(16) Art. 16, comma 4, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440: «... i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazione, equivalgono per ogni effetto legale al contratto». Sulla natura dispositiva di tale norma si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 5807 del 1998, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1999, 478) offrendo «il destro» al successivo intervento - già nell'aria tra gli operatori di settore - dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (determinazione n. 24/2002). Affermare la natura dispositiva della norma *de qua* ha avuto come successivo sviluppo, come si può leggere nella sentenza delle SS.UU. in parola, quello di affermare che compete alla Pubblica Amministrazione, è quindi rimessa alla sua discrezionalità, valutare l'interesse pubblico ed eventualmente rinviare la costituzione del vincolo contrattuale al momento della stipulazione del contratto, fino al quale non sussiste il diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione dello stesso.

4. — ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE IN SEDE AMMINISTRATIVA E IN SEDE GIURISDIZIONALE: DIFFERENZE.

Al fine di affrontare il tema *sub b)* – (vedi *supra* al punto 2) – appare forse utile distinguere il caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione sia avvenuto in sede amministrativa (generalmente autotutela decisoria) (17) dal diverso caso in cui il predetto annullamento sia avvenuto in sede giurisdizionale.

Quando si ragiona di annullamento in sede amministrativa si vuole alludere generalmente al caso in cui la stazione appaltante, nell'ambito di un procedimento di riesame, provvede ad annullare l'aggiudicazione.

Sul concetto di annullamento in sede di autotutela e soprattutto sulle tipologie di provvedimenti riconducibili nel relativo alveo, tuttavia non sussiste una univocità di vedute in dottrina (18). Si tratta di un procedimento generalmente di secondo grado ad opera, nel caso di specie, dell'organo deputato all'approvazione. Tuttavia ciò non esclude che, stante il principio del *contrarius actus*, la stessa Commissione di gara possa effettuare il riesame del procedimento di aggiudicazione (soprattutto nel caso in cui questa sia ancora provvisoria), sia pure sollecitata dall'organo amministrativo di seconda istanza a sua volta mossosi d'ufficio o ad istanza di terzo (19).

Risulta infatti pacifico in giurisprudenza (20) che finché gli atti di gara soggiacciono al dominio finalistico della commissione di gara quest'ultima ben può procedere ad un riesame, attesa la posizione di mero interesse legittimo vantabile dal soggetto aggiudicatario (provvisorio).

Il caso tuttavia che maggiormente interessa in questa sede, riguarda il riesame avvenuto in seconda istanza (cd. annullamento *gerarchico*). In tale contesto l'annullamento assume le vesti di un provvedimento amministrativo

(17) L'annullamento dell'aggiudicazione in sede di autotutela è ammesso pacificamente in giurisprudenza valorizzandone la portata autoritativa ed amministrativa. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 1985, n. 285, in *Foro amm.*, 1985, 1614: «L'aggiudicazione di un contratto della P.A. a seguito di una pubblica gara ha natura di provvedimento amministrativo e, in quanto tale, è suscettibile di annullamento, indipendentemente dalla stipulazione di un autonomo contratto o dall'esito del procedimento di controllo».

(18) Cfr. CARINGELLA - DELPINO - DEL GIUDICE, *Diritto Amministrativo*, Napoli, 2003, 569.

(19) In questo caso in dottrina si ragiona generalmente di «autoannullamento» in quanto compiuto dalla stessa autorità che ha posto in essere il provvedimento illegittimo. Si caratterizza quale procedimento di amministrazione attiva, espressione di autotutela e, come tale, non soggetto a termini per il suo esercizio. Cfr. in tal senso SANDULLI, *Manuale di diritto Amministrativo*, Napoli, 1989, 740.

(20) Vedi per tutti Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2002, n. 2863, in *www.lexitalia.it*, «... La Commissione giudicatrice, fino a quando non perde la disponibilità degli atti di gara a seguito della loro trasmissione all'organo competente ad approvarli, può rivedere il proprio operato correggendo gli errori in cui sia eventualmente incorsa. Detta facoltà, che sotto lo speculare profilo del buon andamento dell'azione amministrativa è configurabile altresì come dovere, è espressione del potere di autotutela spettante alla pubblica Amministrazione ed a ciascuno dei suoi organi, compresi quelli straordinari, quali, appunto, le commissioni preposte alle procedure di evidenza pubblica».

di secondo grado, con il quale viene «ritirato», con efficacia retroattiva (*ex tunc*), ossia dalla data della sua emanazione, un atto amministrativo illegittimo, per la presenza di vizi di legittimità originari dell'atto.

Come è noto infatti l'annullamento in sede di «revisione» è espressione del potere di autotutela della P.A. in ordine agli atti di gara (e all'aggiudicazione), del cd. *ius poenitendi* e trova fondamento nel principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost., che obbliga la P.A. ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire e autorizza quindi (per ovvi principi, riconducibili all'economia dell'azione amministrativa) anche alla revisione degli atti adottati (21).

4.1. — *Una difficile figura: «l'annullamento per vizi di merito» critica.*

A fronte della predetta tipologia di annullamento, comminabile soltanto in presenza di almeno uno dei tre vizi «capitali» di legittimità dell'atto amministrativo, parte della dottrina (22) ne annovera un altro tipo maggiormente problematico: il cd. annullamento per vizi di merito (23).

Ciò che caratterizza tale tipologia di annullamento, è la possibilità «offerta» alla P.A. di sindacare gli atti amministrativi sotto ovviamente il profilo del merito (24), in particolare dell'«opportunità» stessa degli atti, alla luce quindi della loro conformità al principio di buona amministrazione sancito costituzionalmente dall'art. 97.

Tale figura di annullamento tuttavia, ferma restando la difficoltà di individuare il *discrimen* con l'attiguo istituto della revoca (25), pone problemi di difficile soluzione in quanto espone il terzo alla mercé dell'amministrazione che sotto lo stendardo della «tutela dell'interesse pubblico» potrebbe in qualsiasi momento ledere i suoi «diritti» paventando una discutibile «inopportunità», anche originaria, dell'atto.

4.2. — *I «confini» dell'annullamento in sede di autotutela e giurisdizionale.*

Ciò posto, appare opportuno, ripercorrendo gli ordinari «binari» della dottrina che ammette il solo annullamento per vizi di legittimità, analizzare la posizione del terzo in caso di esercizio del potere di autotutela e in caso di annullamento disposto in sede giurisdizionale.

(21) Cfr. in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2003 n. 2585, in *www.lexitalia.it*.

(22) Cfr. SANDULLI, *Manuale di diritto Amministrativo*, Napoli, 1989, 740.

(23) Un avallo in tal senso, peraltro discutibile, si è ritenuto di rinvenire in Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 1982, n. 419, *Cons. Stato*, 1982, I, 664: «L'aggiudicazione del contratto della P.A. a seguito di una pubblica gara ha natura di provvedimento amministrativo e, in quanto tale, è suscettibile di annullamento, per vizi di legittimità o di merito, indipendentemente dall'esito del procedimento di controllo».

(24) Cfr. in tal senso GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001, 832.

(25) Cfr. GALLI, *op. cit.*, 731. La «REVOCA» infatti un provvedimento motivato di secondo grado, con cui la P.A. ritira, con efficacia non retroattiva (*ex nunc*), un atto inficiato da vizi di merito in base ad una nuova valutazione degli interessi (vedi per tutti VIRGA, *Diritto amministrativo - Atti e ricorsi* -, Milano, 2001, 133).

Al riguardo si evidenzia come l'annullamento in sede di autotutela assuma dei connotati differenti rispetto a quello disposto in sede giurisdizionale che risulta invece caratterizzato dalla soggezione a rigidi termini di decadenza. In buona sostanza si vuole affermare che in teoria, l'annullamento in sede di autotutela, non soggiacendo ai predetti termini di decadenza, può essere disposto in qualsiasi momento (utile) (26), con la logica conseguenza che il terzo potrebbe trovarsi costantemente sottoposto alla «spada di Damocle» costituita dalla possibilità di esercizio del potere di autotutela da parte della P.A. *ad libitum*.

Tuttavia, corre l'obbligo di sottolineare come l'annullamento in sede di autotutela, potenzialmente «devastante» le posizioni soggettive del terzo, in realtà presenti dei limiti che non possono e non devono essere sottaciuti.

a) In primo luogo, l'efficacia retroattiva dell'annullamento non sempre può travolgere gli effetti prodotti dall'atto viziato (*factum infectum fieri nequiti*) (27);

b) In secondo luogo se, come correttamente si ragiona in dottrina (28) l'esercizio del potere di autotutela non incontra limiti temporali, contestualmente deve essere temperato con la tutela delle posizioni giuridiche vantabili dai terzi, che non possono essere travolte *sic et simpliciter* (vedi *infra*), soprattutto nei casi in cui:

i. Il contraente ha già avviato l'esecuzione del contratto, su richiesta del committente;

ii. Si è provveduto alla stipulazione del contratto;

iii. Il ritardo nell'approvazione del contratto è dipeso da comportamenti colpevolmente imputabili all'Amministrazione;

iv. Altre circostanze univoche evidenziano il consolidarsi di posizioni di affidamento in capo al privato (29).

c) In terzo luogo, ed è forse questo il vero *punctum dolens* dell'annullamento disposto in sede di autotutela, un ulteriore «limite» è costituito dalla necessità che la P.A. fornisca un'adeguata motivazione del provvedimento di annullamento.

Sul punto in realtà si registrano in giurisprudenza orientamenti contrastanti. Alla tesi della non necessarietà di una diffusa motivazione sull'inte-

(26) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 1986, n. 937, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1948 (m): «In materia di esercizio dei compiti di autotutela non esistono termini perentori che circoscrivano nel tempo il potere dell'amministrazione, essendo soltanto sufficiente che tali compiti siano esercitati in ragionevole collegamento logico e causale con la situazione illegittima da rimuovere e con l'interesse pubblico alla sua eliminazione».

(27) Ad esempio (in altro contesto) l'annullamento della nomina di un impiegato non può eliminare la prestazione da esso resa in esecuzione dell'atto di nomina annullato e quindi va riconosciuto il diritto di detto impiegato a trattenere quanto riscosso per il servizio effettivamente prestato (art. 2126 c.c.).

(28) Cfr. CARINGELLA - DELPINO - DEL GIUDICE, *Diritto Amministrativo*, Napoli, 2003, 573.

(29) MUCIO, *Mancata aggiudicazione e autotutela della P.A.*, in *Urbanistica e Appalti*, 1999, 512.

resse pubblico attuale che dovrebbe accompagnare l'esercizio del potere di annullamento, ritenendosi, al contrario, sufficiente il mero richiamo all'esigenza di ripristinare la legalità violata e la *par condicio* tra le imprese (30), se ne contrappone un'altra, condivisa da buona parte della dottrina (31), più garantista dell'interesse vantabile dai terzi, volta a ritenere imprescindibile la presenza di un'adeguata motivazione, con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico (32).

Tesi «intermedia» sembra essere quella avanzata da taluna giurisprudenza (33) che afferma la non necessità di una specifica motivazione del provvedimento di annullamento soltanto nel caso in cui tra il provvedimento di aggiudicazione e quello di annullamento sia decorso un «brevissimo» tempo tale che non si possa configurare l'insorgere di posizioni consolidate (34);

d) In quarto luogo, trattandosi di un procedimento amministrativo a tutti gli effetti, non può disconoscersi l'applicabilità delle garanzie dettate espressamente dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale, adeguata istruttoria e obbligo motivazionale – vedi *supra*).

Ad avviso di chi scrive, se in astratto non si può disconoscere il «sacrificio» del diritto dei terzi in presenza di un interesse pubblico al ripristino della legalità violata (da valutarsi in concreto come interesse pubblico puntuale da tutelare), appare nel contempo necessario – sempre e comunque – che la P.A. ne dia contezza attraverso una motivazione congrua ed adeguata del provvedimento di annullamento che espliciti la comparazione degli «interessi in gioco» (35).

(30) Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 1995, n. 761, in *Cons. Stato*, 1995, I, 717: «L'erronea ammissione di una impresa ad una gara d'appalto (ovvero l'erronea valutazione della sua offerta), qualora essa ne sia risultata vincitrice e non sia stato stipulato ancora il contratto d'appalto, ben consente l'esercizio del potere di autotutela e di disporre l'annullamento dell'atto di valutazione del progetto dell'impresa difforme dalle previsioni del bando, nonché dell'atto che ha disposto in suo favore l'aggiudicazione, né in tal caso occorre una diffusa motivazione sull'interesse pubblico attuale, in quanto essa può considerarsi sufficiente col richiamo all'esigenza di ripristinare la legalità violata e la *par condicio* tra le imprese».

(31) Cfr. AA.VV. (LIPARI), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, 495.

(32) Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 1996, n. 518, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1996, 1097; Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 1994, n. 652, in *Cons. Stato*, 1994, I, 633.

(33) Cfr. PIFFERI, *Annullamento di ufficio di un atto illegittimo da breve tempo adottato*, in *Amm. It.*, 1994, 1011.

(34) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 1986, n. 937, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1948 (m): «L'annullamento d'ufficio è in linea di massima un'attività doverosa per l'amministrazione, mentre l'obbligo della motivazione sull'interesse pubblico (diverso dal ripristino della legalità) è posto a garanzia dell'avvenuta ponderazione delle posizioni soggettive nel frattempo consolidatesi a seguito dell'atto illegittimo; ne consegue che nessun obbligo di specifica motivazione sussiste allorché tali posizioni soggettive non si siano ancora consolidate».

(35) Nel senso di ritenere *doveroso* l'annullamento di un atto illegittimo al fine di ripristinare la legalità violata ma nel contempo di non pregiudicare l'interesse di chi sugli effetti di quell'atto abbia fatto affidamento senza una opportuna ponderazione, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 1983, n. 2, in *Riv. amm.*, 1983, 138, n. IARIA; Cons. Stato, 24 dicembre 1982, n. 721, in *Cons. Stato*, 1982, I, 1610.

5. — GLI EFFETTI DELL'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE SUL CONTRATTO STIPULATO.

Ciò posto ed evidenziate le diversità tra annullamento avvenuto in sede amministrativa e annullamento in sede giurisdizionale, si può passare ad esaminare gli effetti prodotti sul contratto stipulato in conseguenza di un atto di aggiudicazione successivamente annullato (il tema *sub c* – cfr. *supra* punto 2).

Al riguardo occorre rappresentare, come già detto in premessa, che la riconducibilità nell'alveo della nullità o dell'annullabilità della patologia della quale risulterebbe affetto il contratto stipulato, è tuttora oggetto di una *querelle* mai sopita e probabilmente destinata a rimanere tale in quanto, come è stato affermato, correttamente ad avviso di chi scrive, «... *si annida in quello spazio grigio che congiunge fase procedimentale amministrativa e fase negoziale privatistica e tocca il confine che separa la giurisdizione di annullamento dalla realtà del contratto e quindi dalla giurisdizione civile*» (36) e presta il fianco a difficili inquadramenti dottrinari e giurisprudenziali.

Senza pretese di completezza e cercando nel contempo di delineare un quadro riepilogativo delle teoriche che si contendono attualmente il campo, si rappresentano le seguenti tesi.

5.1. — *La tesi dell'annullabilità.*

Una prima tesi ragiona nei termini di ANNULLABILITÀ RELATIVA del contratto stipulato *ex art.* 1441 c.c., sulla base della considerazione che la serie degli atti di evidenza pubblica non si sostituisce al procedimento privatistico di formazione della volontà ma solamente si affianca ad esso.

In tale logica ne deriva che il consenso espresso dall'amministrazione, nonostante il vizio della procedura di evidenza pubblica, sussiste e continua a produrre i suoi effetti fino a quando non venga:

a) travolto da una *specifica azione di annullamento* alla quale però, ai sensi dell'art. 1441 c.c., risulta legittimata solo l'amministrazione;

b) dedotto *in via di eccezione* dalla stessa P.A.

Si tratta della tesi avvalorata prevalentemente dalla giurisprudenza del giudice civile (37) ma che, soprattutto negli ultimi tempi, sembra aver trovato eco anche presso il giudice amministrativo (38) oltre che l'avallo della dottrina (39).

(36) CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in *www.giustizia-amministrativa.it*

(37) Cfr., *ex multis*, Cass. 8 maggio 1996, n. 4269, in *Contratti*, 1997, 128 ss., con nota di MUCIO, *I contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*; Cass. 28 marzo 1996, n. 2842, in *Foro it.*, 1996, I, 2054.

(38) V. Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2002, n. 570, in *Cons. Stato*, I, 256; T.A.R. Puglia, 28 febbraio 2001, n. 746, in *Tribunali Amministrative Regionali*, 2001, 1451; T.A.R. Lombardia, 9 maggio 2002, n. 823, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, 29 novembre 1999, n. 4070, in *Tribunali Amministrative Regionali*, 2000, 112; T.A.R. Lombardia, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, 11 dicembre 2000, n. 7702, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, 20 ottobre 2000, n. 3890, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(39) Cfr. AA.VV. (LIPARI), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, 472; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 847 ss.; ANELLI, *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons. Stato*, 1966, 333.

Tale teorica affonda le proprie radici nella considerazione che il procedimento ad evidenza pubblica ha la funzione di salvaguardare la corretta formazione del consenso da parte della P.A., garantendo in buona sostanza che la medesima scelga il contraente «migliore» fra coloro i quali partecipano alla procedura. In tale ambito apparirebbe evidente che le norme disciplinanti la procedura ad evidenza pubblica sono da ritenersi dettate nell'esclusivo interesse della P.A., unica legittimata a chiedere l'annullamento *ex art.* 1441 c.c.

5.1.1. — Questa tesi, ferma la matrice comune, presenta delle proprie variabili interne considerandosi talvolta il vizio incidente sulla *capacità generale di agire* (art. 1425 c.c.) (40), nel caso in cui sia caducata la deliberazione a contrarre.

5.1.2. Talaltra *sul consenso alla stregua di errore di diritto o sull'identità o qualità dell'altro contraente* (41) (art. 1427 cod. civ.).

5.1.3. Altra ancora, *sulla legittimazione a contrarre* (42) ove si consideri l'evidenza pubblica una *condicio sine qua non* per stipulare il contratto. Tale variante poggia il presupposto sul rilievo che gli atti della serie pubblicistica sarebbero esterni alla formazione della volontà contrattuale e fornirebbero solo la legittimazione all'organo stipulante, con la conseguenza che il loro annullamento provocherebbe una mera annullabilità relativa del contratto (che può essere fatta valere, come già detto, solo dall'amministrazione innanzi al giudice ordinario) ma non comporterebbe mai di per sé la caducazione del contratto.

5.2. — LA TESI DELL'INEFFICACIA PER DIFETTO DI POTERE RAPPRESENTATIVO EX ART. 1398 C.C.

Una seconda tesi, proposta in realtà soltanto in ambito dottrinario (43), configura il contratto stipulato come negozio posto in essere dal cd. *falsus procurator*, quindi in *difetto di potere rappresentativo ex art. 1398 cod. civ.*

Alla luce di tale teorica i vizi della procedura di evidenza pubblica si rifletterebbero in difetto di potere rappresentativo, con conseguente inefficacia del negozio, in quanto l'organo della P.A. sarebbe assimilabile appunto ad un *falsus procurator* con possibilità di ratifica retroattiva da parte della P.A. (44) come avverrebbe ad es. nell'ipotesi di riadozione dell'atto di aggiudicazione da parte dell'organo incompetente.

(40) Cass. sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842, in *Foro it.*, 1996, I, 2054; Cass. sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1996, 235; Cass. sez. I, 13 ottobre 1985, n. 5712, in *Corriere giur.*, 1986, 289, n. GIACALONE.

(41) Monteduro, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418 comma 1 c.c.; una radicale svolta della giurisprudenza tra luci ed ombre*, in *Foro amm.*, 2002, 2594.

(42) GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 161.

(43) SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della P.A.*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1965, pag. 3.

(44) Cfr. SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato dell'amministrazione*, in *Foro It.*, 1953, 149 e ss.

Occorre precisare come vi sia tuttavia incertezza in dottrina riguardo alla «patologia» di cui sarebbe «affetto» il contratto stipulato dal *falsus procurator* tale da determinarne l'inefficacia. Secondo alcuni (45) si tratterebbe di inefficacia «pura e semplice» per mancanza di un requisito di efficacia integrabile in via di ratifica, secondo altri (46) di una vera e propria nullità. Secondo la giurisprudenza (47) maggioritaria invece il negozio compiuto dal *falsus procurator* non è invalido, ma soltanto *in itinere*, ovvero a formazione successiva, sicché il *dominus* può ratificare e fare propri gli effetti del negozio concluso in suo nome con effetti retroattivi.

5.3. — *La tesi della nullità.*

Un ulteriore orientamento giurisprudenziale (48) configura il contratto stipulato a seguito di aggiudicazione poi annullata come affetto dalla più grave patologia: la *nullità assoluta*.

Tale teorica prende le mosse dal presupposto della natura costitutiva degli atti di evidenza pubblica e della natura superindividuale e non disponibile degli interessi tutelati dalla serie procedimentale degli atti di gara.

All'interno di tale impostazione possiamo distinguere alcune varianti:

5.3.1. Alcuni ritengono che la nullità sia tale per *difetto assoluto del consenso* (49) (artt. 1418 comma 2 cod. civ. e 1325 n. 1, cod. civ.). Tale contrarietà risiederebbe nel rilievo che le norme sull'evidenza pubblica sono finalizzate alla formazione del consenso della P.A. che, mancando, determina l'assenza dell'*idem consensus* (l'accordo), elemento essenziale del negozio ai sensi dell'art. 1325 c.c. Il vizio radicale del consenso, nel senso del suo difetto genetico originario, produrrebbe quindi la nullità del contratto e non la semplice annullabilità, ai sensi dell'art. 1418 comma 2 c.c..

5.3.2. Altri sostengono invece che la nullità derivi dalla *mancaza della causa* (50) con riguardo al venir meno della ragione del negozio a seguito dell'annullamento della delibera a contrarre (artt. 1418 e 1325, n. 2, cod. civ.) – ad esempio nel caso di sopravvenuta mancanza di copertura finanziaria.

Una sorta di *tertium genus* di causa invalidante: il difetto genetico della presupposizione, al quale conseguirebbe la nullità del contratto per mancanza della causa (51). Tale *species* di nullità ricorrerebbe allorquando le parti, nella conclusione del contratto, abbiano tenuto conto di situazioni di

(45) BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Milano, 2000, pag. 108.

(46) MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, pag. 396.

(47) Cass., sez. III, 16 febbraio 2000, n. 1708, in *Mass.*, 2000, Cass., sez. II, 11 ottobre 1999, n. 11396, in *Mass.*, 1999.

(48) Cons. Stato sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218, in *www.lexitalia.it*

(49) Cfr. in dottrina NIGRO, *Deliberazione amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, IV, 1009, Milano, 1962 e T.A.R. Puglia, sez. I., 28 gennaio 2003, n. 394, in *www.lexitalia.it*, con nota di V. FOX, *Annullamento degli atti di gara ed invalidità del contratto*.

(50) MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, 211.

(51) Cfr. D'ARGENTO, *Appalto pubblico ed annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione*, in *www.filodiritto.com*

fatto o diritto (non specificate nel contratto) desumibili dall'analisi del contratto, a esse comuni (oppure proprie di una parte soltanto, ma note o conoscibili all'altra) e da esse indipendenti (non essendo rimesse alla loro volontà), determinanti per l'operazione economico-giuridica dalle stesse posta in essere. L'insussistenza delle circostanze presupposte al momento della stipulazione inciderebbe sulla causa genetica del contratto comportandone la mancanza.

5.3.3. In ultimo secondo altri la nullità deriverebbe da *contrarietà del contratto a norme imperative* (52) (art. 1418, comma 1, cod. civ.), nelle sole ipotesi in cui i vizi della serie procedimentale ad evidenza pubblica siano tali da determinare l'inidoneità del contratto a perseguire il vincolo di scopo espressamente assegnato all'amministrazione (53).

5.3.4. Secondo altri ancora la nullità deriverebbe dalla *mancanza dell'oggetto del contratto* (ex art. 1346 c.c.) che, ai sensi del successivo art. 1418, comma 2, c.c., determinerebbe appunto la nullità (54).

In tale chiave di lettura soltanto il rispetto delle norme che disciplinano la fase pubblicistica della fattispecie procedimentale/contrattuale contribuirebbe a definire e rendere «lecito» ovvero «giuridicamente possibile» per la Pubblica Amministrazione l'oggetto del contratto.

5.4. — *La caducazione automatica del contratto: la tesi prevalente.*

Una ulteriore prospettazione (55), ad oggi la prevalente, spiega il fenomeno nei termini della *caducazione automatica* (56) del contratto.

(52) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *www.lexitalia.it*; T.A.R. Campania, 29 maggio 2002, n. 3177, in *www.lexitalia.it*; T.A.R. Puglia, 23 ottobre 2002, n. 394, in *www.lexitalia.it*, ove si è affermato che tale qualificazione della patologia si fonda sulla constatazione secondo cui «la procedimentalizzazione della scelta del contraente ed il suo coordinamento a profili di interesse pubblico in ordine all'acquisizione della migliore offerta contrattuale, configurano una fattispecie complessa, nella quale convergono meri atti, operazioni materiali, provvedimenti, dichiarazioni di volontà del privato, e del quale la stipulazione del contratto rappresenta l'effetto finale. Ne consegue che l'invalidità di atti della serie procedimentale che incidano sulla legittimità dell'aggiudicazione non consentono alla suddetta fattispecie di conseguire il proprio perfezionamento giuridico, ed in primo luogo di determinare l'*idem consensus* (ovvero l'accordo) che costituisce elemento essenziale di ogni contratto. E' noto che il vizio radicale del consenso, nel senso del suo difetto genetico originario, produce la nullità del contratto e non la semplice annullabilità, ai sensi dell'art. 1418 comma 2 c.c.».

(53) DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 65 ss.

(54) Cfr. FORLENZA, *La decadenza immediata dell'accordo sottoscritto evita la necessità di ricorrere al giudice ordinario*, in *Guida al diritto*, n. 22/2003, pag. 81.

(55) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, in *Cons. Stato*, 1998, I, 891 (in un caso di autoannullamento in autotutela dell'aggiudicazione); Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, in *Foro Amm.*, 2000, 108; Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 1993, n. 435, in *Giur. it.*, 1994, III, 1, 18.

(56) Cfr. FANTINI, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 751.

In tale contesto la vicenda viene ricostruita in chiave giuspubblicistica, tenendo conto della stretta consequenzialità esistente fra annullamento degli atti di gara e contratto.

Tale impostazione si basa sul rilievo che l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione comporta non già la nullità o l'annullabilità del contratto stipulato dall'Amministrazione, ma la sua inefficacia; infatti nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità; i primi condizionano, però, l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene *ab origine* inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa (57).

5.5. — «Variante» alla tesi della *caducazione automatica: la salvezza dei terzi di buona fede*.

L'orientamento invece, paventato dapprima da taluna giurisprudenza (58), e seguito in tempi recenti dal Consesso di Palazzo Spada (59), sostiene il *travolgimento del contratto con salvezza dei diritti dei terzi di buona fede* (60) in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2, e 25, comma 2, del cod. civ. ponendosi il problema, non di poco momento, dell'incidenza delle tecniche di annullamento caducanti e determinanti inefficacia sopravvenuta del contratto in chiave giuspubblicistica, sulla sicurezza del traffico giuridico e sul principio di buona fede.

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 6666 del 27 ottobre 2003 ha infatti affermato a chiare lettere, fissando forse un punto fermo, che: «*La caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'Amministrazione, dà luogo alla conseguenza di privare l'Amministrazione stessa, con efficacia ex tunc, della legittimazione a negoziare con conseguente inefficacia del contratto successivamente stipulato... (omissis)... Per quanto, più in particolare, riguarda la tutela dei soggetti che abbiano ottenuto ragione dinanzi al giudice amministrativo tramite l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, nei casi in cui il contratto sia già stato concluso, l'annullamento della deliberazione formativa della volontà contrattuale dell'ente «non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima (art. 23 e 25 c.c.)».*

5.6. — UNA TESI INTERMEDIA: NULLITÀ-ANNULLABILITÀ.

Un'ulteriore teorica avanzata in dottrina, volta a tutelare i terzi soprattutto in caso di inizio di esecuzione del contratto, sostiene che «... *la soluzione dell'annullabilità dovrebbe affermarsi solo in caso di contratti cui sia iniziata l'e-*

(57) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2003 n. 6666, in www.lexitalia.it, ma già in passato Cass. 5 aprile 1976, n. 1197, citata dalla sentenza.

(58) T.A.R. Lecce, Sez. II, 7 febbraio 2001, n. 28, in www.giustizia-amministrativa.it

(59) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in www.lexitalia.it

(60) In senso conforme cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2003 n. 2992, in www.giustizia-amministrativa.it

secuzione, con conseguente creazione di un affidamento a favore del terzo privato contraente, mentre negli altri casi l'annullamento dell'aggiudicazione comporterebbe la caducazione del contratto» (61).

Al fine di comprendere quale delle suesposte prospettazioni possa essere condivisa, appare opportuno analizzare criticamente le singole teoriche evidenziandone i meriti e i limiti.

6. — I LIMITI E I MERITI DEI VARI ORIENTAMENTI.

6.1. — *La tesi dell'annullabilità relativa: la P.A. quale domina delle sorti del contratto.*

Prendendo le mosse dalla teorica cd. dell'*annullabilità relativa* ex art. 1441 c.c., occorre evidenziare come indubbiamente il merito più grande di tale prospettiva sia quello di garantire la certezza nei rapporti giuridici e di tutelare l'affidamento ingenerato nei terzi con la stipulazione del contratto. Appare infatti evidente che, salvo il caso in cui sia la stessa P.A. ad annullare in sede di autotutela (vedi *supra* 4.3) l'aggiudicazione, il decorso del termine d'impugnazione rende «saldi» i diritti dei terzi (62).

Ciò posto tuttavia non può sottacersi che, ai sensi dell'art. 1441 c.c., l'unico soggetto legittimato a chiedere l'annullamento dell'aggiudicazione è proprio la P.A. nell'interesse della quale è previsto.

Così ragionando appare evidente come le sorti del contratto stipulato siano nelle mani di un unico soggetto (la P.A.) con conseguente possibile affievolimento delle posizioni soggettive vantate dal terzo in caso non venisse richiesto dalla P.A. l'annullamento dell'aggiudicazione.

Un'impostazione, ad avviso di chi scrive, pressoché paradossale in quanto «riserva» l'iniziativa per l'annullamento proprio al soggetto che ha commesso l'illegittimità, che ha generato quindi la causa «riflessa» dell'invalidità del contratto (63).

Si vuole in buona sostanza evidenziare come la tesi dell'annullabilità attribuisca un ingiustificato privilegio in capo alla P.A., risultando «compressi» in tal modo, sia l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata

(61) Cfr. CARUSO, *L'esistenza della nullità del negozio giuridico può essere rilevata d'ufficio dal giudice*, in *Guida al diritto*, 2003 (n. 3), pag. 100.

(62) Cfr. AA.VV. (LIPARI), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, 476 che evidenzia come la tesi dell'annullabilità oltre a garantire una ragionevole stabilità del rapporto contrattuale non lo espone più «... alle sorprese di un giudizio civile di invalidità, una volta scaduto il termine di decadenza per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione in sede amministrativa».

(63) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in www.lexitalia.it, dove si può leggere: «... sul piano dell'equità sostanziale e, soprattutto, dell'effettività della tutela giurisdizionale appare addirittura originale che l'amministrazione sia l'unico soggetto legittimato a lamentare la violazione delle norme di evidenza pubblica per ottenere la caducazione del contratto quando le illegittimità accertate nel procedimento di evidenza pubblica, bene diversamente da quanto accade nella logica civilistica dei vizi della volontà causativi dell'annullabilità del negozio, di regola non sono subite dalla amministrazione, ma sono da questa provocate».

nel rispetto della concorrenza tra le Imprese, sia l'interesse del concorrente che sia riuscito ad ottenere l'annullamento dell'intera sequenza procedimentale.

I limiti dogmatici della tesi dell'annullabilità divengono ancora più marcati nel caso in cui all'avvenuta stipula del contratto si sia accompagnato un principio di esecuzione (tematica *sub d* vedi punto 2). In tal caso infatti si può giungere all'ulteriore paradosso di ottenere l'annullamento della gara illegittima e nel contempo non riuscire a «subentrare» nel contratto stipulato, non ottenendo così proprio il bene della vita al quale si anelava. Il semplice risarcimento del danno infatti non sempre appare soddisfacitivo.

Il vero *punctum dolens* consiste nel fatto che la teorica dell'annullabilità risulta in realtà basata su un «pilastro» difficilmente condivisibile: che la disciplina sull'evidenza pubblica è posta nell'esclusivo interesse della stazione appaltante e concerne il modo della formazione del suo consenso negoziale, finendo per rimettere l'esecuzione della sentenza e il soddisfacimento del «diritto all'affidamento» dell'impresa vittoriosa dinanzi al giudice amministrativo alla discrezionale scelta della P.A. di agire o non dinanzi al giudice ordinario per chiedere l'annullamento del contratto per il vizio del proprio consenso (64).

Tale impostazione, secondo parte della dottrina (65), non troverebbe applicazione nelle ipotesi in cui sia ravvisabile non una mera incompetenza od un altro vizio riguardante la formazione della volontà dell'amministrazione, ma un vizio di «straripamento di potere», nel qual caso il contratto è nullo (66).

Non va inoltre sottaciuto che anche in presenza di una sentenza di annullamento ottenuta (si rammenta su iniziativa sempre e comunque della P.A.), l'Amministrazione non essendo tenuta all'esecuzione, per ragioni di «convenienza» (soprattutto nel caso di esecuzione contrattuale avanzata) potrebbe non adeguarsi al giudicato amministrativo e rispettare il contratto stipulato.

(64) Cfr. CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it

(65) Cfr. AA.VV. (LIPARI), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, 473.

(66) Cfr. in giurisprudenza Cass. 29 novembre 1983 n. 7151, in *Mass.* 1983.: «Quando la p. a., per la realizzazione delle sue finalità, ricorra agli strumenti giuridici che sono ordinariamente propri dei soggetti privati, l'attività negoziale, per tutto quel che riguarda la disciplina dei rapporti che dalla stessa scaturiscono, rimane assoggettata ai principi ed alle regole del diritto comune, salve le eventuali interferenze di norme di diritto pubblico integrative o modificative, e solo restando operanti le regole della disciplina amministrativa attinenti all'organizzazione della p. a. ed alla formazione ed estrinsecazione delle sue determinazioni; in particolare nel contratto di appalto di oo. pp., pur essendo riservata all'amministrazione una posizione preminente e direttiva, non viene alterata la corrispettività delle prestazioni, né viene mutata la funzione essenzialmente privatistica di conseguire un *opus definitum* benché l'opera appaltata sia destinata alla realizzazione di fini pubblici; di conseguenza, anche in tale contratto può avere rilevanza la simulazione, poiché anch'esso, nella fase della negoziazione e della stipulazione, che segue alla fase preparatoria ed a quella di approvazione, meramente interne e propedeutiche alla stipulazione, resta assoggettato al diritto comune per quanto riguarda la manifestazione di volontà dell'organo che rappresenta la p. a. e l'accettazione della controparte».

In altri termini si vuole affermare che se le norme sull'evidenza pubblica mirano ad evitare artificiosi e fraudolenti piani collusivi tra esponenti della P.A. appaltante ed imprenditori privati, che senso avrebbe considerare valido il contratto ove non fosse stata impugnata l'aggiudicazione o fosse stata dichiarata illegittima in sede giurisdizionale ma la P.A. non esegue la sentenza?

6.2. — *L'affacciarsi di uno «spettro»: simulazione relativa?*

Al riguardo taluna dottrina (67) accenna in questo caso all'istituto civilistico della *simulazione relativa* in quanto l'ipotesi predetta ben potrebbe costituire il risultato del *pactum sceleris* sotteso all'aggiudicazione in favore del concorrente ritenuto «gradito». Ferme restando le conseguenze dal punto di vista penale, lo «spettro» della simulazione potrebbe inoltre affacciarsi ogni qual volta la P.A. «ad arte» fissa una griglia di requisiti di partecipazione tale da «mascherare» sotto le mentite spoglie di una procedura aperta una vera e propria procedura negoziata (quando non una trattativa privata singola).

6.3. — *La tesi della nullità: la più «dura a morire».*

All'impostazione che vorrebbe considerare le norme sull'evidenza pubblica dettate nell'esclusivo interesse della P.A. è stato obiettato che a ben guardare, l'intera disciplina sull'evidenza pubblica assolve ad una funzione di ordine pubblico generale e dà luogo a norme imperative, la cui violazione non può che comportare la *nullità* del contratto sindacabile soltanto dal giudice ordinario.

Secondo taluna giurisprudenza (68) invece si dovrebbe ragionare nei termini della nullità, non sulla base dell'interesse sotteso alle norme sull'evidenza pubblica ma in quanto l'Amministrazione eserciterebbe la propria funzione non mediante l'adozione di provvedimenti autoritativi ma mediante atti di natura paritetica pur sempre ricadenti nell'ambito dei suoi poteri pubblicistici (es. accordi). In questi casi, l'esercizio della funzione amministrativa in contrasto con norme imperative: «... non dà luogo alla semplice annullabilità del provvedimento, prevista espressamente dalla legge per i soli casi di atto e/o provvedimento di tipo autoritativo, bensì alla nullità dell'assetto di interessi posto in essere con l'assenso del privato interessato (art. 11, legge 7 agosto 1990 n. 241)» (69).

Un primo (invalicabile) limite (70) «dogmatico» si sostanzia nel contrasto tra il principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi e la nullità del contratto, senza il previo annullamento dell'aggiudicazione, ope-

(67) Cfr. D'Argento, *Appalto pubblico ed annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione*, in www.filodiritto.com

(68) Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002 n. 6281, in www.lexitalia.it

(69) Cfr. nota precedente.

(70) Cfr. MONTEDURO, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418 comma 1 c.c.; una radicale svolta della giurisprudenza tra luci ed ombre*, in *Foro amm.*, 2002, 2601.

rante con efficacia costitutiva *ex tunc*. Da tali premesse ne discenderebbe che la non tempestiva impugnazione negli ordinari termini decadenziali degli atti amministrativi presupposti, determinerebbe il definitivo consolidamento del provvedimento di aggiudicazione, con conseguente inoppugnabilità del relativo contratto.

In tale ottica la tutela del terzo rimane affievolita, come nel caso che si avvalorasse la teorica dell'annullabilità, in quanto soggetta ai termini decadenziali di impugnativa dell'aggiudicazione.

A ben guardare tale «variante», sotto l'etichetta della «nullità», cela una scorretta utilizzazione della categoria medesima, in quanto la nullità, secondo gli schemi del diritto civile, si sostanzia in un vizio genetico del contratto che lo inficia *ab origine*, mentre nel caso di illegittimità degli atti della procedura ad evidenza pubblica, si è in presenza di un vizio che investe la procedura amministrativa a «monte», riverberando le proprie conseguenze sul contratto a «valle» (71).

Un contemperamento dogmatico a tale prospettazione, e un avallo alla tesi della nullità, può essere rinvenuto nel caso in cui non sia in discussione la legittimità del procedimento amministrativo di scelta del contraente ma la conformità delle clausole con la disciplina inderogabile in concreto applicabile al rapporto negoziale (72). In tal caso però, il contrasto è tra il contenuto del contratto e le norme che ne disciplinano il contenuto, non risultando in tale contesto, agevolmente disconoscibile la validità di tale impostazione.

In buona sostanza la teorica della nullità, sebbene risulti sicuramente la più garantista del principio della concorrenza tra gli «aspiranti contraenti» della P.A. nel contempo presenta il grave limite di non garantire la certezza giuridica in quanto, infatti, ove si considera il contratto sin dalla stipulazione *tamquam non esset*, la relativa azione di accertamento potrebbe essere fatta valere da qualunque cittadino senza alcun termine di prescrizione.

6.3.1. — *Un tentativo di salvare la teorica della nullità: la nullità relativa.*

Al fine proprio di sopperire all'azionabilità da parte di qualsiasi soggetto interessato e garantire, almeno parzialmente, la certezza giuridica

(71) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332, in www.lexitalia.it, : «... è allora concettualmente chiara l'atecnicità del richiamo della categoria della nullità del contratto, che di per sé evocerebbe una sua inefficacia originaria stigmatizzabile da subito con un'azione dichiarativa, mentre nella specie è pacifico che l'inefficacia del contratto è una vicenda sopravvenuta al necessario annullamento giurisdizionale della procedura amministrativa».

(72) Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 17 giugno 1985 n. 3642, in *Nuova giur. civ.*, 1986, I, 283, n. MINEO: «In tema di edilizia economica e popolare, le norme del procedimento amministrativo che individuano il soggetto a favore del quale deve avvenire l'assegnazione in proprietà dell'alloggio, essendo preordinate a soddisfare l'interesse pubblico di graduare il bisogno abitativo fra più aspiranti all'assegnazione, hanno natura imperativa; ne consegue che sono nulli ai sensi dell'art. 1418, 1° comma, c.c., i contratti di futura vendita e di cessione definitiva in proprietà stipulati dalla Gescal sulla base di un illegittimo provvedimento di designazione della persona dell'acquirente, successivamente annullato in sede amministrativa».

dei rapporti, taluno ha preferito ragionare, in relazione alla patologia della quale risulterebbe affetto il contratto, in termini di *nullità relativa* (73). La relatività sarebbe afferente all'azionabilità da parte del solo soggetto legittimato all'impugnativa giurisdizionale dell'aggiudicazione medesima, determinata dalla violazione della normativa imperativa posta a tutela del mercato, dell'imparzialità e del buon andamento della P.A., nonché di difetto (sopravvenuto) del titolo a contrarre in capo al soggetto illegittimamente selezionato (74).

Secondo l'Autore il carattere relativo della nullità risulterebbe corroborato dalla «... *necessità del filtro dell'impugnativa tempestiva dell'aggiudicazione, nel meccanismo della pregiudizialità amministrativa, nonché dall'incidenza costitutiva della nullità rivestita dal contenuto di accertamento della spettanza dell'aggiudicazione al ricorrente vittorioso, contenuta nella sentenza di annullamento dell'aggiudicazione*».

Il vero *punctum dolens* risulta essere quello che qualsiasi «variante» della nullità si voglia avvalorare rimarrebbe l'imprescrittibilità dell'azione come «spada di Damocle» su ogni contratto stipulato (a seguito di procedimento ad evidenza pubblica) da parte della P.A.

6.4. — *La tesi dell'inefficacia ex art. 1398 c.c.: il falsus procurator.*

Non appare inoltre neanche condivisibile quella teorica avanzata in dottrina (vedi *supra*) del contratto stipulato in *difetto di potere rappresentativo ex art. 1398 c.c.*, secondo la quale i vizi della procedura di evidenza pubblica si rifletterebbero in difetto di potere rappresentativo, con conseguente inefficacia del negozio in quanto l'organo della P.A. sarebbe assimilabile ad un *falsus procurator*. Tale prospettazione infatti ammetterebbe una generalizzata sanatoria o ratifica degli atti che sebbene sia principio cardine nel diritto privato, non trova un avallo così generale in chiave giuspubblicistica dove la sanatoria è ammessa soltanto in alcuni casi (75).

6.5. — *La tesi della caducazione automatica.*

Nel delineato contesto ben si comprende come, soprattutto l'ultima giurisprudenza (76), si sia mossa nella direzione di ricercare un'impostazione atta effettivamente a «giustificare» in chiave giuspubblicistica i rapporti tra annullamento dell'aggiudicazione e sorti del contratto. Proprio in tale direzione si è spinto di recente il Consesso di Palazzo Spada (77) affermando:

(73) CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it

(74) Nel senso di ritenere la nullità di carattere relativo cfr. T.A.R. Calabria, 18 dicembre 2002, n. 2030, in *Guida al diritto* 2003 (n. 3), pag. 95 che sembrerebbe sostenere la natura *sui generis* di tale nullità non rilevabile *ex officio* dal giudice amministrativo.

(75) VIRGA, *Diritto amministrativo - Atti e ricorsi* -, Milano, 2001, 146.

(76) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2993, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, in *Cons. Stato*, 1998, I, 891 (in un caso di autoannullamento in autotutela dell'aggiudicazione); Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, in *Foro Amm.*, 2000, 108; Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 1993, n. 435, in *Giur. it.*, 1994, III, 1, 18.dsds

(77) Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6666, in www.lexitalia.it

«... La caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale dell'Amministrazione, dà luogo alla conseguenza di privare l'Amministrazione stessa, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare con conseguente inefficacia del contratto successivamente stipulato».

Si tratta, ad avviso di chi scrive, forse di un modo più che di risolvere il problema di «aggirarlo», in quanto non viene affrontato in chiave patologica ma considerando che la caducazione del «piedistallo» del contratto (l'aggiudicazione), secondo la logica dell'effetto caducante, determina la *caducazione automatica del contratto* senza necessità di promuovere apposita azione giudiziaria costitutiva.

Inoltre non sembra affatto che la giurisprudenza amministrativa abbia in tal modo spiegato la vicenda in chiave prettamente giuspubblicistica.

A ben guardare non sembra disconoscibile che siamo nell'alveo del brocardo civilistico *simul stabunt simul cadent*, come infatti avviene nel diritto civile in presenza di due contratti collegati, nel caso in cui uno venga meno (nullo, annullabile ecc.), è chiaro che si innesca un fenomeno di perdita di efficacia di una fattispecie complessa che non può sopravvivere «orfana delle altre tessere del mosaico negoziale».

La «decantata» autonomia della procedura ad evidenza pubblica rispetto al contratto lascia quindi il posto ad una «... *fattispecie mista di collegamento tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato piuttosto che l'ipotesi paradigmatica di correlazione tra atti amministrativi*» (78).

La predetta impostazione sembra essere da ultimo avvalorata dall'art. 14, del D. Lgs. n. 190/2002, nella parte in cui statuisce per le «grandi opere» che la caducazione dell'aggiudicazione risolve il contratto, offrendo il destro per ritenere che l'annullamento della gara non produce l'invalidità del contratto ma la semplice risoluzione (79).

Il più grande merito di tale impostazione risulta evidente sul piano della giurisdizione in quanto, impostando il problema non in termini di invalidità ma di caducazione del contratto, la giurisdizione sull'effetto caducante dovrebbe spettare al giudice competente a sindacare la legittimità della procedura amministrativa, ossia il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

7. — CONCLUSIONI.

Il Consesso di Palazzo Spada, con le sentenze degli ultimi tempi (80), si spinge oltre affermando: «*Per quanto, più in particolare, riguarda la tutela dei soggetti che abbiano ottenuto ragione dinanzi al giudice amministrativo tramite l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, nei casi in cui il contratto sia già*

(78) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332, in *Guida al diritto*, n. 22/2003, pag. 79.

(79) Cfr. T.A.R. Catania, sez. I, 25 novembre 2002 n. 852, in www.lexitalia.it.

(80) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332, in *Guida al diritto*, n. 22/2003, pag. 77 e Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6666, in www.lexitalia.it

stato concluso, l'annullamento della deliberazione formativa della volontà contrattuale dell'ente non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima art. 23 e 25 c.c.».

Si tratta di statuizioni accolte con entusiasmo dalla dottrina⁽⁸¹⁾ in quanto delineano un «*temperamento... che va accolto a tutela della stessa logica di mercato e di favor della concorrenza che ispira le regole in tema di gare pubbliche*». Tale temperamento consisterebbe nel riconoscimento della tutela della buona fede e della salvezza dei diritti acquisiti in buona fede. In tal modo si darebbe il giusto spazio «... *non solo al principio consensualistico, ma anche ai diversi principi della tutela dei terzi, dell'apparenza del diritto, della rilevanza della buona fede, del formalismo giuridico, della certezza del diritto pure essenziali per il corretto funzionamento del mercato*» (82).

Il Consiglio di Stato rinviene il fondamento positivo delle proprie affermazioni nell'art. 23, comma 2, c.c. e aggiunge che comunque «... *terzi di buona fede di norma non potranno essere i soggetti che hanno partecipato al giudizio amministrativo di annullamento (salvo i casi in cui il contratto sia stato stipulato prima dell'insorgere del giudizio di annullamento) poiché in tal caso i soggetti coinvolti nel giudizio non potevano confidare nel consolidamento della loro posizione contrattuale*».

Il fondamento dell'applicabilità dell'art. 23 c.c. all'amministrazione pubblica, ad avviso del Consesso di Palazzo Spada, va rinvenuto nella circostanza che la P.A. è pur sempre, ai sensi dell'art. 11 c.c., una persona giuridica e pertanto soggetta a quelle norme civilistiche che disciplinano le persone giuridiche, oltre chiaramente a quelle di stretto diritto pubblico.

Tuttavia anche tale prospettazione, da salutarsi sicuramente con un plauso, ad avviso di chi scrive, non risulta esente da censure.

Difatti nel caso in cui il contratto fosse stato già stipulato e le prestazioni almeno parzialmente eseguite il controinteressato terzo escluso che avesse ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione potrebbe dunque giovare della caducazione del contratto solo in caso di malafede del contraente aggiudicatario (ove il suo interesse fosse solo quello all'esecuzione del contratto e non ad ottenere un semplice risarcimento del danno non sempre satisfattivo magari negli opinabili termini della cd. perdita di *chance*).

In secondo luogo il meccanismo dell'annullamento automatico dell'intero contratto, senza l'intervento del giudice ordinario, a seguito dell'annullamento da parte del giudice amministrativo dell'aggiudicazione – o di altri atti della serie procedimentale – non trova riscontri nella lettera della legge e contrasta con il principio della soggezione del contratto alla disciplina del diritto comune (83).

(81) CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it,

(82) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992, in www.giustizia-amministrativa.it

(83) In senso parzialmente conforme cfr. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 565,

In terzo luogo, ma non certo per importanza, rimane il rilievo che il travolgimento del contratto rimane sempre e comunque sotto l'egida del trascorrere dei termini decadenziali per impugnare l'aggiudicazione, il cui spirare non può che comportare la «solidità» dei rapporti giuridici.

Forse è proprio questo, unitamente alla riconducibilità nell'alveo di un'unica giurisdizione (quella del G.A. in sede di giurisdizione esclusiva) il maggior merito di tale impostazione che, probabilmente presenta minori margini di opinabilità e di vuoti di tutela rispetto alle altre teoriche.

Conclusivamente si osserva che, attesa l'(eccessiva) eterogeneità degli orientamenti che si contendono il campo, la questione dei difficili rapporti tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto è lungi dall'essere risolta e proprio quando sembra essere destinata ad «assopirsi», cambia «volto» (oggi «caducazione»), lasciando l'operatore del settore (soprattutto della P.A.) timoroso e speranzoso che non venga «mai» impugnata (o annullata in sede di autotutela) l'aggiudicazione vista sempre più come la «palude stigia» di ogni procedura ad evidenza pubblica.

Gli strumenti della semplificazione normativa

di Maria Vittoria Lumetti

Sommario: 1. — Il principio della semplificazione legislativa. 2. — Strumenti di attuazione: delegificazione, testo unico, codificazione. 3. — Il circolo vizioso burocratico e la moltiplicazione delle leggi. 4. — Il cambiamento organizzativo della P.A.: la semplificazione come causa e fine delle riforme. 5. — Il modello aziendalistico della P.A. 6. — La legge n. 241/1990. 7. — Le leggi Bassanini. 8. — Il testo unico. 9. — Caratteristica dei recenti testi unici: testo unico come testo normativo differenziato e come fonte del diritto. 10. — Il nuovo modello della semplificazione: dalla delegificazione alla codificazione. L'esempio del testo unico dell'espropriazione. 11. — La semplificazione del linguaggio.

1. — IL PRINCIPIO DELLA SEMPLIFICAZIONE LEGISLATIVA.

Il termine semplificazione è stato utilizzato per indicare obiettivi diversi, ma tutti riconducibili allo scopo di creare un'Amministrazione pubblica più efficiente. (1)

Il termine semplificazione viene utilizzato, nel linguaggio corrente, quale sinonimo di altri termini, come liberalizzazione, deregolazione, delegificazione, snellimento, ammodernamento, razionalizzazione, sburocratizzazione, innovazione, miglioramento, termini tutti riconducibili alla necessità di riformare la pubblica amministrazione alleggerendo cittadini ed imprese dal carico burocratico.

Il processo di semplificazione ha avuto un'accelerazione negli anni novanta, quale corollario del più ampio processo di riforma del settore pubblico, anche nell'ambito delle iniziative degli ordinamenti europei e dell'Unione europea.

Esso si pone nell'ottica dell'esecuzione del programma di semplificazione, delegificazione e razionalizzazione in testi unici delineato dalle c.d. leggi Bassanini ed, in particolare, dall'art. 20 legge n. 59/1997 e dagli artt. 7-8 legge n. 50/1999.

La riforma, dunque, si inserisce nel processo di razionalizzazione del sistema normativo introdotto dalla riforma Bassanini, e si propone di codificare settori normativi disomogenei, perseguendo anche lo scopo di armonizzare il diritto interno al diritto internazionale.

2. — STRUMENTI DI ATTUAZIONE: DELEGIFICAZIONE, TESTO UNICO E CODIFICAZIONE.

La semplificazione normativa si attua principalmente con la delegificazione (art. 20 legge n. 59 del 1997) e con la redazione di testi unici (artt. 7 e 8 della legge n. 50 del 1999). (2)

(1) G. BACCIARDI, *Politiche e strumenti della delegificazione*, Prime note, Livorno, 2002, 7ss.

(2) Nota 30 giugno 2000 del Ministero per la Funzione Pubblica richiamata dal parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato del 29 marzo 2001 (Prot. Norm. n. 124/2000); V. DI CIULO, *Il riordino e il consolidamento della legislazione italiana nella XIII legislatura. Note preliminari*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2001, fasc. 134 (dicembre) 39 ss.

La delegificazione, rispetto alla fonte originaria legislativa, consiste nell'emanazione di regolamenti di semplificazione dei procedimenti amministrativi, ed è prevista al fine di evitare la paralisi dell'Amministrazione causata da una eccessiva legiferazione.

Il riordino della complessa materia relativa all'espropriazione, ad esempio, si è concretizzato proprio con la redazione di un testo unico, con il quale è stato possibile provvedere ad una «codificazione per settori delle disposizioni, anche di rango diverso, stratificatesi nel corso degli anni». (3)

La fonte di legittimazione del testo unico scaturisce, dunque, dall'esercizio di un potere normativo delegato, previsto prima dalla legge Bassanini n. 59/1997, poi dalla Bassanini-*quater* n. 50/1999.

La regolamentazione persegue due obiettivi fondamentali: ristrutturare in modo organico le norme in materia di settori succedutesi nell'arco degli anni e restituire efficienza, efficacia e legalità a settori nel quale l'assenza di regole univoche può aver determinato incertezze interpretative ed applicative.

Ciò non esclude che la normativa di carattere generale si basi, comunque, su alcuni punti fermi, che già costituiscono principi generali e consolidati nell'attuale legislazione.

Il testo unico coniuga efficacemente l'obiettivo della semplificazione con quello della risistemazione razionale della materia. (4)

Proprio l'ultima legge Bassanini, la n. 50 dell'8 marzo 1999, ha completato il progetto di riforma amministrativa volto ad avviare il processo di semplificazione legislativa e amministrativa. (5)

3. — IL CIRCOLO VIZIOSO BUROCRATICO E LA MOLTIPLICAZIONE DELLE LEGGI.

La Pubblica Amministrazione, a causa della sua organizzazione molto complessa, si configura come strumento destinato al perseguimento di interessi che mutano insieme alle situazioni della realtà: la sua fisionomia è sottoposta a continue modificazioni (se si vuole soddisfare un interesse, la prima misura è la istituzione di un apparato che di esso si occupi).

Ne consegue che, tale complessità da un lato e l'esigenza di continuo adeguamento alla realtà dall'altra, hanno contribuito ad appesantire la macchina burocratica.

(3) Nota 30 giugno 2000 del Ministero per la Funzione Pubblica richiamata dal parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato del 29 marzo 2001 (Prot. Norm. n. 124/2000).

(4) Ad esempio, il Testo unico sull'espropriazione si caratterizza per alcuni snodi fondamentali: la collocazione in via generale, nella fase di approvazione del piano urbanistico generale, dell'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio: l'istituzione di elenchi destinati a rappresentare strumenti di monitoraggio dell'azione amministrativa; la soppressione del procedimento di occupazione d'urgenza in vista della realizzazione delle opere urgenti ed indifferibili; la previsione che il decreto di esproprio si esegua mediante l'immissione in possesso, con la conseguenza che sino a quel momento non è efficace il passaggio del diritto di proprietà.

(5) Per quanto riguarda la codificazione pr. 10.

La semplificazione normativa, come già detto, persegue proprio la finalità di eliminare dai procedimenti ogni vincolo normativo, ogni attività che ostacoli la crescita del valore e della qualità del prodotto o del servizio, in un'ottica di efficienza del sistema (6).

«Alla disattuazione delle leggi, il potere politico reagisce dettando norme sempre più dettagliate e accentuando il controllo parlamentare sulla loro attuazione. Basti pensare alle leggi che impongono alla pubblica amministrazione di presentare relazioni al Parlamento: il loro numero è talmente elevato che lo stesso Parlamento ne ha perso il conto e, d'altronde, le poche relazioni effettivamente presentate cadono nella quasi generale indifferenza.

La produzione legislativa a getto continuo e la minuziosità delle norme genera l'aumento della vischiosità e della lentezza delle procedure, riducendo ulteriormente la discrezionalità amministrativa.

A complicare il quadro, si aggiungono i giudici: l'incerta formulazione di molte leggi dà luogo ad una elevata litigiosità, i processi durano a lungo, gli amministratori, nell'attesa di interpretazioni definitive, trovano una ragione in più per non decidere (7). L'atteggiamento passivo e legalistico della burocrazia ne risultano rafforzati».

La moltiplicazione delle leggi, in molti settori, ha creato un circolo vizioso burocratico.

La semplificazione prevista dalla legge n. 59 del 15 marzo 1997 ha previsto, dunque, uno strumento normativo, innovativo, cosiddetto a formazione vincolata, e la legge n. 50 del 1999 vi ha dato attuazione.

La legge a formazione vincolata si pone lo scopo precipuo di attuare la semplificazione dei procedimenti amministrativi, sia attraverso il loro snellimento, sia attraverso la loro soppressione (8).

Lo strumento della semplificazione era stato già utilizzato in passato dal legislatore per attuare la riforma amministrativa.

(6) Di recente cfr. la legge 16 gennaio 2003, n. 3, «Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione» (collegato alla Finanziaria), in *G.U.* 20 gennaio 2003, n. 15, Supp.ord. Sul punto A. NATALIZI, *Il collegato alla Finanziaria in materia di pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, 444.

(7) S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, 76.

(8) F. PETRICONE, *Le leggi di semplificazione della riforma amministrativa*, in *Giur. it.*, n. 3, 2000, 673. S. TATTI, *Osservazioni sulla legge di semplificazione annuale per il 1999*, in *Riv. amm. della Rep. it.*, 2001, fasc. 4, 349ss.

A. BARTOLINI, A. DI FRANCESCO, *La semplificazione e la partecipazione nell'attività amministrativa nel settore sanitario. la partecipazione nella legislazione regionale, l'esperienza della Regione Emilia-Romagna, i comitati consultivi misti (Parte V)*, in *Sanità pubblica*, 2000, fasc. 11-12, 1433 ss. Sulla semplificazione e la riforma del sistema fiscale cfr. R. FANELLI, *L'obiettivo della semplificazione*, in *Il Corriere tributario*, 2002, fasc. 14, 397. Cfr. anche, in materia di società e associazioni, G. MARASÀ, *Riflessi delle novelle in materia di semplificazione sulla disciplina dei controlli associativi*, in *Studium iuris*, 2002, fasc. 9, 1053 ss e, in materia di bilancio, G. NAPOLETANO, *L'attività normativa del Governo nel periodo giugno-agosto 2001*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2002, fasc.7, 83 ss.

Ad esempio, nella legge n. 537 del 24 dicembre 1993 l'elenco n. 4 allegato, in attuazione dell'art. 2, settimo comma, conteneva l'indicazione di 123 provvedimenti amministrativi la cui semplificazione era delegata al governo anche per l'eliminazione di duplicazioni, in modo da assicurare tempi certi e omogenei per la conclusione dei procedimenti amministrativi.

Nella suddetta legge appaiono per la prima volta termini come razionalizzazione e soppressione di agevolazioni.

I principi della trasparenza nelle relazioni con il pubblico, della motivazione necessaria del provvedimento amministrativo, dell'accesso agli atti amministrativi, previsti dalla legge sul procedimento amministrativo, nonché l'arricchimento del sistema di comunicazione e l'introduzione della «buona» informatica (9), denunciano, infatti, una radicale modifica di impostazione.

4. — IL CAMBIAMENTO ORGANIZZATIVO DELLA P.A.: LA SEMPLIFICAZIONE COME CAUSA E FINE DELLE RIFORME.

L'utente, il cittadino, diventa il referente principale dell'azione amministrativa, laddove fino al 1990 la pubblica amministrazione aveva più potere in ordine alla realizzazione dello stesso pubblico interesse.

È innegabile che le recenti leggi abbiano seguito i principi della semplificazione: oltre alla legge n. 241 del 1990, il decreto legislativo n. 29 del 3 febbraio 1993, la legge delega n. 421 del 23 ottobre 1992, la legge di riforma del bilancio dello Stato, art. 5, primo comma legge n. 94 del 3 aprile 1997 e, naturalmente la legge Bassanini *quater*, la n. 50 del 1999, nonché i principi fissati dal decreto delegato n. 279 del 7 agosto 1997.

A tal fine, si è tenuto conto dell'analisi dei principali problemi economici del presente e, quindi, dello studio della macroeconomia e dell'andamento del sistema economico nel suo insieme, delle fasi di espansione e di recessione della produzione globale di beni e servizi e della crescita della produzione, dei tassi di inflazione e di disoccupazione, della bilancia dei pagamenti e dei tassi di cambio.

Da un decennio a questa parte si è affermato con forza il principio uniformatore della semplificazione amministrativa, oltre che della efficienza, efficacia, trasparenza, responsabilità, imparzialità: tali principi vengono giuridicizzati in criteri e regole cui gli organi amministrativi devono uniformarsi (10).

5. — IL MODELLO AZIENDALISTICO DELLA P.A.

Parallelamente si è sviluppata la radicale riforma del modello operativo dell'Amministrazione.

(9) Cfr. per l'aggiornamento generale sulla normativa di tutela e sui procedimenti amministrativi connessi, il d.P.R. 490/99.

(10) A ciò si aggiunga il dibattito, sempre fecondo sull'esigenza di certezza del diritto, S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, fasc.9, 131, con accenni ai caratteri generali e le principali trasformazioni concettuali della nozione nel dibattito giusfilosofico contemporaneo internazionale; V. SILVESTRE, *La certezza del diritto*, in *Riv. della Guardia di Fin.*, 2000, 9, 199.

I provvedimenti legislativi succedutisi dal 1990 ad oggi hanno individuato nel modello aziendalistico la soluzione organizzativa della nuova Amministrazione (d.lgs. 29/1993, d.lgs. 80/1998, d.lgs. 165/2001, legge n. 145/2002) (11).

Il modello aziendalistico persegue lo scopo di agevolare il momento della produzione di beni o servizi, e in questo si differenzia dal fine specifico dell'imprenditore, in quanto l'azienda si caratterizza per essere un istituto economico complesso e destinato a perdurare nel tempo avente lo scopo di soddisfare i bisogni umani attraverso il coordinamento della produzione, dell'acquisizione e del consumo della ricchezza.

Gli elementi essenziali dell'azienda sono costituiti, infatti da un insieme di persone, da mezzi patrimoniali, dal fine, dalle operazioni di gestione, ossia da componenti ben presenti anche nell'organizzazione della P.A.

In maniera molto significativa l'art. 3 d.lgs. n. 23/1993 ha introdotto il principio generale della separazione delle competenze fra organi del Governo, che esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo (12) e dirigenza, cui è attribuita la competenza gestionale, mediante autonomi poteri di spesa e di organizzazione delle risorse umane e strumentali.

Tale attività consiste nella pianificazione, definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare, poteri di direzione politica e di controllo strategico dei risultati conseguiti, sulla base dei parametri predisposti annualmente da organi tecnici, come i nuclei di valutazione o i servizi di controllo interno.

Il nuovo modello divide l'azione amministrativa in tre livelli: al vertice vi sono gli organi politici che definiscono gli indirizzi e le direttive da seguire, poi i dirigenti generali che devono concretizzare i suddetti indirizzi in programmi ed obiettivi da conseguire, infine i dirigenti, che hanno il compito di darvi attuazione concreta (13).

Al fine di adeguare l'azione amministrativa alle effettive esigenze e al più intenso soddisfacimento dei mutevoli interessi pubblici, e al fine di

(11) Cfr. H. MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Il Mulino, Bologna, 259 ss.

(12) Cfr. al riguardo P. TREMANTE, *Dirigenti pubblici, gestione manageriale*, in *Diritto e Giustizia*, n. 9, 2003, 94 e M. MINNITI, *Sanzioni disciplinari e pubblico impiego*, in *Diritto e Giustizia*, n.9, 2003, 98. Sui nuclei operativi cfr. H. MINTZBERG, *op. cit.*, 258 ss.

(13) Cfr. sui nuovo modelli operativi M.G. GAROFANO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, V, 2002, 873; C. COLAPIETRO, *La controriforma del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica*, in *NLCC*, n. 4-5, 2002, 639; F. CARINCI, *Osservazioni sulla riforma del titolo V della Costituzione*, in F. CARINCI, *MISCIONE* (a cura di), *Il diritto del lavoro dal «Libro Bianco» al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002, 11; L. ZOPPOLI, *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i «pezzi» di un difficile puzzle?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, suppl. al fasc.1, 158. L. ROBERTO, *Il principio della separazione della politica dall'Amministrazione: alla ricerca del confine tra realtà e utopia*, in *Il Foro amm. T.A.R.*, 2002, fasc. 4, 1223.

In tal modo non solo si controllano i risultati con gli obiettivi, ma gli organi politici, in base a tali informazioni, adeguano le loro scelte che vanno ad incidere a cascata su tutto il sistema (dirigenti generali e dirigenti).

correggere disfunzioni e inefficienze, è stato predisposto un sistema informativo-statistico, deputato a raccogliere i dati relativi ai costi, ai benefici e ai risultati ottenuti, ed a elaborarli al fine di individuare i criteri e gli *standards* cui l'azione amministrativa deve adeguarsi.

Il d.lgs 29/93 ha poi dato impulso al processo di avvicinamento del pubblico impiego ai rapporti di lavoro privati, inaugurato con la riforma del 1983.

È evidente che la legge n. 50 del 1999 ha continuato a seguire la linea politica tracciata dal legislatore a partire dalla 241 del 1990, nel solco delle cosiddette altre leggi Bassanini, la n. 59 e n. 127 del 15 maggio 1997 e n. 191 del 16 giugno 1998, accentuando, tuttavia, proprio le istanze riformatrici della semplificazione normativa, attraverso un'azione congiunta tra Governo e Parlamento nella fase dell'istruttoria legislativa.

Inoltre, il decreto-legge n. 303 del 30 luglio 1999, all'art. 6 ha previsto l'istituzione del DAGL (Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi) e ha richiamato il Nucleo per la semplificazione, istituito dalla legge Bassanini *quater*, ribadendo che rientrano nei compiti di questo e, dunque, del Governo, la valutazione di impatto della regolazione, la semplificazione dei procedimenti, la qualità del linguaggio normativo, l'applicabilità dell'innovazione normativa (14).

In attuazione della delega conferita dalla legge 15 marzo 1997, n. 59, il d.lgs. 303/99 ha riformato l'organizzazione e i compiti della Presidenza del Consiglio.

Il modello prescelto è stato quello della «struttura strumentale» alle funzioni proprie del primo ministro, con tendenziale esclusione delle attività gestionali dirette, ponendo in primo piano, tra le attribuzioni del capo dell'esecutivo, le attività di direzione e coordinamento.

Già nella legge 400/88 si era registrato un primo tentativo in questa direzione, ma il risultato era stato solo in parte soddisfacente.

Con il d.lgs. 303/99 il ruolo di indirizzo e coordinamento del Presidente del Consiglio e dell'apparato amministrativo della Presidenza viene fortemente valorizzato, portando almeno in parte a compimento un processo iniziato oltre un cinquantennio addietro, con l'art. 95 della Costituzione.

I quadri di riferimento complessivi riguardano: i processi organizzativi fondamentali dell'Amministrazione con i relativi elementi quantitativi: tempi, qualità, risorse; le modifiche normative suggerite dai diversi uffici in relazione alle diverse tipologie operative e ai diversi processi; gli archivi e le relative specifiche funzionali di accesso e di utilizzazione, così come sono stati richiesti dai diversi uffici.

Particolare attenzione è rivolta alle unità organizzative responsabili dell'*input* o destinatarie dell'*output*, agli indicatori di qualità di prodotto e di

(14) C. MANCINO e G. SAVINI, *Le strutture di coordinamento della Presidenza del Consiglio: il dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL) ed il dipartimento per il coordinamento amministrativo (DI.C.A.)*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/riforma/index.htm>.

servizio con i quali gli interessati ritengono di rappresentare il livello delle proprie prestazioni, alla situazione dei diversi uffici dell'Amministrazione con la relativa missione, descrizione funzionale, variazioni delle risorse umane, dell'utilizzazione della professionalità e dei carichi di lavoro.

Il cambiamento organizzativo nella P.A. riguarda anche il nuovo sistema dei controlli, controlli esterni (Corte dei Conti-Uffici Centrali per il Bilancio), controllo interno (strategico, di gestione, valutazione dei dirigenti).

6. — LA LEGGE 241/1990.

È opportuno ricordare che la riforma della pubblica amministrazione è iniziata con la legge n. 241 del 7 agosto 1990, che ha modificato il procedimento amministrativo, fino allora ispirato ancora in parte al principio di autoritarità della decisione amministrativa: si tratta del primo tentativo di semplificare l'attività amministrativa (il capo IV della legge 241 del 1990 si intitola per l'appunto «Semplificazione dell'azione amministrativa»).

La semplificazione assurge a principio cui deve tendere l'attività amministrativa e si pone come corollario dei principi generali di efficacia, economicità sanciti dall'art. 1 della legge 241 del 1990 (15).

Il concetto di semplificazione che scaturisce dalla lettura della suddetta legge appare strettamente collegato con il concetto di tempestività: le pubbliche amministrazioni non possono aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria (art. 1, comma 2). A tale principio sono state previste eccezioni, come nei procedimenti in cui sono coinvolti interessi di forte impatto ambientale.

Un intero capo viene dedicato alla semplificazione dell'azione amministrativa con l'introduzione di strumenti che hanno lo scopo di rendere più celere l'operato della P.A.: conferenza di servizi, accordo tra amministrazioni, denuncia di inizio attività, silenzio assenso, tempi certi per rilascio di pareri.

Non a torto la legge 7 agosto 1990, n. 241 è considerata la pietra angolare della riforma dell'attività amministrativa.

(15) TRAVI A., *Legge 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1995, I; TRAVI A., *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, IV, 168; OCCHIENA M., *Prime riflessioni sugli interessi procedurali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* 1997, 718 ss.; CARINGELLA F., CRISAFULLI A., DE MARZO G., ROMANO F., *Il nuovo volto della pubblica amministrazione tra federalismo e semplificazione*, Napoli, 1997, 272, ss; CORPACI A., *Spunti critici sulla giurisprudenza applicativa della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 199 ss.; PEDACI V., *Alcune notazioni sulla nuova disciplina della conferenza di servizi tra velocizzazione dei processi decisionali e ponderazione degli interessi coinvolti, nella legge n. 340 del 2000*, in *L'amministrazione italiana*, 2001, 833 ss.; D'AGOSTINO F., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2000; FERRARE R., *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 323 ss.; CASSESE S., *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. Trimestrale di diritto Pubblico*, 1998, 698 ss.

Ulteriore momento di verifica si colloca negli anni 1993-1994 (Governo Ciampi e Ministro della funzione pubblica S. Cassese): l'atto più importante è la legge 24 dicembre 1993, n. 537 (di accompagnamento alla legge finanziaria per il 1994), che ha una grande valenza semplificativa, cui abbiamo già fatto cenno (16).

7. — LE LEGGI BASSANINI E LE LEGGI DI SEMPLIFICAZIONE ANNUALI.

Dopo la 241 del 1990, con le leggi 15 marzo 1997, n. 59 e 15 maggio 1997 n. 127, inizia un imponente processo di trasformazione del sistema amministrativo in base al quale la necessità di semplificazione diventa causa e fine delle riforme.

La legge n. 59 del 1997 (prima legge Bassanini) individua direttamente 112 procedimenti amministrativi attraverso i quali deve attuarsi la semplificazione mediante disciplina regolamentare.

È inoltre previsto, all'art. 20, che il Governo, entro il 31 gennaio di ogni anno, presenti al Parlamento un disegno di legge per la delegificazione e la semplificazione di norme concernenti i procedimenti amministrativi.

L'attività di semplificazione continua con la legge 15 maggio 1997, n. 127 (seconda legge Bassanini) e si rivolge alle norme sulla documentazione amministrativa, alla conferenza di servizi, all'eliminazione o semplificazione dell'attività consultiva ecc.

La legge 16 giugno 1998, n. 191 (cd. Bassanini *ter*) apporta modifiche alle leggi 15 marzo 1997, n. 59 e 15 maggio 1997, n. 127.

Con la legge 8 marzo 1999, n. 50 (Bassanini *quater*) viene emanata la prima legge di semplificazione annuale, *che si concentra prevalentemente sulla semplificazione normativa* e individua 57 provvedimenti da semplificare e prevede un programma di riordino delle norme legislative e regolamentari nelle materie espressamente indicate dalla legge di semplificazione e l'emanazione di testi unici.

Nel 2000 viene emanata la seconda legge di semplificazione annuale, la legge 24 novembre 2000, n. 340 (legge di semplificazione per il 1999).

(16) La legge del 7 agosto 1990, n. 241, assegna al procedimento tale ruolo e, in particolare prevede che nelle procedure attivate per la tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini, non sia possibile utilizzare le forme e gli strumenti della semplificazione amministrativa.

Si evince l'importanza di questi aspetti, tali da non poter essere trattati con procedure semplificate, in quanto il pericolo sarebbe quello di non garantire una reale valutazione degli interessi e quindi una decisione il più possibile adeguata alle esigenze e alla realtà concreta. Se la legge del 1990 evidenzia la rilevanza dell'interesse ambientale e della salute durante le valutazioni che l'amministrazione è chiamata a fare, la direttiva del 27 giugno 1985, n. 85/337 ha previsto un procedimento tipico conformato allo scopo di pervenire alla decisione più equilibrata possibile, che prende il nome di Valutazione di Impatto Ambientale (VIA). La VIA, sorta negli Stati Uniti, individua, descrive e valuta conformemente agli articoli da quattro a undici, gli effetti diretti di un progetto sui seguenti fattori: l'uomo, la fauna e la flora, il suolo, l'acqua, l'aria, il clima e il paesaggio; l'interazione tra i suddetti fattori, i beni materiali e il patrimonio culturale.

La VIA è lo strumento che consente di verificare preventivamente l'impatto globale di un'opera o di una certa attività sull'ambiente.

Il programma di semplificazione riguarda anche la legislazione regionale (L.R. Friuli-Venezia Giulia, n. 17 del 28 agosto 2001, L.R. Puglia n. 25 del 4 settembre 2001 ecc.).

In particolare, la legge Bassanini *quater* stabilisce che *i Testi unici predisposti dal Governo*, anche sulla base degli indirizzi indicati dal Parlamento, *devono riordinare e semplificare i settori normativi disciplinati attraverso la delegificazione* delle norme concernenti aspetti organizzativi e procedurali, l'esplicita indicazione delle norme vigenti e di quelle abrogate, la previsione di tutte le modifiche di coordinamento formale necessarie (cfr. la recente legge 5 giugno 2003, n. 131).

8. — IL TESTO UNICO.

Il testo unico in generale è considerato uno strumento della semplificazione normativa in quanto in grado di formalizzare in una fonte normativa primaria il «complesso processo di sintesi politico-normativo tra Governo e Parlamento nella fase dell'istruttoria legislativa» (17).

Ad esempio, il Testo Unico introdotto con il d.P.R. 8 giugno 2001, n. 237, il quale obbedisce a questa ottica, prevede una organica riforma della materia relativa all'espropriazione (18).

L'articolato si caratterizza, infatti, come continuazione ideale delle innovazioni introdotte nel procedimento e nel processo amministrativo, nonché delle pronunce emesse a livello internazionale, anche nell'ottica dell'evoluzione della disciplina della funzione statale di indirizzo e coordinamento.

È fondamentale, infatti, che il procedimento espropriativo sia coordinato con la normativa della programmazione, del finanziamento e della realizzazione delle opere pubbliche (art. 14 legge n. 109 del 1994 e successive modificazioni, che mira a razionalizzare le spese e evitare l'episodicità delle scelte).

Il testo unico sull'espropriazione, ad esempio, ha la caratteristica di essere misto, in quanto risulta composto da leggi e regolamenti, e questo proprio al fine di perseguire lo scopo di rendere intelleggibile l'ordinamento attraverso un riordino per settori che consenta anche un'ampia delegificazione.

(17) F. PETRICONE, *cit.*, 672.

(18) G. MONTEDORO, in *L'occupazione appropriativa dopo il D.Lgs 8 giugno 2001 n. 327*, in *Urb. e appalti*, n. 11/2001, 1179. Sul modello originario dell'istituto espropriativo disciplinato dalla legge 25 giugno 1865, n. 2359 v. D. SORACE, voce *espropriazione per pubblica utilità*, in *Nov. Dig. disc. pubbl.*, UTET, 186 ss. Cfr. anche per la nozione di espropriazione... D. SORACE, voce *Espropriazione*...189: «La locuzione "espropriazione per pubblica utilità" è tradizionalmente e - ormai si deve dire - convenzionalmente usata nel diritto amministrativo per indicare un istituto complesso identificato da uno specifico procedimento amministrativo, da atti di amministrazioni pubbliche e di soggetti privati aventi determinati effetti giuridici, da un insieme di posizioni di diritto e di obbligo, di interesse legittimo e, di potere previsti e disciplinati originariamente da una delle leggi di unificazione amministrativa emanata negli anni sessanta del secolo scorso: la legge 25 giugno 1865, n. 2359».

L'art. 7 della legge Bassanini *quater* stabilisce che i Testi unici predisposti dal Governo, anche sulla base degli indirizzi indicati dal Parlamento, devono riordinare e semplificare i settori normativi disciplinati attraverso la delegificazione delle norme concernenti aspetti organizzativi e procedurali, l'esplicita indicazione delle norme vigenti e di quelle abrogate, la previsione di tutte le modifiche di coordinamento formale necessarie.

Non si tratta, pertanto, di testi unici meramente ricognitori della materia, ma di testi unici che, oltre che al carattere misto, legislativo e regolamentare, come appena detto, sono anche innovativi dell'ordinamento giuridico.

Quest'ultima è, peraltro, la struttura che è dato riscontrare nelle recente produzione di testi unici (19).

D'altronde, fino all'emanazione della legge 15 marzo 1997, n. 59 i testi unici sono stati emanati senza un programma preciso.

La scelta dello strumento del testo unico, giustificata dall'idoneità di quest'ultimo di coniugare efficacemente l'esigenza della semplificazione delle procedure con quella del riordino del *sistema* normativo (20), non è una novità nel nostro ordinamento.

La legge delega 18 marzo 1968, n. 249, modificata con legge 28 ottobre 1970, n. 775, in base alla quale è stato emanato il d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, aveva delegato il Governo non solo a raccogliere in testi unici le disposizioni in vigore concernenti le singole materie, ma anche il riassetto del trattamento economico dei dipendenti statali in attività di servizio ed in quiescenza ed a stabilire il trattamento economico degli stessi con riguardo alle funzioni da questi esercitate.

Il legislatore delegato (d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748), nel conferire un nuovo *status*, si è attenuto ai limiti del potere delegatogli di modificare il relativo trattamento economico, comprensivo di quello previdenziale ed assistenziale, abrogando le norme in contrasto (legge 25 luglio 1971, n. 557) con la nuova disciplina della materia (21).

Si tratta, infatti, di una tecnica legislativa molto seguita anche nel passato (testo unico approvato con il r.d. n. 383 del 1934 in materia di esproprio; testo unico degli Enti locali approvato col regio decreto 3 marzo 1934, n. 383, il cui art. 5 disciplina, per la prima volta, l'istituto del silenzio su ricorso gerarchico; testo unico n. 1092 del 1973 in materia pensionistica, testo unico delle disposizioni sulle acque e sugli impianti elettrici, approvato con r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, in parte abrogato dal n. 59 dell'art. 58).

Di recente si segnala, il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali art. 123 comma 3, d.lg. 18 agosto 2000, n. 267, il testo unico delle

(19) Cfr. ad esempio il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali ed ambientali, contenuto nell'art. 151 d.lg. 29 ottobre 1999, n. 490.

(20) Nota 30 giugno 2000 del Ministero per la Funzione Pubblica richiamata dal parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato del 29 marzo 2001 (Prot. Norm. n.124/2000).

(21) Cfr. sul punto Cons. di Stato, Sez. VI, 11 maggio 1982, n. 259, in *Cons. Stato*, 1982, I, 697.

disposizioni legislative in materia di beni culturali ed ambientali (art. 151 d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490); nonché il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (d.P.R. 380 del 2001).

Tali interventi normativi si pongono, dunque, in armonia con l'art. 7 comma 2 della legge 8 marzo 1999, n. 50, come modificato dall'art. 22 comma 6 lett. *e* della legge 24 novembre 2000, n. 340 secondo cui «ciascun testo unico, aggiornato in base alle leggi di semplificazione annuali, comprende le disposizioni contenute in un decreto legislativo e in un regolamento che il governo emana ai sensi dell'art. 14 e dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400».

9. — CARATTERISTICA DEI RECENTI TESTI UNICI: TESTO UNICO COME TESTO NORMATIVO DIFFERENZIATO E COME FONTE DEL DIRITTO.

Il Testo Unico può creare regole nuove. Come si è prima precisato, l'impianto del testo unico dell'espropriazione è costituito da un corpo di norme raggruppanti le disposizioni legislative e regolamentari della materia, con la previsione dell'abrogazione delle previgenti norme, così come previsto dall'art. 7 comma 2 della legge 8 marzo 1999, n. 50, modificato dall'art. 1, comma 6 lett. *e* della legge 2000, n. 340.

In realtà, dal punto di vista strutturale, il testo unico sull'esproprio riflette la particolare tecnica di redazione dei più recenti testi unici, proprio perché caratterizzato da un unico testo riassuntivo (testo A), in cui confluiscono disposizioni sia legislative sia regolamentari, che si compone di due atti normativi: un d.lgs. (testo B) relativo alle disposizioni legislative, contrassegnate dalla lettera L, e da un d.P.R. (testo C), relativo alle sole disposizioni regolamentari, contraddistinte dalla lettera R.

Fino ad ora solo tre testi unici, compreso quello sull'espropriazione, sono stati redatti in base a questa struttura: il d.lgs. n. 443 e i d.P.R. nn. 444 e 445 del 28 dicembre 2000 (recanti il t.u. delle disposizioni in materia di documentazione amministrativa) e il d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (testo unico in materia di edilizia) (22).

Tale esigenza è sottolineata anche dalla relazione del Consiglio di Stato (23).

(22) Cfr. al riguardo, V. CARBONE, *Il nuovo testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari sull'edilizia*, in *Corr. Giur.*, 2002, 7; V. CARBONE, *Il nuovo testo unico in materia di espropriazione: scompare l'occupazione appropriativa*, in *Corr. Giur.*, 2001, 1265; V. CARBONE, *La delegificazione nel nuovo regolamento sui lavori pubblici*, in *Corr. Giur.*, 2000, 845; V. Carbone, *Il testo unico sull'edilizia «rivisitato» dal d.lgs. 27 dicembre 2002 n. 301*, in *Corr. Giur.*, 2003, 690.

(23) Il Testo Unico sull'espropriazione presenta una novità assoluta nel nostro ordinamento giuridico: è stato predisposto e redatto dal Consiglio di Stato.

Ciò in attuazione della direttiva di cui alla legge 8 marzo 1999, n. 50.

L'art. 7, comma 5 prevede, infatti, la possibilità che il governo dimandi la redazione degli schemi di testi unici (ai sensi dell'art. 14, 2 comma, del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054), al Consiglio di Stato, a causa della complessità e tecnicità della materia.

Quest'ultimo ha la facoltà, peraltro, di avvalersi di esperti in discipline non giuridiche, in

La natura giuridica dei testi unici riguarda prevalentemente la problematica dell'inquadramento del testo unico nell'ambito delle fonti del diritto. Generalmente si è sempre ritenuto che non costituiscono fonte normativa a sé stante.

La fonte delle norme del testo unico ed il grado che verranno ad assumere è quello del provvedimento (legge, decreto, regolamento) che approva il t.u. Si distingue, in realtà, tra testi unici ricognitivi e testi unici fonte.

Vi sono testi unici privati che non hanno alcuna ufficialità e che mancano di forza innovatrice dell'ordinamento giuridico, ma sono utili, specie nelle fasi storiche caratterizzate dalla frammentazione legislativa: di compilazioni private è stato pieno il medioevo e sembra che la post modernità conosca esigenze analoghe.

I testi unici ufficiali, invece, scaturiscono dalla difficoltà del legislatore che, non riuscendo ad organizzare una codificazione, si limita ad una paziente opera di riordino.

Ma il riordino può avere valenze diverse: e così i testi unici si dividono in compilativi o ricognitivi, ossia a diritto invariato⁽²⁴⁾ od innovativi, che determinano una rinnovazione delle fonti su cui incidono, indipendentemente dalla volontà di modificarle.

È questo il motivo per cui l'autorità che li adotta deve essere dotata di una potestà normativa nelle materie racchiuse nel t.u. o deve essere autorizzata o delegata all'uso. Con la creazione del t.u. fonte, le norme in esso contenute vengono sostituite, anche se non necessariamente modificate⁽²⁵⁾.

Esistono altresì testi unici autorizzati e testi unici delegati: dei primi è controverso il carattere di fonte.

numero non superiore a cinque, scelti anche tra quelli di cui al comma 1 dell'art. 3 della presente legge.

E' proprio nell'ambito dell'ottica di riordino della legislazione vigente avviata con la riforma Bassanini, che il Consiglio dei Ministri, delegato ad adottare dei testi unici di semplificazione (sul modello delle *compilationes* giustinianee), ha demandato la redazione del T.U. ad un organo altamente specializzato.

L'articolato, che è stato, dunque, predisposto direttamente dal Consiglio di Stato, riguarda solo ed esclusivamente la materia espropriativa, in quanto il Governo (Consiglio dei Ministri) si è avvalso dell'art. 7, comma 5 solo in relazione a quest'ultima.

Resta, conseguentemente, esclusa la normale attività consultiva del Consiglio di Stato stesso, prevista in via generale dall'art. 16, comma 1, n. 3, del r.d. n. 1054 del 1924, nonché dall'art. 17, comma 25, della legge n. 127 del 1997, e dal comma 4 dello stesso art. 7 della legge n. 50 del 1999. Semmai, il suddetto parere è richiesto solo in caso di modifiche apportate in sede di approvazione. Il Consiglio di Stato ha provveduto a redigere anche la prescritta relazione esplicativa, la quale funge da chiave di lettura del testo unico stesso, nonostante che in sede governativa siano state poste in essere modifiche marginali, senza l'acquisizione dell'ulteriore attività consultiva del medesimo Consiglio.

(24) Sono testi unici compilativi quelli in materia di autonomie locali, documentazione amministrativa, di beni ambientali e culturali, di edilizia privata.

(25) R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, 50.

I Testi unici hanno spesso contenuto misto ed ad efficacia variabile: contengono norme legislative e regolamentari, che conservano la loro diversa efficacia formale. I testi unici, compilativi o innovativi, producono un effetto di consolidamento e possono definirsi quali opere di *codification formelle* o *à droit constant*.

La Corte costituzionale, ribadendo la distinzione tra testi unici di mera compilazione e testi unici di emanazione del potere legislativo, sostiene che nel primo caso la forza di legge delle singole norme derivi sempre dalla legge ordinaria dalla quale esse sono state tratte (26).

La disposizione di decreto delegato riproduttiva di previgente disposizione pone una norma nuova; un testo unico, emanato in forza di delega, è testo legislativo e ha efficacia abrogante (27).

La particolarità dei testi unici, dunque, rispetto alle altre tipologie di leggi consiste proprio nel fatto che essi si sostanziano in atti di consolidamento del diritto in un settore dell'ordinamento (28).

La finalità precipua dei testi unici della Bassanini-*quater* è quella di rendere leggibile l'ordinamento attraverso un riordino per settori che consente anche un'ampia delegificazione.

Si tratta, dunque, di testi unici ufficiali, innovativi, nei limiti delle esigenze di coordinamento e semplificazione e quindi destinati a regolare, prevalentemente, gli aspetti procedurali piuttosto che quelli sostanziali.

La stessa Adunanza generale del Consiglio di Stato ha precisato che l'art. 7 comma 2 della legge n. 50/1999 ha previsto la redazione di un testo unico «innovativo», come si desume dai principi e criteri direttivi da esso fissati, dalla previsione di un termine finale per la sua emanazione, dalla predisposizione di una procedura articolata di consultazione e raccordo fra Governo e Parlamento.

Proprio questo raccordo dimostra che sarebbe stato superfluo in relazione ad un testo unico meramente compilativo.

Il tasso di innovatività consentito, precisa l'adunanza generale, è maggiore per gli aspetti procedurali ed organizzativi della materia, mentre, relativamente agli aspetti sostanziali il testo unico può operare la selezione e la riorganizzazione del vigente quadro normativo (29).

Il coordinamento delle disposizioni può consentire un più incisivo intervento sul contenuto sostanziale delle disposizioni preesistenti quando si

(26) Corte cost., 17 aprile 1957, n. 54, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 161; Corte cost., 10 giugno 1982, n. 110, in *Rass. Avv. Stato*, 1982, I, 481. V. inoltre Corte cost., nn. , 24/1961, 32/1962, 57/1964, riportate da M. MALO, voce *Testo unico*, in *Dig. disc. pubbl.*, UTET, 307.

(27) Corte cost., 17 aprile 1957, n. 54, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 161; Corte cost., 10 giugno 1982, n. 110, in *Rass. Avv. Stato*, 1982, I, 481. V. inoltre Corte cost., nn. , 24/1961, 32/1962, 57/1964, riportate da , M. MALO, voce *Testo unico*, in *Dig. disc. pubbl.*, UTET, 307.

(28) A. SATURNO, *Oggetto ed ambito di applicazione del testo unico*, in *L'espropriazione per pubblica utilità*, Cedam, 2.

(29) G. MONTEDORO, in *L'occupazione appropriativa dopo il D.Lgs 8 giugno 2001 n. 327*, in *Urb. e appalti*, n. 11/2001, 1172.

tratta di assicurare la coerenza dell'ordinamento nel suo complesso, ma anche in sintonia con l'evolversi dei principi generali, con la cultura giuridica, con il diritto vivente creato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Il limite di coordinamento si rinviene proprio nello stesso diritto vivente, che va considerato, modificato, innovato, ma non stravolto (30).

10. — IL NUOVO MODELLO DELLA SEMPLIFICAZIONE: DALLA DELEGIFICAZIONE ALLA CODIFICAZIONE. L'ESEMPIO DEL T.U. DELL'ESPROPRIAZIONE.

Il testo unico per le espropriazioni, così come gli altri due che si sono menzionati, si configura come un vero e proprio codice. Infatti, per le rilevanti novità che introduce si presenta come un testo innovativo, di modifica del diritto vigente: con esso il legislatore ha posto in essere una vera e propria attività di codificazione, e non di semplice raccolta normativa (31).

La codificazione della normativa primaria è stata prevista dal legislatore più recente (interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione-legge di semplificazione 2001 che ha riscritto l'art. 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59), in quanto permette un intervento innovativo sulle varie materie, assai più incisivo di quello previsto dal comma 11 dell'art. 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59 (testo attuale) e dall'art. 7 della legge 8 marzo 1999, n. 50.

Il testo unico ha in parte innovato la materia, per quanto riguarda i profili organizzatori e procedurali, per i quali, peraltro, era prevista la delegificazione.

Ha inoltre, per la gran parte, coordinato la congerie di norme preesistenti e stratificatesi in più di un secolo di legislazione, chiarendo dubbi interpretativi, dando veste normativa ai principi elaborati dalla giurisprudenza e dalla Corte costituzionale, definendo abrogazioni tacite ed ambito di applicazione di norme residue (32).

(30) Sul *drafting*, il principio di ragionevolezza ed i limiti del coordinamento legislativo nella redazione dei testi unici, anche con riferimento all'esigenza di chiarezza delle leggi nei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, cfr. V. CAIANIELLO, *Il drafting delle leggi nella giurisprudenza*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2001, fasc. 132-133, 7 ss. Cfr. anche R. DICKMANN, *Le nuove regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2001, fasc. 3, 723 e T. E. FROSINI, *Il drafting legislativo in Italia e altrove*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2001, fasc. 132-133, anche con riferimento al modello del Codice napoleonico e alla tecnica della legislazione in Gran Bretagna dall'Ottocento al Novecento.

(31) A. SATURNO, *Oggetto ed ambito di applicazione del testo unico*, in *L'espropriazione per pubblica utilità*, Cedam, 2.

(32) G. ALBENZIO, *Il Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità. Presentazione*, in *Rass. Adv. Stato*, 2002, I, 94. «Che ci sia oggi un guazzabuglio continuo nell'applicazione della legge lo sappiamo, anzi credo che nessuno lo sappia meglio dell'Avvocatura dello Stato che conosce gli infiniti casi che l'applicazione di certe leggi ha provocato per una cattiva prassi», ALBERTO PREDIERI, *L'Avvocatura dello Stato nel contenzioso sulla difesa dell'ambiente*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale degli Avvocati e Procura-*

Il testo unico nella prima parte affronta la tematica da un punto di vista generale, per poi passare ad analizzare le norme specifiche, evidenziando gli aspetti di maggiore novità rispetto alla disciplina normativa vigente. Una delle novità più rilevanti riguarda l'abolizione dell'istituto dell'occupazione appropriativa, nonché il fatto che la competenza venga affidata interamente all'ente pubblico che realizza l'opera, senza più la necessità dell'intervento del tribunale o delle autorità prefettizie.

La particolarità del testo unico riguarda il fatto che esso non riproduce il contenuto di tutte le norme succedutesi dal 1865 in poi: manca, infatti, la cosiddetta «tavola delle corrispondenze» presente in tutti gli altri testi unici.

Il testo unico attua, infatti, una *tabula rasa* delle disposizioni previgenti, e rappresenta, anche per questo un vero e proprio «codice dell'espropriazione» (33). Tuttavia, anche il concetto di *tabula rasa* deve essere letto ed interpretato nel senso che, in una materia di così delicata compresenza di interessi pubblici e privati, l'intervento del legislatore non può mai essere risolutivo: i futuri interventi di dottrina e giurisprudenza apporteranno l'insostituibile contributo con l'ausilio del materiale già elaborato a partire dal 1983 e dai fondamentali interventi giurisprudenziali (34).

tori dello Stato, L'Avvocatura dello Stato verso il 2000 nel solco della tradizione, Firenze, 2-4 giugno 1989, 132. Cfr. anche G. FREDDI, *Scienza dell'Amministrazione e politiche pubbliche*, a cura di G. Freddi, 27.

(33) F. CASO, *La nuova disciplina delle espropriazioni per pubblica utilità*, in <http://www.sspa-lit/HTML/sezioni/grassi/caso2.htm>. Ai sensi del comma 3 dell'art. 1, le norme del testo unico non possono essere derogate, modificate o abrogate se non per dichiarazione espressa, con riferimento specifico a singole disposizioni.

La disposizione riproduce il contenuto dell'art. 7, comma 6, della legge 50/99, in base al quale «le disposizioni dei testi unici non possono essere abrogate, derogate, sospese o comunque modificate se non in modo esplicito, mediante l'indicazione delle fonti da abrogare, derogare, sospendere o modificare».

In tale espressione è stata riconosciuta una particolare forza di resistenza dei testi unici stessi.

In realtà, essa non può essere considerata previsione rafforzativa dell'efficacia delle norme del testo unico, come cioè una effettiva limitazione al legislatore successivo, ma solo ed esclusivamente un meccanismo volto a evitare modificazioni o abrogazioni tacite, imponendo al legislatore piena consapevolezza nell'abrogare o modificare le norme del testo unico. La disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 1 riprende le direttive e i criteri generali stabiliti in materia di semplificazione.

Il punto 3, l. m della circolare del 20 aprile 2001 del Presidente del Senato sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi prevede che la modifica a norme di testi unici «misti» previsti dall'articolo 7 della legge n. 50 del 1999 è fatta unicamente al decreto del Presidente della Repubblica (cosiddetto testo A) contenente sia le disposizioni legislative sia quelle regolamentari. In caso di sostituzione o aggiunta di articoli o commi è necessario precisare, apponendo la lettera L o R, il rango della disposizione oggetto di modifica.

(34) G. MONTEDORO, in *L'occupazione appropriativa cit.*, 1171. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la sottrazione del possesso consentita dall'istituto dell'accessione invertita creato dalla Cassazione, non è conforme ai principi della Convenzione Europea in quanto contrastante con il principio della legalità, considerato che il diritto di proprietà ossia il diritto di godere pacificamente dei propri beni (*peaceful enjoyment of his possession*) è un principio generale. La Corte

L'articolato è stato redatto seguendo la distinzione tra norme procedurali e disposizioni sostanziali e fa propri gli assunti e i principi raggiunti dalla legislazione e dalla giurisprudenza.

I suddetti principi, d'altronde, costituiscono il precipitato logico giuridico dei punti fermi di carattere generale già consolidatisi nel corso del tempo ancor prima della redazione del testo unico, come già si era verificato con la legge 205 del 2000.

I lavori del testo unico sono stati, peraltro, fortemente influenzati dalla sentenza 30 maggio 2000 della Sezione II della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che ha dichiarato che l'occupazione appropriativa si pone in contrasto con l'art. 1 del protocollo n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (35).

L'art. 43 del testo unico, infatti, è finalizzato ad eliminare la figura dell'occupazione appropriativa, o accessione invertita o espropriazione sostanziale, nonché quella della occupazione usurpativa, alla quale per la più recente giurisprudenza non si applicano le disposizioni vigenti dell'art. 5-bis della legge n. 359/1992 sulla riduzione del *quantum* dovuta a titolo di risarcimento dei danni.

È, dunque, evidente che i tempi erano maturi per questa riforma (36) e dopo un'epoca incentrata in massima parte sulla decodificazione, era tempo di ritornare alle discipline codificate, che esprimono principi e che assumono una portata decisamente generale, a differenza di quelle speciali che svuotano, invece, di contenuto la disciplina codificata.

È, infatti, innegabile, che il problema della riforma investa, oggi, prevalentemente le leggi speciali che specificano o regolano nelle sue parti la materia, o meglio gli interventi di carattere parziale che hanno operato su un tes-

richiede infatti che la sottrazione della proprietà debba essere attuata nel pubblico interesse, con un equo bilanciamento tra interessi generali ed individuali: la disposizione nazionale deve essere accessibile, precisa, chiara e rispettosa del diritto dominicale del cittadino.

(35) Sentenza 30 maggio 2000 della Sezione II della Corte Europea dei diritti dell'uomo, ric. 31524/96, in www.lexlab.it/giurisprudenza/cedubelvedere.htm.

(36) V. DI CIULO, *Il riordino e il consolidamento della legislazione italiana nella XIII legislatura. Note preliminari, in studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2001, fasc. 134, 39; A. RUGGERI, *Linee emergenti e prospettive di razionalizzazione in tema di norme sulla normazione*, in *Rassegna parlamentare*, 2000, fasc. 2, 379; F. GUIZZI, *Scipione Maffei e Gian Vincenzo Gravina: un monito per una ordinata legislazione*, in *Riv. dir. pubblico*, 2000, fasc. 3, 341, che analizza la fuga dal codice ma anche la fuga dall'«ordinamento ordinante» a causa del moltiplicarsi delle fonti normative; F. PATRONI GRIFFI, *La fabbrica delle leggi e la qualità della normazione in Italia*, in *Diritto amministrativo*, 2000, fasc. 3, 97, in merito alla riforma della regolazione nell'Unione europea e nei paesi aderenti all'OCSE; M. RUOTOLO, *La progettazione legislativa. Un'esigenza di rilievo costituzionale?*, in *Giur. it.*, 2000, fasc. 12, 2440; E. MIDENA, *Analisi di impatto della regolamentazione e analisi tecnico-normativa*, in *Giornale di dir. amm.*, 2001, fasc.3, 88.

«Le grandi riforme si debbono preparare quando i tempi sono maturi - Gli uomini di governo non debbono essere dei precursori, debbono essere uomini che capiscono il tempo nel quale vivono, che sentono le condizioni del paese e che le secondano efficacemente», L. SALVATORELLI, *Giolitti*, Milano, ed. Risorgimento, 1920, 80.

suto sociale che non è certo il medesimo nel corso di questi centotrenta anni (37). La legge fondamentale dell'espropriazione, nonostante l'apparente formulazione perentoria («L'espropriazione dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili per l'esecuzione di opere di pubblica utilità non può aver luogo che con l'osservanza delle forme stabilite dalla presente legge»), ha subito numerosissime deroghe introdotte da leggi speciali relative a categorie più o meno vaste di opere e di interventi.

Ormai era applicata solo in ipotesi marginali, pur non potendosi considerarla abrogata e conservando anzi pieno e attuale interesse sotto molteplici aspetti, tra cui, non di poco conto, la ricostruzione dei principi generali della materia.

Tra le principali deroghe apportate è da segnalarsi l'esigenza di semplificazione della fase relativa alla dichiarazione di pubblica utilità ed alla scelta delle aree da espropriare, anche mediante l'attribuzione del valore di dichiarazione di pubblica utilità all'approvazione di progetti o piani di cui già negli anni venti si sentiva l'esigenza, attuata con r.d. 8 febbraio 1923, n. 422, per le opere statali in genere. Ed ancora, la legge 22 ottobre 1971, n. 865 per l'edilizia residenziale pubblica, le opere di urbanizzazione, per il risanamento, anche conservativo degli agglomerati urbani, per i parchi nazionali e altro; la legge 3 gennaio 1978, n. 1, per la generalità delle opere pubbliche statali, regionali e degli enti locali e tante altre leggi speciali ancora.

È interessante notare come da una legge fondamentale in materia di esproprio si sia arrivati, dopo una produzione normativa alluvionale e specialistica durata più di un secolo, alla redazione di un testo unico che, per certi aspetti, ripropone le medesime istanze di sistematizzazione e di riordino della materia.

Lo stesso destino è toccato al codice civile del 1865 e a quello attualmente in vigore, laddove relativamente al metodo riformistico sono stati scritti fiumi d'inchiostro: la diatriba «riforma totale-riforma parziale» è sorta con la codificazione stessa e continua nei tempi moderni (38).

(37) «Al giurista non è concessa la consolazione della nostalgia, né la serena tristezza di chi scruta il tramonto: egli ha l'ineludibile dovere di capire, e di ricomporre, tra le rovine del passato ed i labili o incerti segni del futuro, la logica del proprio tempo», N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1986, 87ss.

(38) Neppure al codice civile può più riconoscersi, come nel secolo precedente, il valore di diritto generale, di sede dei principi universali: ha perduto il carattere di centralità nel sistema delle fonti, non è più sede di garanzie dell'individuo ormai assunte e svolte dalla Costituzione, non è più sede di principi generali, ormai espressi, per singole categorie di beni o classi di soggetti dalle leggi esterne. Assistiamo ad una quotidiana e penetrante conquista di territori da parte di leggi speciali, ma con una importante inversione di tendenza, anche qui, negli ultimi anni: alcune recenti e importanti riforme, anche al fine di adeguamento al diritto internazionale ed europeo, sono state attuate direttamente nell'impianto codicistico (basti pensare alla riforma del settore dei contratti del consumatore, che ha introdotto nel corpo del codice civile gli articoli 1469 *bis* ss).

Lo stesso accade nel campo delle riforme di diritto amministrativo, non da ultimo quelle in materia di esproprio.

Cfr. in ordine al problema della riforma del codice civile nel primo quindicennio del secolo,

La lenta e progressiva legislazione speciale ha gradualmente sottratto intere materie o gruppi di rapporti, alla disciplina generale, costituendo microsistemi di norme, con proprie e autonome logiche. Le leggi speciali svuotano, infatti, di contenuto la disciplina codificata ed esprimono principi che assumono una portata decisamente generale.

Si era, infatti, giunti al paradosso che il problema della riforma del settore relativo all'esproprio investiva non solo la legge fondamentale originaria, bensì anche e soprattutto le leggi speciali che la specificavano o la completavano: si è trattato, peraltro, di riforme di carattere parziale che hanno operato su un tessuto normativo che non è più lo stesso di quello del secolo scorso.

Siamo ora passati da una tecnica di riforma legislativa incentrata su modifiche di carattere parziale o su aggiunte e svolgimenti sviluppati dalle leggi speciali, all'esigenza di una visione normativa unitaria esemplificata. D'altronde, l'immagine della specialità non offre una completa e rigorosa rappresentazione dell'esperienza legislativa del nostro tempo.

La relazione tra diritto generale e diritto speciale nasce proprio dal raffronto tra due norme giuridiche, che hanno l'elemento di fatto in comune, in quanto la norma più ampia comprende nel suo contenuto l'elemento di fatto della meno ampia, e questa vi aggiunge soltanto un momento proprio.

Da tempo risalente la dottrina (39) considera le leggi speciali come uno sviluppo della disciplina codificata, che conserverebbe natura e funzione di diritto generale. Sarebbe perciò ammissibile l'*analogia legis* nei confronti della legge speciale, ma necessario, per l'*analogia juris*, il ricorso al testo generale, in quanto i principi generali e l'interpretazione che contribuiscono a colmare le lacune della legge, dovrebbero sempre attingersi da questo.

«Il mondo della sicurezza è il mondo dei codici, in quanto il diritto si risolve nelle leggi dello Stato e le leggi dello Stato si chiudono nelle strutture fisse e durevoli dei codici che traducono, in ordinate sequenze di articoli, i valori correnti. È comprensibile, quindi, cogliere il significato costituzionale dei codici, in quanto essi non si limitano a disciplinare semplici congegni tecnici più o meno perfetti e completi, ma fissano la filosofia del momento» (40).

N. STOLFI, *Il nuovo codice civile commentato*, vol. I, Napoli, Jovene, 1914, VII; R. Università degli studi di Messina, *Sul progetto di riforma del primo libro del codice civile*, Messina, La Sicilia, 1932, 3; V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. com.*, 1904, I, 520; F. SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1968; M. ROBERTI, *I tentativi per una codificazione italiana nel periodo napoleonico (1796-1810)*, in *Jus*, vol. III, Milano, ed Vita e Pensiero, 1943, 197 ss.

(39) F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1921, 83.

(40) F. SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1968, 1033., A. MANZELLA, *Dopo Nizza: la Carta dei diritti «proclamata»*, in *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'unione europea*, a cura di L. S. Rossi, Giuffrè, 2002, 241; G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Giuffrè, 95; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Giuffrè, 2002, 381 ss.; A. SIROTTI GAUDENZI, *I ricorsi alla corte dei diritti dell'uomo*, Maggioli, 2001, 36 ss.

È in questo senso che evolve la legislazione attuale: l'art. 1 del disegno di legge A.C. 2579 relativo alla legge di semplificazione 2001 (Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione, legge di semplificazione), riscrive completamente l'art. 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59.

Il disegno di legge modifica sostanzialmente la logica della semplificazione, atteso che passa dalla semplificazione delle procedure attraverso la delegificazione alla semplificazione attraverso il riassetto normativo e la codificazione.

11. — LA SEMPLIFICAZIONE DEL LINGUAGGIO AMMINISTRATIVO E LA RIFORMA DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA.

La legge 7 agosto 1990, n. 241 annovera fra i suoi principi ispiratori la pubblicità o conoscibilità dell'azione amministrativa ed il diritto di accesso, entrambi di grande rilievo per la qualità dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e cittadini.

Importante si configura la valutazione e l'impatto dell'introduzione di norme comunitarie sull'ordinamento interno: è la stessa adesione all'unione europea che impone tale adeguamento. L'Unione europea e l'OCSE sanciscono l'importanza del controllo della qualità e dunque della quantità, delle leggi comunitarie e nazionali per migliorare il sistema normativo (41).

«Non si tratta di assecondare un'esigenza formalistica, ma di rivalutare un'istanza sostanziale. Dal sistema economico, dalle imprese che pungolano i legislatori di tutti i paesi europei per uno snellimento e una semplificazione delle procedure amministrative, arriva direttamente l'affermazione di questi principi».

In particolare si evidenzia la necessità di sottoporre a valutazione ogni nuova norma, singolarmente, *compliance-cost assessment*, e cumulativamente, *regulatory budget*, in modo da non imporre oneri inutili sia singolarmente, sia in combinazione con norme precedenti.

Il testo unico in generale, non si limita a valutare l'impatto delle nuove norme, ma prende in considerazione anche l'impatto regolatorio di quelle esistenti (42), introducendo le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica nonché la semplificazione della terminologia, come specifica lo stesso parere del Consiglio di Stato relativo al testo unico dell'espropriazione. È stato questo lo schema che è stato seguito nella redazione del testo unico.

(41) F. PETRICONE, *Recentissime dal Parlamento*, in *Giur. it.*, 1999, 171; F. PETRICONE, *Le leggi di semplificazione della riforma amministrativa*, in *Giur. it.*, n. 3, 2000, 673.

(42) Cfr. *L'Italia da semplificare*: I. *Le istituzioni*, a cura di S. CASSESE e G. GALLI, Bologna, 1998, *L'Italia da semplificare*: II. *Le regole e le procedure*, a cura di G. de Caprariis e G. Vesperini, Bologna, 1998, e *L'Italia da semplificare*: III. *Procedimenti amministrativi di interesse delle imprese*, a cura di M. G. Coronas e P. De Luca, Bologna, 1998. Sul rapporto tra testo unico e legge delega cfr. Corte cost. 4 marzo 1999, n. 49, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1248 e in *Giur. cost.*, 1999, 647, in *Danno e responsabilità*, 1999, 407, in *Riv. it.dir. pubb. Com.*, 1999, 909 e in *Banca, borsa e titoli cred.*, 1999, II, 633.

Dopo più di un secolo di normativa in tema di espropriazioni, infatti, la materia è ora riordinata in un provvedimento che conta 59 articoli.

L'obiettivo principale è stato quello di semplificare la procedura di esproprio creando un sistema applicabile in ogni caso, ristrutturando in modo organico le norme succedutesi nel tempo e garantendo efficienza, efficacia e legalità a questo particolare settore.

Importante, dunque, si pone l'esegesi delle norme, l'analisi nei dettagli dei contenuti della nuova legislazione, la critica approfondita, al fine di identificare le tecniche più idonee per realizzare le finalità del d.P.R. 327/2001: proprio perché solo in un mondo ideale, con strutture pubbliche perfette, si potrebbe pensare ad una corrispondenza automatica tra *input* normativo ed impatto finale capace di risolvere il problema di partenza affrontato dal legislatore.

Questo anche in quanto inevitabili si pongono, già a partire da una comprensione del testo, i condizionamenti dell'interprete scaturenti dalla propria cultura in materia e dalle esperienze personali (43).

Al fine di chiarire e rendere meglio intelligibile un'atto legislativo, la circolare del 20 aprile 2001 del Presidente del Senato sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi (44) prevede che, qualora l'atto legislativo contenga una disciplina organica di una determinata materia, l'ordine delle disposizioni contenute nell'atto osservi la seguente sequenza: a) *parte introduttiva, contenente disposizioni generali...*; b) *parte principale, contenente disposizioni sostanziali e procedurali relative alla materia disciplinata...*; c) *parte finale, contenete disposizioni di coordinamento normativo (volte a chiarire anche l'ambito di applicazioni delle nuove disposizioni relativamente ad altre già vigenti); disposizioni abrogative; disposizioni transitorie; d) disposizioni sull'entrata in vigore dell'atto e sulla decorrenza (o scadenza) di efficacia di singole disposizioni.*

Occorre distinguere le finalità dagli elementi delle fattispecie da disciplinare.

È opportuno non inserire in ogni disposizione le finalità, raggruppandole nella parte introduttiva.

Naturalmente in ogni testo esiste un livello non dichiarato e magari non consapevole, che condiziona il testo senza trasparire mai del tutto.

L'art. 3, comma primo della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) stabilisce che «Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui all'art. 1, uno o più decreti legislativi al fine di raccogliere in testi unici meramente

(43) «E mi è capitata una cosa strana ma vera, e cioè di giungere non tanto alla comprensione e alla conoscenza dei fatti attraverso le parole, bensì piuttosto ad intendere le parole attraverso la familiarità che in un modo o nell'altro già avevo coi fatti», PLUTARCO, *Vite parallele, II, Demostene e Cicerone*, Mondadori, Milano, 582.

(44) Pubblicata in G. BACCIARDI, *Politiche e strumenti della semplificazione*, Prime note, Livorno, 2002, 79.

compilativi le disposizioni legislative residue, per ambiti omogenei nelle materie di legislazione concorrente, apportandovi le sole modifiche, di carattere esclusivamente formale, necessarie ad assicurare il coordinamento nonché la coerenza terminologica.

SERVIZI INFORMATICI E STATISTICI

La disciplina giuridica di Internet

di Francesca Farinelli

Premessa.

La Rete delle reti o «Internet» viene oggi utilizzata giornalmente da milioni di persone.

Internet è il più rapido veicolo di comunicazione esistente, in quanto elimina qualsiasi tipo di distanza, geografica o temporale. È per questo che è fondamentale averne l'accesso.

Il Sistema dei Nomi di Dominio (1) (*Domain Name System* o DNS) è la risorsa strategica per l'accesso ad Internet perché consente ad ogni individuo

(1) Come nella rete telefonica ciascuna linea terminale è contraddistinta da un numero identificativo (il numero di telefono), così in Internet ogni macchina ha un numero univoco che la identifica: l'indirizzo IP (*Internet Protocol*).

Durante gli anni '70, quando la Rete era una piccola comunità di alcune centinaia di nodi, la tabella che consentiva di tradurre ogni nome di macchina nel rispettivo indirizzo IP numerico era contenuta in un unico file, *host.txt*, che veniva costantemente aggiornato ogni volta che qualcuno entrava nella rete.

Con la crescita degli utenti fu studiato un nuovo sistema, il *Domain Name System* (DNS), sviluppato da Paul Mockpetris nel 1984 negli Stati Uniti d'America.

Il DNS consiste in un *database* contenente una lista di indirizzi IP con accanto il nome letterale (nome di dominio) utilizzato anch'esso per identificare la macchina. L'insieme di tutti i nomi di dominio esistenti viene detto *Domain Name Space* (in tutta *Internet* ne esiste uno, ad essi appartengono tutti i nomi di dominio).

Alcuni esempi di nomi di dominio sono *www.altavista.com*, *www.harvard.edu*, *www.unian.it* ecc.

Si distingue il dominio di primo livello (*Top Level Domain* o TLD), «com», «edu» o «it» dal dominio di secondo livello (*Second Level Domain* o SLD), «altavista», «harvard» o «unian».

I TLD possono essere generici (*generic TLD* o gTLD) ovvero geografici o nazionali (*country code TLD* o ccTLD).

I gTLD sono attualmente quattordici:

.com - per le società commerciali, ma è stato utilizzato per l'intero settore privato e per i siti americani;

.net - per le reti telematiche;

.org - per le organizzazioni no-profit;

.edu - per le istituzioni universitarie e di istruzione americane;

.int - per le organizzazioni internazionali riconosciute dai trattati;

.gov - per le istituzioni governative degli Stati Uniti;

.mil - per gli enti dell'amministrazione militare statunitense.

od organizzazione di essere presente nel *World Wide Web* (WWW): se non si accede a tale sistema (cioè se non si possiede un proprio nome di dominio) semplicemente non si esiste, almeno non su Internet (2).

Su queste premesse è sorta la curiosità di andare a vedere la normativa che disciplina un sistema così complesso e di importanza vitale per il commercio internazionale.

Procedendo nella ricerca si è avuta una sorpresa: non esisteva una normativa complessiva. Solo alcune fasi erano soggette a discipline, prevalentemente contrattuali, mentre, in pratica, non c'erano norme per altre fasi, certamente non meno importanti.

Le difficoltà della ricerca sono documentate dal gran numero di *siti* che si sono dovuti visitare.

Si è avuta, poi, una sorpresa ulteriore: è risultato che, mentre esisteva una letteratura ricchissima a proposito della disciplina dei rapporti che si instaurano e si realizzano tramite Internet, nessuno aveva studiato la rete di per sé, andando a ricercare le discipline delle singole fasi con le loro fonti relative.

È questa la ragione dell'apparato di note che si è dovuto predisporre.

L'obiettivo pratico di questo lavoro è soprattutto questo: di dare indicazioni utili a chi si trovasse nella necessità di individuare le discipline di singoli fasi, di singoli aspetti del fenomeno Internet.

Si è potuto appurare, e se ne è fatta menzione nel lavoro, che alcune questioni in proposito sono già sorte.

Non saranno molti quelli che avranno interesse a documentarsi sul fenomeno Internet, nel suo complesso ed in tutte le sue fasi.

Ma per dare utili indicazioni a chi fosse interessato solo ad alcuni aspetti non c'era altra via che indagare sul tutto.

1. Da Arpanet ad Internet.

La rete Internet si è sviluppata negli Stati Uniti d'America, grazie principalmente al lavoro dei ricercatori delle Università e centri di ricerca statunitensi, finanziati dal Governo americano (3).

A questi, sono stati aggiunti nel 2001 sette nuovi domini generici:

- .aero - riservato ai trasporti aerei;
- .biz - dedicato a raccogliere siti commerciali;
- .coop - proposto dalla NCBA (*National Cooperative Business Association*) che registrerà sotto questo dominio gli appartenenti alla propria associazione di cooperative;
- .info - per i servizi di informazione;
- .name - del *Global Name Registry*, un consorzio europeo. Il dominio sarà assegnato a chi volesse registrare il proprio cognome (tipo *rossi.name* e dunque *lucia.rossi.name* e così via);
- .museum - registrerà domini di musei;
- .pro - dedicato ai domini professionali (tipo *lucia.rossi.medico.pro*).

I ccTLD furono invece creati per individuare l'origine geografica dei domini. Per esempio «.it» per l'Italia, «.us» per gli Stati Uniti e così via. I domini geografici sono attualmente 244.

(2) Cfr. M. HOLITSCHER, «*Global Internet Governance and the Rise of Private Sector*», *Swiss Political Science Review*, in www.ib.ethz.ch/spsr/debates/debatnet/index.html

(3) Il finanziamento avveniva attraverso la stipula di contratti tra l'università o il centro di ricerca e il Governo statunitense, rappresentato da proprie agenzie. Data l'impossibilità di reperire tali contratti, se ne ignora il contenuto e la natura.

Nel 1958 il Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti istituì l'*Advanced Research Project Agency* (ARPA) (4), un ente la cui funzione consisteva nel coordinamento e finanziamento delle attività di ricerca a livello nazionale allo scopo di creare *hardware* e *software* per la costruzione di una piccola rete sperimentale a commutazione di pacchetto (5).

Nacque così ARPANET.

La tabella che consentiva di tradurre ogni nome di macchina nel rispettivo indirizzo IP numerico era contenuta in un unico file, *host.txt*, che veniva costantemente aggiornato ogni volta che qualcuno entrava nella rete (6). Questo, nel 1972, era gestito dallo *Stanford Research Institute* (SRI), organizzazione senza scopo di lucro statunitense, con sede a Menlo Park, in California (7). L'istituto di ricerca svolgeva le funzioni di NIC (8) (*Network Information Center*) (9).

Mentre SRI NIC (10) aveva il compito di aggiornare il *database*, il compito di coordinare le modifiche negli standard e nelle politiche fu data a Jon Postel (11),

(4) Il 23 marzo 1972, una direttiva del Dipartimento della Difesa (DoD) cambiò il nome ARPA in *Defence Advanced Research Project Agency* (DARPA), che fu istituita come agenzia separata della Difesa, facente capo all'ufficio del Segretario della Difesa. Dal sito www.darpa.mil.

In base al Codice degli Stati Uniti, le agenzie della Difesa possono svolgere attività di ricerca attraverso DARPA o ogni altro organo del DoD che il Segretario può designare (10 U.S.C. § 2371).

Il Codice degli Stati Uniti (*United States Code* o U.S.C.) è il codice statunitense che raccoglie tutti gli atti legislativi emessi dal Congresso. È possibile consultarlo all'indirizzo www.law.cornell.edu

(5) Nella commutazione di pacchetto il flusso di traffico consiste in messaggi elettronici ripartiti in una serie di pacchetti di dati discreti, ciascuno dei quali viaggia separatamente attraverso il sistema. Poiché ogni pacchetto di dati contiene delle informazioni di instradamento che permettono ai dispositivi di commutazione attraverso cui esso passa di conoscerne la destinazione finale, ognuno di essi può giungere all'obiettivo per vie e centrali di commutazione differenti, in funzione del carico esistente in quel momento sulle linee. I pacchetti sono ricostruiti al loro arrivo presso il destinatario (cioè un altro terminale di computer situato in un altro punto di Internet) in modo che il messaggio possa essere letto dall'utilizzatore di quel terminale. Cfr. M.R. GUELF, M. MASONI, «*Internet e i suoi servizi*», in www.dfc.unifi.it/MMM-project/internet/; vedi lo speciale «*Come è organizzata Internet*», in <http://punto.net.netfirms.com/tu/ittu.htm>.

(6) *Dan's Domain site*, «*Structure of DNS: introduction*», all'indirizzo <http://domains.dantobias.com/structure/intro.html>.

(7) Vedi il sito dello *Stanford Research Institute International*, www.sri.com.

L'istituto di ricerca agiva sulla base di un contratto stipulato con la *Defense Advanced Research Project Agency* (DARPA), agenzia del Dipartimento della Difesa.

(8) È il centro informativo che svolgeva il servizio di registrazione dell'indirizzo IP nel file *host.txt*.

(9) Il contratto tra SRI, organizzazione statunitense senza scopo di lucro, e la DARPA, agenzia del Dipartimento della Difesa americana, è regolamentato dalle leggi statunitensi.

(10) È il NIC gestito dallo *Stanford Research Institute*, in conformità al contratto con DARPA, agenzia del Dipartimento della Difesa.

(11) È all'University of California in Los Angeles (UCLA) che J. Postel (1943-1998), considerato uno dei padri fondatori di Internet, si laureò in *Computer Science* nel 1974. Cfr. D.KRIEGER, «*An interview with Jon Postel*», in www.icel-3.org/publications/networker/96-97/summer97/-innerview-postel.html.

presso la University of California in Los Angeles (UCLA) (12), in cui lavorava come ricercatore (13).

Jon Postel si è occupato anche del mantenimento di una lista di documenti preparati dai ricercatori di ARPANET, chiamati *Request for Comment* (RFC), documenti non vincolanti, ma di enorme influenza in quanto considerati critici per la standardizzazione di Internet (14).

Nel 1977, Postel è stato assunto dall'*Information Science Institut* (ISI) della University of Southern California (USC), dove continua a svolgere queste funzioni (15).

È all'ISI che Paul Mockepetris (16) ha sviluppato il *Domain Name System*, in collaborazione con Postel; era quest'ultimo che decideva quali gTLD e ccTLD dovessero essere creati e chi dovesse gestirli (17), documentando le procedure nelle RFC.

Nel 1985 (18), la *Defense Information Systems Agency* (DISA), agenzia del Dipartimento della Difesa, ha stipulato un contratto con la University of Southern California (19), con cui quest'ultima ha assunto formalmente la responsabilità per gestire l'espansione dello spazio dei nomi (20).

(12) In quanto il primo nodo di ARPANET fu installato in questa università. Cfr. PERETTI, «*L'economia di Internet. Analisi delle imprese, delle istituzioni e dei mercati*», Milano, 2000, pag. 25.

(13) Cfr. D. KRIEGER, «*An interview with Jon Postel*», *op. cit.*

Postel ha agito in base ad un contratto che il Dipartimento della Difesa ha stipulato con l'UCLA. Vedi U.S. Department of Commerce, «*Management of Internet Names and Addresses*» (c.d. *White Paper*), 5 giugno 1998, all'indirizzo www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6_5_98.htm.

(14) *Ibidem*.

(15) Vedi U.S. Department of Commerce, «*Management of Internet Names and Addresses*», *op. cit.*

(16) Tra il 1983 e il 1984, Mockepetris ha scritto la RFC 882 «*Domain Name Concepts and Facilities*» e la RFC 883 «*Domain Name Implementation and Specification*».

Va precisato che il DNS non è stata considerata un'invenzione, e non ne esiste il brevetto. Tale sistema è nato dalla continua collaborazione tra i ricercatori americani (e non solo), lo scopo dei quali era quello di migliorare e facilitare la trasmissione delle informazioni.

Cfr. ROSS WM. RADER, «*The History of DNS*», in www.whmag.com/content/0601/-dns.htm.

Vedi, più in generale, VINT CERF, «*A Brief History of the Internet and Related Networks*», Internet Society, Luglio 1995, (documenta la creazione e la crescita di Internet) in <http://www.isoc.org/internet-history/cerf.html>; BARRY M. LEINER, «*A Brief History of the Internet*», Internet Society, in <http://www.isoc.org/internet-history/brief.html>.

(17) A.M. FROOMKIN, «*Wrong turn in cyberspace: using ICANN to route around the APA and the Constitution*», 2000, pag. 53, in www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/-dlj50p17.htm#H2N8.

(18) È in questo anno che avvengono le prime registrazioni di nomi di dominio.

(19) Il contratto tra la DISA, agenzia del Dipartimento della Difesa Americana e l'USC, università americana, è soggetto al diritto statunitense.

(20) Vedi ROBERT H. ZAKON, *Hobbes' Internet Timeline v 5.1*, §§ 1981, 1985, Internet Society, in <http://www.isoc.org/guest/zakon/Internet/History/HIT.html>

È nel 1988 che per la prima volta Postel, nelle RFC, fa riferimento alla propria attività con il termine di IANA, *Internet Assigned Numbers Authority* (21).

2. *Il Cooperative Agreement NCR-9218742.*

All'inizio degli anni Ottanta, l'accesso ad ARPANET era limitato ai dipartimenti di informatica delle maggiori università finanziati da ARPA o ai centri di ricerca finanziati da enti federali, quali il Dipartimento della Difesa, il Dipartimento dell'Energia e la NASA. Soltanto una parte della comunità universitaria e di ricerca era a conoscenza di tale infrastruttura e la utilizzava.

Per ridurre tale divario, la *National Science Foundation* (NSF) (22), agenzia governativa americana indipendente, decise nel 1981 di finanziare il progetto di rete denominata CSNET, in grado di connettere i dipartimenti di informatica degli Stati Uniti (23).

(21) Nella RFC 1591 (in <http://www.ietf.org/rfc/rfc1591.txt>) del 1994, «*Domain Name System Structure and Delegation*», che descrive le politiche e le procedure per l'assegnazione dei nomi di dominio, si riferisce a IANA come «*the overall authority for the IP address, the DNS and many other parameters, used in the Internet. (.....) IANA is responsible for the overall coordination and management of the DNS, and especially the delegation of portions of the name space called top-level domain*».

La consuetudine (le RFC) e accordi informali portarono alla convinzione da parte della comunità Internet che IANA fosse un ente a sé, portatore di precisi interessi e titolare di diritti e doveri, quando essa è il termine associato alle funzioni di gestione di Internet, assegnate da DARPA all'ISI della USC attraverso un contratto tra l'agenzia e l'università. Vedi J. HORVATH, «*Cone of silence*», 12 Maggio 1999, in www.heise.de/tp/english/inhalt/te/2837/1.html e cfr. ISOC archived press releases, «*The role of the IANA*» in www.isoc.org/isoc/media/releases/-iana.shtml.

(22) La NSF, istituita dal Congresso con il *National Science Foundation Act* del 1950, è responsabile della promozione della scienza e della tecnica attraverso programmi che investono oltre tre miliardi di dollari ogni anno in almeno ventimila progetti di ricerca. Vedi il sito della *National Science Foundation* in www.nsf.gov.

Tra le attività previste dalla legge (Vedi il *National Science Foundation Act*, 42 U.S.C.§1861 et seq) vi sono:

- *Initiate and support, through grants and contracts, scientific and engineering research and programs to strengthen scientific and engineering research potential, and education programs at all levels, and appraise the impact of research upon industrial development and the general welfare;*

- *Award graduate fellowships in the sciences and in engineering;*

- *Foster the interchange of scientific information among scientists and engineers in the United States and foreign countries;*

- *Foster and support the development and use of computers and other scientific methods and technologies, primarily for research and education in the sciences;*

- *Initiate and support specific scientific and engineering activities in connection with matters relating to international cooperation, national security, and the effects of scientific and technological applications upon society;*

- *Initiate and support scientific and engineering research, including applied research, at academic and other non profit institutions and, at the direction of the President, support applied research at other organizations;*

- *Recommend and encourage the pursuit of national policies for the promotion of basic research and education in the sciences and engineering;*

- *Strengthen research and education innovation in the sciences and engineering, including independent research by individuals, throughout the United States.*

(23) F. PERETTI, *op.cit.*, pag. 35.

Nel 1984, la NSF si è dotata di una propria rete, la NSFNET, che grazie all'applicazione del protocollo TCP/IP (24), «svolge una funzione di catalizzatore nei confronti delle altre reti, aumentandone la connessione reciproca» (25).

Nel 1992, il Congresso permise, attraverso lo *Scientific and Advanced-Technology Act* (26), l'attività commerciale sulla rete di NSF, che assunse la responsabilità per il coordinamento, il finanziamento e la gestione della parte non militare dell'infrastruttura di Internet (27).

Per mantenere separate le due tipologie di traffico, all'inizio del 1992 la NSF decise di costruire una nuova dorsale esclusivamente destinata alla ricerca e di consentire l'accesso al traffico commerciale su quella esistente cedendone la gestione ad operatori privati (28).

Nel marzo dello stesso anno, NSF indisse una gara d'appalto per la fornitura di vari servizi commerciali (29).

(24) Per inviare dati attraverso una rete, occorre un *protocollo*, ovvero un insieme di metodi concordati in anticipo che i computer utilizzeranno per scambiare i dati e i segnali attinenti alle operazioni che stanno compiendo (un esempio può essere il codice Morse): quello utilizzato da Internet è il protocollo TCP/IP (*Transfer Control Protocol/Internet Protocol*). Ovviamente all'interno di una rete i dati possono essere trasmessi sulla base di un protocollo locale, ma tutte le comunicazioni Internet con reti esterne hanno bisogno del formato TCP/IP. Vedi lo speciale «*Come è organizzata Internet*», in <http://punto.net.firms.com/tu/ittu.htm>.

(25) «L'architettura di NSFNET fu basata fin da subito, a differenza di ARPANET, su due livelli: una rete centrale (*backbone* o dorsale) e altre reti ad essa collegate. NSFNET nasce quindi come una rete delle reti (Internet).

A metà del 1987 il traffico sulla dorsale era a tal punto aumentato da raggiungere il punto di saturazione e indurre la NSF ad indire una gara d'appalto per la costruzione e gestione di una nuova rete, in grado di sostenere l'aumento di traffico.

Vi era inoltre un altro fenomeno che aveva destato l'attenzione della NSF: la crescita del traffico commerciale presso gli operatori di rete intermedi o regionali. Si trattava del traffico esterno alle attività di ricerca ed educazione e riconducibile ad imprese ed organizzazioni private. Le reti intermedie avevano iniziato ad attrarre fonti di entrata aggiuntive con cui finanziare la ricerca e recuperare gli investimenti sostenuti per la costruzione delle reti. Questo si scontrava però con la politica della NSF che, in quanto organismo pubblico destinato alla promozione della ricerca e dell'educazione, non permetteva l'utilizzo della propria dorsale per scopi che non rientrassero nelle proprie finalità istituzionali». Vedi F. PERETTI, *op.cit.*, pag 40.

(26) In base a tale legge si riconosce a NSF il compito di «*promuovere e supportare lo sviluppo e l'uso dei computer e di altre tecnologie per la ricerca e l'educazione nelle scienze*» [42 U.S.C. § 1862 (g)].

Cfr. GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO) to Sen. Judd Gregg, Chairman, United States Senate Subcommittee on Commerce, subject «*Department of Commerce: relationship with the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*», 7 Luglio 2000, nota 6, pag. 6, in www.gao.gov/archive/2000/og00033r.pdf.

Il GAO, *General Accounting Office*, è un ente governativo che lavora per il Congresso ed ha il compito di studiare i programmi e le spese del governo federale (vedi il sito del GAO www.gao.gov).

(27) Cfr. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Thomas William v. Network Solutions*, decided May 14, 1999, in <http://laws.findlaw.com/dc/985502a.html>.

(28) Cfr. documento 99/287/CE: Decisione della Commissione, dell'8 luglio 1998, che dichiara la compatibilità di una concentrazione con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso IV/M.1069 - WorldCom/MCI). In <http://europa.eu.int/eur-lex/lif/1999/-it.399D0287.htm>

(29) Vedi ROSS WM. RADER, «*The History of DNS*», *op.cit.* e U.S. Department of Commerce, «*Management of Internet Names and Addresses*», *op.cit.*

Il 31 dicembre 1992, NSF, agenzia governativa statunitense, concluse il Cooperative Agreement NCR-9218742(30) con *Network Solutions Inc.* (NSI), società privata americana che aveva vinto la gara d'appalto (31).

Il procedimento di acquisizione pubblica di beni o servizi da parte delle amministrazioni operative americane avviene attraverso la gara, rivolta alle specifiche organizzazioni destinate all'attività contrattuale di governo.

«Il metodo della gara è quello preferito dalla legislazione statunitense, come quello che meglio permette di soddisfare le esigenze di una *free and fair competition* fra tutti gli aspiranti contraenti dello Stato».

Cfr. F.P. PUGLIESE, «*I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America*», 1974, Padova, pag. 92.

(30) La legge che disciplina l'impiego dei contratti in esame è il *Federal Grant and Cooperative Agreement Act* (31 U.S.C. § 6301-6305).

Nella sezione prima, si indica lo scopo degli strumenti in esame:

promuovere una migliore comprensione delle spese da parte del Governo degli Stati Uniti ed aiutare ad eliminare inutili requisiti amministrativi in capo ai riceventi, chiarendo la relazione tra le agenzie governative ed i contraenti relativamente all'acquisizione di proprietà e servizi [...];

prescrivere criteri per la scelta dei corretti strumenti legislativi da parte delle Agenzie dell'esecutivo a fine di ottenere: a) uniformità nell'uso di tali strumenti da parte delle agenzie amministrative; b) una chiara definizione delle relazioni che riflettono; c) una migliore comprensione delle responsabilità delle parti;

promuovere una migliore disciplina nella selezione e nell'utilizzo dei (...) *cooperative agreements*, (...) incoraggiando la competizione nel impiego dei (...) *cooperative agreements*.

Lo scopo principale del rapporto che si instaura tra il governo statunitense e uno Stato, un governo locale o altro ricevente (per «*altri riceventi*» si intende «*una persona od un ricevente autorizzato ad ottenere assistenza dal Governo degli Stati Uniti [...] - 31 USC § 6302 - Definitions*»), è quello di trasferire una cosa di valore («*thing of value*») allo Stato, governo locale o altro ricevente al fine di perseguire uno scopo pubblico autorizzato dalla legge degli Stati Uniti (d'America) invece di acquisire la proprietà o il servizio, per il diretto beneficio o uso del governo degli Stati Uniti (31 U.S.C. § 6305).

«In cambio di tale prestazione viene concesso da parte dell'agenzia il sostegno economico necessario. Tal fine deve essere individuato da una legge Federale. Nel caso in esame, lo scopo è individuabile nella promozione della ricerca scientifica, così come indicato dal *National Science Foundation Act*». (Vedi S. BACCAGLINI, «*Il Cooperative Agreement NCR-9218742*» maggio 2002, in www.interlex.it).

Data la finalità pubblica, l'adozione comporta però per l'agenzia esecutiva un controllo ed un coinvolgimento sostanziale relativamente alla attività del contraente.

È stato notato che l'impiego del *cooperative agreement* da parte delle agenzie governative, soprattutto nel contesto della ricerca, richiede una revisione di tale strumento soprattutto nell'ambito delle utilità che da tali ricerche possono derivare. Sarebbe quindi necessaria nell'impiego dei *cooperative agreement* una corretta definizione delle eventuali proprietà derivanti dall'attività di ricerca. «*The government must expect that commercial partners will attempt to make commercial use of any government-funded research*» (J.P. KEASAN, R.C. SHAH, «*What we can learn from the privatization of the internet backbone network and the domain name system*», *op. cit.*, pag 126).

«È necessario quindi che vengano espressamente indicati, nella stesura dei *cooperative agreement*, i diritti dell'Agenzia agente e del ricevente, e le responsabilità derivanti da tale rapporto, come prescrive il Codice degli Stati Uniti: *Each contract or other arrangement executed [...] which relates to scientific or engineering research shall contain provisions governing the disposition produced there under in a manner calculated to protect the public interest and the equities of the individual or organization with which the contract or other arrangements is executed*» (42 USC § 1871)». (Vedi S. BACCAGLINI, *op. cit.*).

I problemi successivi alla stipula del *Cooperative Agreement* NCR-9218742 derivano proprio dalla incerta definizione delle condizioni di contratto.

La mancanza di precise indicazioni ha comportato fino ad oggi una situazione di monopolio globale nel contesto delle registrazioni dei nomi di dominio.

Il *Cooperative Agreement* NCR-9218742 originario tra NSF e NSI può leggersi all'indirizzo www.cavebear.com/nsf-dns/nsf.nsi.agreement.html

(31) Vedi ROSS WM. RADER, «*The History of DNS*», *op.cit.*

Con tale contratto, a NSI «viene delegato il compito di registrare i *Second Level Domain Name* (SLDN) nell'ambito dei gTLD»(32) per un periodo di cinque anni. NSI ha assunto anche il compito di aggiornare il *root* chiave, il c.d. *root server* «A»(33), ma quello di decidere riguardo al suo contenuto rimane a Postel e IANA(34): è Postel che decide se un nuovo TLD può essere aggiunto e quale soggetto sarà responsabile dell'amministrazione dello stesso(35).

(32) L. MARINI, «Reti di telecomunicazione elettronica e servizi collegati nel diritto comunitario: il caso dei nomi di dominio Internet», in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2001, pag. 13.

Nei *cooperative agreements* si presume un contratto stipulato tra agenzia e ricevente in cui la concorrenza tra più soggetti non è presente, e si intende quindi massimizzarla proprio attraverso l'utilizzo di tali strumenti. Essendo *Network Solutions Inc.* l'unica società delegata al servizio di registrazione dei nomi di dominio, l'utilizzo del *cooperative agreement* da parte della *National Science Foundation* era quindi finalizzato a introdurre, in un momento successivo, la concorrenza nel contesto della registrazione dei domini. Cfr. J.P. KEASAN, R.C. SHAH, «*What we can learn from the privatization of the internet backbone network and the domain name system*», Febbraio 2001, in www.ssrn.com e S. BACCAGLINI, *op. cit.*

(33) Il processo di conversione di un nome di dominio in indirizzo IP inizia con il *root server A*, anche chiamato «*root zone file*», che è il più alto livello del DNS. Utilizzando la parte finale del nome di dominio (e cioè il dominio di primo livello o TLD) esso è in grado di capire a quale *authoritative name server* (*server* che contiene le informazioni riguardanti i nomi e i corrispondenti indirizzi IP in un determinato TLD) il *server* locale deve rivolgersi per risolvere il nome.

Il sistema dei *root server* (o *root server system*) è costituito da tredici elaboratori, denominati con lettere dalla A alla M. Solo quello denominato con la lettera A contiene il *file* con le corrispondenze tra indirizzi numerici e letterali per tutti i TLD esistenti; è da esso che gli altri dodici scaricano giornalmente le informazioni necessarie per risolvere i nomi.

«Chi controlla il *root server A* ha il potere di determinare quali TLD saranno accessibili all'intera Internet e quali *database* di registro saranno considerati autorevoli fonti d'informazione per quei TLD». Vedi A.M. FROOMKIN & M.A. LEMLEY, «*ICANN and Antitrust*», 2001, pag. 5, in <http://personal.law.miami.edu/froomkin/articles/icann-antitrust.pdf>.

(34) Postel agisce in forza del contratto tra DISA, agenzia del Dipartimento della Difesa e la University of Southern California.

(35) J. WEINBERG, «*ICANN and the problem of legitimacy*», 2000, pag. 199, in www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/dlj50p187.htm#H2N7.

Originariamente, NSI avrebbe dovuto percepire un milione di dollari all'anno per il servizio di registrazione, ma la crescita esponenziale della domanda che faceva presumere un *business* molto profittevole, portò la società privata a chiedere al Governo americano di poter applicare un canone annuo, richiesta che venne accolta (*Amendment 4* al *Cooperative Agreement* NCR-9218742, in www.base.com/gordoni/thoughts/dns-control/rs.internic.net/agreement/amenment4.dg.html). Dal Giugno 1995, i nomi di dominio sotto i TLD .com, .org, .net venivano assegnati ad un prezzo annuo di 50\$. Vedi M. MUELLER, «*ICANN and Internet Governance sorting through the debris of 'self regulation'*», dicembre 1999, pag. 5, in www.icannwatch.org/archive/muell.pdf.

3. Il progetto americano di liberalizzare la Rete.

Il 1° luglio 1997, il Presidente Clinton emise un *executive order* (36), «*Presidential Directive on Electronic Commerce: memorandum for the heads of executive departments and agencies*» (37), indirizzato alle singole amministrazioni governative.

(36) In base alla Costituzione degli Stati Uniti, il Congresso incarna il potere legislativo (art. 1) ed il presidente elettivo il potere esecutivo (art. 2).

La Costituzione americana non giunge però a dettare una disciplina di dettaglio, se non con riguardo ai sistemi di elezione e di investitura, con norme cioè di carattere procedimentale, ed ai rapporti di reciproca interferenza e controllo tra i vari poteri.

Il risultato è che lo stesso termine «*Executive Power*» ha un contenuto incerto; di esso si sa che ne è titolare il presidente, ma non se ne conoscono con precisione né il contenuto funzionale, né la sua connotazione strutturale.

Sono state quindi interpretate con una certa elasticità una serie di clausole contenute nell'art. 2 della Costituzione americana. Una di queste è la c.d. «*take care clause*», in virtù della quale il Presidente deve aver cura che le leggi siano fedelmente eseguite, nonché di informare «di tanto in tanto» il Congresso circa lo «Stato dell'Unione».

Questa clausola, oltre che per qualificare il rapporto di supremazia tra il vertice dell'Esecutivo e la struttura sottostante dell'Amministrazione (in quanto si è dedotto dal testo costituzionale un ruolo di supervisione e coordinazione globale che deriva al presidente dalla sua posizione di responsabile generale dell'esecuzione delle leggi), è servita a giustificare sul piano costituzionale il principale strumento di realizzazione di questa posizione di supremazia presidenziale, e cioè gli «*executive orders*».

Il potere di emanare direttive vincolanti o anche di istituire procedimenti a cui l'Amministrazione deve attenersi, in funzione di controllo ed orientamento del proprio operato, ha accresciuto notevolmente il suo peso, al punto che non è chiaro quali siano il limite della sua legittimità e l'efficacia vincolante degli ordini medesimi.

Nell'ordinamento statunitense manca una previsione corrispondente all'art. 97 della nostra Costituzione, contenente una specifica riserva di legge, poi compiutamente attuata nel D.lgs. n. 29 del 1993.

Di fatto, molti *executive orders* appaiono travalicare una mera funzione direttiva circa le modalità di attuazione di una determinata legge preesistente, e sono stati utilizzati per creare uffici amministrativi, per istituire meccanismi di controllo dei salari e dei prezzi, e per introdurre innovazioni urgenti nel campo della tutela dei diritti civili.

Vedi L. BARRA CARACCILO, «*Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA. Profili comparativi con l'esperienza italiana*», 1997, Giappichelli Editore, Torino.

(37) La direttiva presidenziale può leggersi all'indirizzo www.ecommerce.gov/presiden.htm. «Si tratta principalmente di un testo introduttivo al più ampio «*A Framework for Global Electronic Commerce*», in cui sono ben evidenziati i principi e le direttive alla base della politica del Presidente Clinton per la Rete: *self regulation, (...) minimal government involvement [...]*. Nel documento si legge: «*The Federal Government should recognize the unique qualities of the Internet including its decentralized nature and its tradition of bottom-up governance*»: viene quindi riconosciuta alla Rete una sostanziale differenza rispetto al contesto gestionale di ogni governo: la *bottom-up governance*, cioè una regolamentazione della rete che promana direttamente dagli utenti Internet e dal mercato elettronico, concezione di governo che deve essere contestualizzata nell'ambito americano ed in particolare nei concetti di *autoregolamentazione* del mercato e di *non intervento* del governo». Così sull'argomento S. BACCAGLINI, «*Il Dipartimento del Commercio ed il governo della Rete*», gennaio 2002, in www.interlex.it

Il Presidente ha incaricato il Dipartimento del Commercio americano «di supportare gli sviluppi e gli impegni necessari per rendere il governo del Sistema dei Nomi di Dominio privato e competitivo» (38).

L'ufficializzazione del passaggio di funzioni dalla NSF al Dipartimento del Commercio è avvenuta l'8 Settembre 1998, data in cui i due enti governativi hanno firmato un «*Memorandum of Agreement*», mediante il quale «NSF ha trasferito la responsabilità per l'amministrazione del *Cooperative Agreement* NCR-9218742 con NSI al Dipartimento del Commercio» (39).

L'*Amendment* 10(40) al *Cooperative Agreement* NCR-9218742(41) ha formalizzato il trasferimento delle competenze: il responsabile della gestione del contratto con la NSI non è più un funzionario di NSF, ma Beckwith Burr, *Acting Associate Administrator for International Affairs* presso la *National Telecommunications and Information Administration* (NTIA), agenzia del Dipartimento del Commercio.

«*Presidential Directive on Electronic Commerce: memorandum for the heads of executive departments and agencies*», 1° luglio 1997, *op. cit.*

Cfr. A.M. FROOMKIN, «*Wrong turn in cyberspace: using ICANN to route around the APA and the Constitution*», 2000, *op. cit.*, nota 164. Secondo Froomkin, è nel *Department of Veteran Affairs and Housing and Urban Development, and Independent Agencies Appropriations Act for fiscal year 1999*, che sussisterebbe una probabile relazione con il passaggio di competenza tra la NSF e il Dipartimento del Commercio (DoC): con tale atto, il Congresso ha proibito a NSF di spendere fondi «per stipulare o estendere [...] un *cooperative agreement* al fine di supportare l'amministrazione del sistema di numerazione e dei nomi di dominio Internet». Vedi *GAO Report* del 7 luglio 2000, *op. cit.*, nota 11.

Precedentemente, nel febbraio 1997, un testo ufficiale dell'Office of Inspector General (il cui ruolo è quello di supervisore dell'attività dell'agenzia indipendente, al fine di prevenire frodi, danni, abusi o cattiva gestione) della NSF ha individuato le possibili soluzioni da attuare allo scadere del *Cooperative Agreement* NCR-9218742, sempre sotto la sorveglianza governativa: 1) Amministrazione attraverso una tradizionale agenzia amministrativa; 2) Amministrazione mediante un ente a partecipazione mista; 3) Amministrazione mediante la creazione da parte del Congresso di una Commissione Indipendente. Cfr. *Office of Inspector General Report*, «*The Administration of Internet Addresses*», 7 Febbraio 1997, in www.ais.org/ronda/new.papers/gao-icann/oig-nsf.txt.

In risposta al documento, W. Bordogna, *Acting Deputy Director* di NSF ha affermato nell'aprile 1997: «Siccome le attività coperte dal *Cooperative Agreement* [NCR-9218742] non richiedono più un supporto finanziario della NSF e gli obiettivi del *Cooperative Agreement* [NCR-9218742] sono stati raggiunti, noi crediamo sia giunto il momento in cui la NSF sposti la propria attenzione esclusivamente sulle attività future di puro sviluppo in questo ambito». Cfr. W. BORDOGNA, «*Agency response to OIG Report on the Administration of Internet Addresses*», 17 aprile 1997, all'indirizzo www.ais.org/ronda/new.papers/gao-icann/oig-nsf.txt.

(40) Vedi *Amendment* 10 al *Cooperative Agreement* NCR-9218742 in www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/amends/amend10.htm.

(41) Il *Cooperative Agreement* NCR-9218742 tra il Dipartimento del Commercio americano (sostituitosi nel 1998 alla NSF, agenzia governativa statunitense) e NSI, società privata statunitense, è regolamentato dalle leggi statunitensi.

Il 2 luglio 1997, successivamente alla Direttiva sul commercio elettronico (42) emessa dal Presidente Clinton, il Dipartimento del Commercio nelle vesti della NTIA, ha emesso una *Notice of Inquiry* (43). «Con tale «avviso», mentre ha rivendicato la propria autorità sul *Legacy Root*, allo stesso tempo ha evidenziato la volontà di «rinunciarvi» a favore di una struttura internazionale, da costituire, in grado di portare a termine il *process of transition* (44) e di meglio rappresentare gli interessi dei privati» (45).

Per attuare tale obiettivo il Dipartimento del Commercio emanò due testi fondamentali.

Nel gennaio del 1998, la National Telecommunications and Information Administrations (NTIA) pubblicò una proposta di legge, «*A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names and Addresses*» (c.d. *Green Paper*) (46).

(42) «*Presidential Directive on Electronic Commerce: memorandum for the heads of executive departments and agencies*», 1° Luglio 1997, *op. cit.*

(43) U.S. DoC, NTIA, «*Request for Comments on the registration and administration of Internet domain names*», 2 Luglio 1997, in www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/DN5NOTIC.htm.

(44) Processo di transizione verso una completa privatizzazione della gestione di Internet.

(45) S. BACCAGLINI, «*ICANN: poca storia, molti problemi - Process of transition: la privatizzazione di Internet*», 21 Giugno 2001, in www.interlex.it.

(46) Il *Green Paper* si può leggere all'indirizzo www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/-dnsdrft.htm.

In base alla «*delegation doctrine*», le agenzie amministrative americane hanno il potere di dettare regole giuridiche nei rispettivi settori di competenza (*rulemaking*).

Mentre nel nostro ordinamento esiste una esplicita previsione costituzionale (art. 87 Cost.) riguardante la facoltà, riservata alla legge, di affidare parte della disciplina di una materia alla formulazione del potere esecutivo, la delega del potere normativo, nel diritto statunitense, nasce invece da una costruzione logica, da una deduzione per principi: il dato di partenza è costituito dall'art. 1, par. 8, Cost., per il quale: «Il Congresso avrà il potere di fare tutte le leggi che saranno necessarie ed appropriate per portare ad esecuzione i propri compiti». L'interpretazione che ha prevalso nei fatti è che la disposizione può essere letta nel senso di consentire una delega del potere legislativo.

Il consolidarsi della *delegation doctrine* ha significato la codificazione giurisprudenziale di un principio di Costituzione materiale che ammette che «il potere di un'agenzia di gestire un programma affidatole dal Congresso, richiede necessariamente la formulazione di una *policy* e la creazione di regole».

La struttura essenziale del «*rulemaking*», si compone di un avviso («*notice*»), della fase di commento, e di quella di pubblicazione delle regole nella loro stesura finale. Cfr. BARRA CARACCILO, *op.cit.*

Cfr. L. BARRA CARACCILO, «*Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA. Profili comparativi con l'esperienza italiana*», *op. cit.*

Il *Green Paper* «*A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names and Addresses*» elenca cinque fonti di diritto, da cui deriva il potere del Dipartimento del Commercio a *rulemaking*:

la sua generale missione di «favorire, promuovere e sviluppare il commercio estero e interno» (15 U.S.C. § 1512);

il potere di NTIA di «coordinare le attività relative alle telecomunicazioni e di assistere nella formulazione delle politiche» [47 U.S.C. § 902(b)(2)(H)];

il potere di NTIA di «sviluppare politiche relative alle telecomunicazioni» [47 U.S.C. § 902(b)(2)(I)];

il potere di NTIA di «condurre studi e fare raccomandazioni riguardanti l'impatto della convergenza tra computer e tecnologia delle comunicazioni» [47 U.S.C. § 902(b)(2)(M)];

il potere di NTIA di «emanare le norme necessarie per svolgere le proprie funzioni» [47 U.S.C. § 904(c)(1)];

In tale documento, veniva proposta la creazione di una nuova organizzazione senza scopo di lucro, con sede negli Stati Uniti e operante come soggetto privato per il beneficio di Internet, per gestire i nomi di dominio, gli indirizzi IP e il sistema dei *root server*.

L'organo direttivo doveva essere legittimato dalla stessa comunità Internet: avrebbe incluso sia rappresentanti delle organizzazioni che si occupavano della gestione tecnica di Internet, sia quelli degli utenti (individui, società, organizzazioni senza scopo di lucro).

In seguito alle forti reazioni che il documento suscitò, soprattutto a livello internazionale, quattro mesi dopo il Governo americano pubblicò il *White Paper*, che incontrò il consenso della comunità internazionale.

Il *White Paper* «*Management of Internet Names and Addresses*» (47) contiene le modalità per attuare la dismissione delle funzioni facenti capo al Governo americano in favore della liberalizzazione della rete: la creazione di una «*new corporation*» (*NewCo*), organizzazione privata senza scopo di lucro che assicuri una gestione del DNS basata sui principi di (48):

Stabilità: durante il periodo di transizione, la stabilità della Rete deve avere priorità assoluta;

Concorrenza: dove possibile, devono essere introdotti nella gestione della rete meccanismi di mercato che favoriscano la concorrenza e la possibilità di scelta dei consumatori sì da rendere possibili obiettivi quali la riduzione dei costi e la promozione dell'innovazione;

Coordinamento dal basso (bottom-up): la rapidità della gestione di Internet può essere meglio assicurata da un apparato privato rispetto ad uno governativo, in modo da riflettere quel «governo dal basso» che fino ad oggi ha caratterizzato lo sviluppo di Internet;

Rappresentatività: le strutture di *management* devono riflettere le diversità funzionali e geografiche di Internet e dei suoi utilizzatori. Devono essere predisposti strumenti idonei a garantire la partecipazione internazionale nelle decisioni.

Il *White Paper* costituisce la semplice enunciazione della politica che il Governo, abbandonata l'idea di un proprio intervento diretto, avrebbe seguito nell'amministrazione del DNS.

La nuova organizzazione (*NewCo*), con sede negli Stati Uniti, sarebbe stata creata dal settore privato. Il Governo era pronto a riconoscerla, concludendo degli accordi con la stessa, e ad assicurarle un accesso adeguato al *database* e al *software* di NSI (49).

(47) Questo documento, «*Statement of policy*», è stato emesso da NTIA, agenzia del Dipartimento del Commercio americano, sulla base delle stesse fonti di diritto del *Green Paper*.

(48) G. PASCUZZI, «*Da IANA a ICANN: un nuovo regime per l'attribuzione dei nomi di dominio su Internet*», in *Foro Italiano*, Parte IV, 1999, IV, pag 418.

(49) Va ricordato che NSI, società privata statunitense, gestisce in base al *Cooperative Agreement* NCR-9218742 il *root server* A. Vedi *infra* nota 33.

Sebbene il Governo considerasse improbabile riuscire a costituire un Comitato direttivo che potesse soddisfare tutte le parti interessate, esso avrebbe dovuto includere rappresentanti dei registri regionali, ingegneri e scienziati esperti della Rete, registri e *registrars* (50), utenti commerciali e non, *Internet Service Providers*, proprietari di marchi di tutto il mondo (51).

La gestione doveva essere trasparente, in modo da evitare l'influenza di particolari gruppi di potere, le decisioni aperte ai commenti della comunità internazionale. La struttura dell'organizzazione poteva includere ulteriori organi con funzione consultiva (52).

Varie furono le proposte di *NewCo* presentate (53), ma quella scelta fu ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), che «conformemente all'atto costitutivo, è una società di utilità pubblica senza fini di lucro che non è intesa a garantire il profitto di alcun singolo individuo, ai sensi della legge della California sulle società di utilità pubblica senza fini di lucro» (54).

L'atto costitutivo specifica che «riconoscendo che Internet è una rete di reti internazionale, che non appartiene a nessuna singola nazione, individuo o organizzazione, ICANN perseguirà gli obiettivi filantropici e di interesse generale, al fine di diminuire gli oneri della gestione che incombono ai governi e di promuovere l'interesse pubblico mondiale per la stabilità operativa di Internet:

coordinando l'assegnazione dei parametri tecnici di Internet necessari a garantire la connettività universale su Internet;

attuando e controllando le funzioni connesse al coordinamento degli spazi di indirizzo del protocollo Internet («IP»);

attuando e controllando le funzioni connesse al coordinamento del sistema dei nomi di dominio di Internet («DNS»), compresa l'elaborazione di politiche per stabilire le circostanze in cui nuovi domini di primo livello siano aggiunti al sistema di *root* del DNS;

controllando il funzionamento del sistema di *root server* DNS di autorità di Internet» (55).

(50) Il registro è la società o organizzazione che gestisce il *database* relativo ad un dato TLD, il *registrar* è la società o organizzazione che si occupa delle registrazioni dei nomi di dominio richiesti dai singoli utenti.

(51) U.S. *Department of Commerce*, «*Management of Internet Names and Addresses*» (c.d. *White Paper*), 5 giugno 1998, all'indirizzo www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6.5.98.htm

(52) *Ibidem*.

(53) Vedi il sito di NTIA relativo alla gestione dei nomi di dominio, www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/background.htm.

(54) ICANN, fondata da Postel, è costituita ai sensi della *California Non-profit Public Benefit Corporation Law for Charitable and Public Purposes* (le organizzazioni *no profit* sono organizzate sotto la legge dello Stato in cui hanno la sede legale).

Vedi *Articles of Incorporation of ICANN*, in www.icann.org/general/articles.htm, e COM(2000)202 def. dell'11 Aprile 2000, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, «*L'organizzazione di Internet - Aspetti di politica internazionale ed europea 1998-2000*», in <http://europa.eu.int/eur-lex/it/com/cnc/2000/com2000.0202it01.pdf>.

(55) COM(2000)202 def. I compiti di ICANN sono stabiliti nel *Memorandum of Understanding* (alla lettera B) stipulato il 25 Novembre 1998 tra ICANN e il Dipartimento del Commercio americano.

Il 25 Novembre 1998, il Governo americano (56) e ICANN conclusero un *Memorandum of Understanding* (57) (MoU) (58). Le due parti si sono impegnate a «progettare, sviluppare e testare i meccanismi, i metodi e le procedure per trasferire la gestione del DNS dall'ambito governativo al settore privato» (59).

Organo principale di decisione di ICANN è il Comitato direttivo (*Board of Directors*), composto da diciotto membri eletti e dal Presidente e *Chief Executive Officer* (CEO). Dei diciotto direttori, nove sono eletti dalla *At Large Membership* (le elezioni *At Large* sono un sistema per procedere alla selezione di metà del direttivo su una base di consenso mondiale), nove sono eletti dalle Organizzazioni di Supporto di ICANN, previste dall'atto costitutivo. «Per quanto l'atto istitutivo dell'ICANN sia rivolto espressamente ad assicurare la rappresentatività internazionale del *Board of Directors* del nuovo organismo, quest'ultimo si configura come un ente di diritto privato soggetto esclusivamente alla giurisdizione delle autorità statunitensi». L. MARINI, «*Reti di comunicazione elettronica e servizi collegati nel diritto comunitario: il caso dei nomi di dominio Internet*», 2001, *op.cit.*, pag.14.

(56) Nel *Memorandum of Understanding* del 25 Novembre 1998 tra ICANN e il Dipartimento del Commercio si legge: «*DOC has authority to participate in the DNS Project with ICANN under the following authorities:*

(1) *15 U.S.C. § 1525, the DOC's Joint Project Authority, which provides that the DOC may enter into joint projects with nonprofit, research, or public organizations on matters of mutual interest, the cost of which is equitably apportioned;*

(2) *15 U.S.C. § 1512, the DOC's authority to foster, promote, and develop foreign and domestic commerce;*

(3) *47 U.S.C. § 902, which specifically authorizes the National Telecommunications and Information Administration (NTIA) to coordinate the telecommunications activities of the Executive Branch and assist in the formulation of policies and standards for those activities including, but not limited to, considerations of interoperability, privacy, security, spectrum use, and emergency readiness;*

(4) *Presidential Memorandum on Electronic Commerce, (July 1, 1997), which directs the Secretary of Commerce to transition DNS management to the private sector; and*

(5) *Statement of Policy, Management of Internet Names and Addresses, which describes the manner in which the Department of Commerce will transition DNS management to the private sector».*

(57) Il MoU in questione è uno strumento giuridico scritto che documenta un rapporto tra il Governo degli Stati Uniti ed un'università, un istituto o un'organizzazione di ricerca, agenzie od organizzazioni private o qualsiasi altra controparte per sviluppare un progetto di mutuo interesse. («*What is a Memorandum of Understanding*», in www.ba.usda.gov/techt/whatmou.htm).

La firma di un *memorandum* rappresenta un pubblico impegno a rispettare certi principi e a lavorare per il raggiungimento di traguardi specifici in specifiche aree di interesse.

In termini giuridici il *memorandum of understanding* in esame è un contratto definito *joint project agreement*. In particolare, le disposizioni normative volte a regolare tale tipologia di contratto sono rinvenibili nel Codice degli Stati Uniti, 15 (*Commerce and Trade*) U.S.C. § 1525 (1994): «*[...] Joint projects. "In the case of non profit organizations, research organizations, or public organizations or agencies, the Secretary may engage in joint project, or perform services, on the matters of mutual interest, the cost of which shall be apportioned equitably [...]"*».

ICANN, quale società senza scopo di lucro, è quindi legittimata a concludere tale contratto con il Dipartimento del Commercio americano.

Lo scopo è quello di assicurare che il settore privato abbia le capacità e le risorse per assumere la gestione tecnica del DNS nel momento in cui esso verrà trasferito dal governo [al momento della stipula del *Memorandum of Understanding*, il DNS era gestito da università (USC) od organizzazioni senza scopo di lucro (SRI) attraverso contratti che enti governativi avevano stipulato con le stesse].

(58) L'accordo stipulato tra il Dipartimento del Commercio e ICANN, organizzazione senza scopo di lucro statunitense, è regolamentato dalle leggi statunitensi. In www.icann.org/general/icann-mou-25nov98.htm.

(59) S. BACCAGLINI, «*ICANN: poca storia, molti probemi - Process of transition: la privatizzazione di Internet*», 21 Giugno 2001, in www.interlex.it.

Nell'Ottobre 1998, con l'*Amendment* 11 al *Cooperative Agreement* NCR-9218742 (60), venne introdotto lo *Shared Registration System* (SRS), che avrebbe «favorito l'introduzione di meccanismi concorrenziali nel mercato dei servizi di registrazione dei nomi di dominio» (61), in quanto consentiva di registrare nomi di dominio .com, .org, .net a società in concorrenza con NSI (62).

Il passo successivo portò ad un conflitto tra il DoC e ICANN da una parte, e NSI dall'altra. Quello che ci si aspettava era che anche NSI firmasse un contratto di accreditamento e diventasse uno dei tanti *registrars* tra un numero potenzialmente illimitato (63).

Il DoC aveva programmato di trasferire il *root server* «A» ad ICANN (64): tutti i registri, compresa NSI, avrebbero ottenuto una licenza da ICANN (65).

Il forte potere contrattuale che la società Network Solution Inc. ha avuto nel momento in cui il governo americano decise di privatizzare la Rete deriva dal fatto che non è chiaro se il Dipartimento del Commercio americano abbia o meno l'autorità di trasferire l'*authoritative root server* ad altri soggetti (66): il DNS non era stato definito giuridicamente (né lo è tuttora) «risorsa pubblica» per essere gestito dal Governo, né tanto meno la registrazione dei nomi di dominio poteva essere considerata un «*governmental service*». Per quanto i *cooperative agreement* siano impiegati per lo svolgimento di attività con finalità pubbliche, ciò non è sufficiente a definire il servizio di registrazione dei nomi di dominio come «funzione governativa pubblica», ed in tal senso si è espressa la giurisprudenza americana.

(60) *Amendment* 11 del 6 Ottobre 1998 al *Cooperative Agreement* NCR-9218742, in www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/docnsi100698.htm.

Il *Cooperative Agreement* NCR-9218742 tra il Dipartimento del Commercio americano (sostitutosi nel 1998 alla NSF, agenzia governativa statunitense) e NSI, società privata statunitense, è regolamentato dalle leggi statunitensi.

(61) L. MARINI, «*Reti di comunicazione elettronica e servizi collegati nel diritto comunitario: il caso dei nomi di dominio Internet*», 2001, *op.cit.*, pag.15.

(62) Nell'*Amendment* 11 del 6 ottobre 1998 al *Cooperative Agreement* NCR-9218742 si legge: «*In order to create an environment conducive to the development of robust competition among domain name registrars, NSI will, either directly or by contract, develop a protocol and associated software supporting a system that permits multiple registrars to provide registration services within the gTLDs for which NSI now acts as a registry (Shared Registration System)*».

Fino a questo momento, NSI è unico registro e unico *registrar* per i gTLD .com, .org e .net.

I primi *registrars* ammessi allo SRS furono AOL, Melbourne IT, France Telecom, Register.com, CORE. Il periodo di prova era di due mesi (dal 26 Aprile 1999 al 25 Giugno 1999), poi esteso fino a Novembre 1999, dopo di che sarebbero entrati sul mercato altri *registrars* accreditati. I rapporti tra NSI e i *registrars* concorrenti furono regolati con l'*Amendment* 13 del 12 aprile 1999 al *Cooperative Agreement* NCR-9218742. Cfr. M. MUELLER, *op. cit.*, pag. 14.

(63) M. MUELLER, *op. cit.*, pag 17.

Nell'*Amendment* 11 al *Cooperative Agreement* NCR-9218742 si legge: «*This agreement extends the Cooperative Agreement through September 30, 2000; provided, however, that as the USG [United States Government] transitions DNS responsibilities to NewCo, corresponding obligations under the Cooperative Agreement [NCR-9218742] as amended will be terminated and, as appropriate, covered in a contract between NSI and NewCo*».

(64) Nell'*Amendment* 11 al *Cooperative Agreement* NCR-9218742 si legge: «*NSI agrees to continue to function as the administrator for the primary root server for the root server system and as a root zone administrator until such time as the USG instructs NSI in writing to transfer either or both of these functions to NewCo or a specified alternate entity*».

(65) M. MUELLER, *op. cit.*, pag 17.

(66) GAO Report «*Department of Commerce: relationship with the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*», 7 Luglio 2000, *op. cit.*, pag 25.

Nella causa *Name.Space Inc. v. Network Solutions Inc. and National Science Foundation* (67), la sentenza poneva dubbi circa l'autorità della NSF su NSI: nonostante il *National Science Foundation Act* (68), affermi che NSF è istituita per «*promuovere e supportare lo sviluppo e l'uso dei computer*

(67) Causa *Name.Space Inc. v. Network Solutions Inc. and National Science Foundation*, on Appeal from United States District Court for the Southern District of New York, Brief for Appellants, 21 giugno 1999, in www.name-space.com/law/appeal.htm.

Name.Space Inc. è una società statunitense che offre il servizio di registrazione di nomi di dominio in concorrenza con NSI. Cercando di immettere nel mercato nuovi TLD, nel 1996 aveva costituito una propria rete di tredici *name server* e lanciato un nuovo servizio, accettando registrazioni sotto oltre 500 nuove estensioni. La società chiese a NSI di includere i nuovi domini nel *file* usato per dirigere e instradare il traffico Internet: senza questa operazione sarebbe stato impossibile ai navigatori trovare gli indirizzi muovendosi sulla rete ufficiale (Esiste una rete alternativa che può essere visitata e navigata solo dopo aver fatto un aggiornamento al proprio computer).

I *server* di Name.Space sono conformi agli standard e ai protocolli Internet, ma i nomi di dominio registrati sotto i propri gTLD non sono risolvibili a livello mondiale perché, non essendo presenti nel *root file* gestito da NSI, non sono riconosciuti dagli altri *root server*.

L'11 Marzo 1997, Name.Space scrisse a NSI chiedendole di aggiungere al File di Configurazione (*database del root server A*) i nomi di dominio che aveva registrato.

Il 12 Marzo, NSI respingeva la richiesta, affermando che, conformemente al *Cooperative Agreement* NCR-9218742, essa «*agiva sotto l'autorità dell'Internet Assigned Numbers Authority (IANA), situata presso la University of Southern California (USC)*». Tale affermazione si basa sul *Cooperative Agreement* NCR-9218742, art. 3: «*NSI deve agire in conformità della RFC1174*» (V. CERF, RFC 1174, «*IAB recommended policy on distributing Internet identifier assignment and IAB recommended policy change to Internet connected status*», *Internet Engineering Task Force*, Agosto 1990, in <http://www.ietf.org/rfc/rfc1174.txt>) e quindi in base alle direttive di IANA.

Il 20 Marzo 1997, Name.Space citò in giudizio NSI per violazione dello *Sherman Act*, in quanto l'effetto del rifiuto di NSI era quello di erigere barriere all'entrata nel mercato della registrazione dei nomi di dominio.

Il 27 Marzo 1997, NSI scrisse a Postel, direttore di IANA per chiedere se la risposta data a Name.Space fosse stata corretta e cioè se «*NSI maintains the information on that root-server under the authority and at the direction of the IANA and NSI can only make changes to the Configuration File at the direction of IANA*».

La risposta venne dal Consiglio generale dell'USC: «*The statement made in your letter concerning the relationship between the Internet Assigned Numbers Authority ("IANA") and Network Solutions, Inc. ("NSI") is not correct. We are aware of no contract or other agreement that gives IANA authority over your client's operations. The IANA has no authority to establish a generic top level domain ("gTLD") without an Internet community consensus arrived at through committee review and ample opportunity for public impact. Instead, the restriction in expansion of gTLDs has thus far been due to consensus which your client has chosen to accept in refusing requests from potential registrars of new gTLDs*».

Vista la riluttanza o incapacità di IANA di accettare qualsiasi responsabilità, NSI si rivolse a NSF, la quale le vietò di creare o aggiungere TLD al *root file*, fino a che quest'ultima, in consultazione con altre agenzie governative americane, non avesse completato uno studio su tale area e sviluppato una politica federale.

La corte non accoglieva la richiesta di Name.Space, applicando la dottrina c.d. «*federal instrumentality*», che prevede l'immunità all'antitrust alle parti private quando queste agiscono in base ad un contratto con un'agenzia governativa per attuare una politica governativa con l'autorizzazione o l'approvazione dell'agenzia stessa.

La corte giudicò che sotto il *Cooperative Agreement* NCR-9218742 tra NSI e NSF, NSI stava agendo in conformità a politiche o programmi governativi formulati chiaramente e che quindi era immune da qualsiasi responsabilità derivante dalla disciplina antitrust alla stessa maniera dell'ente governativo.

(68) Il *National Foundation Science Act* è la legge con cui il Congresso ha istituito nel 1950 la *National Science Foundation*.

e di altre tecnologie per la ricerca e l'educazione nelle scienze» (69), il giudice non ha ritenuto che da tale disposizione derivasse un mandato per NSF a disciplinare l'attività di NSI in particolare o la registrazione dei nomi di dominio in generale.

Tale conclusione era dovuta alla mancanza di una qualificazione giuridica del DNS, del *root file* o del servizio di registrazione dei nomi di dominio: «*Nothing about the Domain Name System or the registration of domain names is a public governmental function*» (70).

In precedenza, nella causa *Thomas William v. NSI* (71), la Corte aveva dichiarato che il Congresso non aveva esplicitamente richiesto a NSF o ad altra agenzia del governo federale di registrare nomi di dominio; di conseguenza «*simply because NSF might have been able to perform domain name registration services does not transform this activity into a governmental service or thing of value*» (72). *A recent and novel function such as domain name registration hardly strikes us as a "quintessential" government service*» (73).

Nella sentenza *Name.Space Inc. v. Network Solutions Inc. and National Science Foundation*, si legge: «*the authorization for NSF control over the Internet root server in Amendment 11 to the Cooperative Agreement (74) is not dispositive. Despite NSF's arguments, the district court did not find that the agency had contractual authority to issue the former [NSI]*» (75).

La posizione di NSI (76) riguardo il trasferimento dell'*authoritative root server* ad altri soggetti fu molto chiara: ICANN non aveva alcuna autorità per obbligare la società a cessare le registrazioni nei gTLD .com, .org e .net, in quanto tale servizio era espletato in conformità al contratto (*Cooperative Agreement* NCR-9218742) con il DoC. Inoltre riteneva che il suo obbligo

(69) 42 U.S.C. § 1862 (g).

(70) GAO Report «*Department of Commerce: relationship with the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*», 7 luglio 2000, *op. cit.*, pag 25.

(71) Nella causa *Thomas William v. NSI*, i querelanti denunciano l'illegale monopolio di NSI sull'attività di registrazione dei nomi di dominio e l'incostituzionale imposizione del canone ai registri.

(72) Vedi *infra* nota 30.

(73) *United States Court of Appeal, for the District of Columbia Circuit, Thomas William v. Network Solutions Inc., decided May 14, 1999*, in <http://laws.findlaw.com/dc/985502a.html>.

La Corte riprende una sentenza della Corte Suprema del 1987 (Causa *San Francisco Arts & Athletics, Inc v. United States Olympic Comm*), in base alla quale «*a private party performs a function which serves the public does not make its acts governmental*».

(74) Il *Cooperative Agreement* NCR-9218742 tra NSF, agenzia governativa statunitense (dal 1998, il Dipartimento del Commercio americano si è sostituito ad essa) e NSI, società privata statunitense, è regolamentato dalle leggi statunitensi.

(75) Caso *Name.Space Inc. v. Network Solutions Inc. and National Science Foundation, on Appeal from United States District Court for the Southern District of New York, Brief for Appellants*, 21 giugno 1999, in www.name-space.com/law/appeal.htm

(76) Il timore di NSI era che, appena firmato il contratto di accreditamento, avrebbe perso il suo potere contrattuale sul processo di transizione.

era solo quello di consegnare al DoC una copia del *database* (77), non soggetto a *copyright* (78), per cui NSI avrebbe potuto continuare a gestire i gTLD senza la sorveglianza e la supervisione del Governo americano, scegliendo il canone di registrazione desiderato, non accettando più le registrazioni dei *registrar* concorrenti e decidendo unilateralmente la gestione globale dei TLD (79).

Il DoC ed ICANN, ritenendo che il registro dovesse essere affidato attraverso una procedura chiara e trasparente, contestarono tale posizione (80), fino ad una situazione che minacciava di destabilizzare il DNS.

Il vuoto normativo spinse il Governo americano ad evitare un conflitto diretto con NSI, e il 4 Novembre 1999 una serie di accordi vennero presi tra le parti. Essi deviavano in maniera significativa dal progetto del DoC: NSI continuava a gestire il *root server* «A», ma in cambio, acconsentiva a riconoscere ICANN come la «NewCo» dell'Amendment 11 (81) al Cooperative Agreement NCR-9218742 (82) ed a stipulare un contratto di registro per la gestione dei gTLD .com, .org, .net.

(77) Nell'Amendment 11 al Cooperative Agreement NCR-9218742 si legge: «*Not later than 30 days after the date of this agreement, NSI shall submit to the USG an electronic copy of all software and data generated under the Cooperative Agreement through September 30, 1998*».

(78) «Sebbene il DoC controlli chiaramente il contenuto del file in base all'Amendment 11 del 6 Ottobre 1998 al Cooperative Agreement NCR-9218742 [*While NSI continues to operate the primary root server, it shall request written direction from an authorized USG official before making or rejecting any modifications, additions or deletions to the root zone file*]», il potere del governo [americano] sul *root* sembra derivare dal contratto piuttosto che da un effettivo diritto di proprietà: è difficile dire se in capo al governo americano ci sia un diritto di proprietà su un bene mobile da quando è NSI che possiede la macchina in cui il *file* è fisicamente, né è facile caratterizzare l'interesse del DoC come diritto di proprietà intellettuale. [...] Il *root file* è l'insieme di tutti i nomi di dominio esistenti, ognuno dei quali oggi è oggetto di tutela, ma nell'insieme esso manca della necessaria originalità per essere tutelato dal diritto d'autore: anche se appartenesse al governo, per il fatto che esso è continuamente aggiornato ed ogni aggiornamento è pubblico, non è soggetto a *copyright* in base al *Copyright Act* del 1976 (17 U.S.C. § 105.)». Vedi A.M. FROMKIN, «*Wrong turn in cyberspace: using ICANN to route around the APA and the Constitution*», 2000, *op. cit.*, pag.45.

(79) Cfr. Lettera di A.J. PINCUS, *General Counsel, US Department of Commerce*, a Tom Bliely, *Chairman of Committee on Commerce, US House of Representatives*, 8 luglio 1999.

In www.ogc.gov/ogc/legreg/testimon/106f/pincus0722.htm

(80) Si temeva la creazione di un «*alternative root server system*», senza alcun controllo da parte del Governo Americano. Sui *root* alternativi, si veda S. BACCAGLINI, «*ICANN: poca storia, molti problemi La balcanizzazione della Rete*», 21 Giugno 2001, in www.interlex.it; *Dan's Domain Site*, «*Structure: Alternate Roots*», in www.dantobias.com; K. CRISPIN, «*Alt-Roots, Alt-TLDs*», maggio 2001, in www.icann.org/stockholm/draft-crispin-alt-roots-tlds-00.txt; documento di ICANN, «*ICP-3: A unique, authoritative root for the DNS*», 9 luglio 2001, in www.icann.org/icp/icp-3.htm (in risposta, «*ICANN's Lynn on alternative roots*», in www.icannwatch.org); DNSO Name Council, «*ICANN and Alterate Roots*», 8 maggio 2001, in www.dnso.org/clubpublic/ga-full/Arc07/doc00002.

(81) Nell'Amendment 11 al Cooperative Agreement NCR-9218742 del 6 Ottobre 1998 si legge: «*Following the finalization of the agreement [il successivo Memorandum of Understanding del 25 Novembre 1998] between the USG [United States Government] and NewCo, NSI will recognize NewCo pursuant to a contract between NSI and NewCo*».

(82) Amendment del 26 Febbraio 1999 al Cooperative Agreement NCR-9218742 tra il Dipartimento del Commercio americano (sostituitosi nel 1998 alla NSF, agenzia governativa statunitense) e la società statunitense NSI.

Nell'Amendment si legge: «*ICANN shall be considered as the NewCo identified in Amendment 11 of the Cooperative Agreement for the purpose of carrying out the functions and activities ascribed to «NewCo» in that Amendment*». In www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/icannnewco.htm

NSI accettò di riconoscere il diritto della comunità Internet di stabilire politiche di consenso attraverso ICANN e di rispettarle.

Il 18 maggio 2001, il Dipartimento del Commercio ha approvato la revisione (83) degli accordi stipulati nel Novembre 1999. Uno degli scopi di ICANN è stato quello di ridurre le differenze tra gli accordi con NSI (oggi Verisign Inc. (84)) e quelli con i registri dei sette gTLD introdotti recentemente (85), differenze che segnano un trattamento speciale e unico, basato sulla sua attività di registro prima della costituzione di ICANN.

I nuovi contratti sono stati firmati da VeriSign Inc., società statunitense, e ICANN, organizzazione senza scopo di lucro statunitense, il 25 Maggio 2001 (86).

(83) L'Amendment 1 del 28 Settembre 1999 al *Memorandum of Understanding* del Novembre 1998 tra il DoC e ICANN prevede che:

1. *The Agreement entitled «Registry Agreement» between ICANN and Network Solutions, Inc. (NSI) dated — and relating to the provision of registry services for the .com, .net and .org TLDs is hereby approved by the DOC. ICANN will not enter into any amendment of, or substitute for, said agreement, nor will said agreement be assigned by ICANN, without the prior approval of DOC.;*

2. *ICANN shall not enter into any agreement with any successor registry to NSI for the .com, .net, and .org TLDs without the prior approval by DOC of the successor registry and the provisions of the agreement between the registry and ICANN.*

In www.icann.org/general/amend1-jpamou-04nov99.htm

(84) *Network Solutions Inc.* è stata recentemente acquistata da VeriSign Inc, società statunitense operante sul mercato della certificazione digitale. Vedi L. MARINI, «Reti di comunicazione elettronica e servizi collegati nel diritto comunitario: il caso dei nomi di dominio Internet», 2001, *op.cit.*, nota 47, pag.15.

(85) I nuovi gTLD selezionati sono di due tipi: quattro (.biz, .info, .name, .pro) sono «*unsponsored*» e gli altri tre (.aero, .coop, .museum) sono «*sponsored*».

Approssimativamente, un TLD «*unsponsored*» opera in base a politiche stabilite dalla comunità Internet globale attraverso ICANN, mentre un TLD «*sponsored*» è un TLD specializzato che ha una «*sponsoring organization*» rappresentante la comunità più vicina e più interessata al TLD. Alla *sponsoring organization* è delegato il compito di formulare politiche su quel determinato TLD.

Cfr. S. BACCAGLINI, «*ICANN: poca storia, molti problemi Il controllo sui nomi a dominio*», 21 giugno 2001, in www.interlex.it

(86) Sono stati stipulati tre contratti di registro tra ICANN e VeriSign (NSI), uno per ogni gTLD gestito.

Per quanto riguarda il TLD .org (vedi contratto in www.icann.org/tlds/agreements/verisign/-registry-agmt-org-25may01.htm), il 31 Dicembre 2002 (anziché 2003, come previsto dal precedente contratto), VeriSign ha cessato di essere il gestore del registro .org. Il nuovo gestore è un'organizzazione senza scopo di lucro statunitense, il *Public Interest Registry*.

VeriSign ha donato 5 milioni di dollari e lascerà disponibili i *name server* per un anno a costo zero e successivamente ad un prezzo da determinare.

Per quanto riguarda il TLD .net (vedi contratto in www.icann.org/tlds/agreements/verisign/-registry-agmt-net-25may01.htm), VeriSign continuerà la gestione fino al primo Gennaio 2006, dopo di che parteciperà ad una procedura aperta e imparziale per la nuova assegnazione del registro. Essa avrà la possibilità di ricorrere ad arbitrato (non più al giudice come previsto dal precedente accordo) per rivedere la decisione di ICANN in merito all'operatore selezionato.

Per quanto riguarda il TLD .com (vedi contratto in www.icann.org/tlds/agreements/verisign/-registry-agmt-com-25may01.htm), a differenza dei TLD .org e .net, il contratto si discosta dalla forma di contratto prevista per gli *unsponsored* gTLD, dando al monopolista VeriSign un sostanziale vantaggio sui nuovi entranti.

4. I rapporti formali ed informali tra ICANN ed il Dipartimento del Commercio americano

Alcuni autori si riferiscono ad ICANN come a quella «organizzazione senza scopo di lucro che ha assunto la responsabilità per le funzioni che precedentemente erano garantite dal Governo americano» (87) o a cui «l'amministrazione americana ha trasferito l'autorità sul DNS» (88).

«La presunta democraticità e autonomia di ICANN è stata messa fortemente in discussione. Ciò che da più parti si rimprovera è la mancanza di trasparenza sia nella realizzazione della sua struttura, sia nell'impianto decisionale attuale. Di completa privatizzazione si potrà parlare solo dopo il totale trasferimento a vantaggio di ICANN delle funzioni ancora detenute dal governo americano, dismissione che è stata posticipata più volte» (89).

«ICANN è formalmente indipendente dal Governo americano» (90).

Sebbene il governo americano abbia supportato e finanziato lo sviluppo del DNS, esso non ha sviluppato una legislazione in materia, né ha designato un ente responsabile per essa (91), per cui si sono posti dubbi circa il potere del DoC di concludere accordi con ICANN.

Il Dipartimento del Commercio ha identificato tre fonti di diritto:

- Il DoC ha il potere di favorire, promuovere e sviluppare il commercio estero e interno (92);

- Il DoC ha il potere di concludere accordi con organizzazioni senza scopo di lucro per realizzare progetti comuni su materie di pubblico interesse (93);

- La *National Telecommunications and Information Administrations* (NTIA), ente governativo all'interno del Dipartimento del Commercio, ha il potere di provvedere al coordinamento delle attività di telecomunicazioni del ramo esecutivo (94).

Per un'analisi critica del contratto di registro per il .com, si veda il commento del DNSO, Organizzazione di Supporto di ICANN, «*DNSO Input on Proposed VeriSign Agreement Revisions*», 28 Marzo 2001, in www.icann.org/melbourne/dnso-input-verisign-revisions-28mar01.htm. Vedi anche lettera del 15 Maggio 2001 di J.D. DINGELL, *Committee on Energy and Commerce*, e E.J. MARKEY, *Subcommittee on Telecommunications and the Internet*, indirizzata a D.L. Evans, *Secretary of Department of Commerce*, in www.house.gov/commerce-democrats/press/107-ltr53.html

(87) R. WERLE e V. LEIB, «*The Internet Society and its struggle for recognition and influence*», working paper 99/12, Novembre 1999, in www.mpi-fg-koeln.mpg.de/publikation/workingpapers/-wp99-12/index.htm

(88) M. HOLITSCHER, «*Global Internet Governance and the Rise of Private Sector*», *Swiss Political Science Review*, in www.ib.ethz.ch/spsr/debates/debat.net/index.html

(89) S. BACCAGLINI, «*ICANN: poca storia, molti problemi - Process of transition: la privatizzazione di Internet*», 21 Giugno 2001, in www.interlex.it

(90) A.M. FROOMKIN & M.A. LEMLEY, «*ICANN and Antitrust*», 2001, *op. cit.*, pag. 7.

(91) GAO Report del 7 luglio 2000, *op. cit.*, pag. 8.

(92) 15 U.S.C. § 1512.

(93) 15 U.S.C. § 1525.

(94) 47 U.S.C. § 902.

I rapporti tra il Dipartimento del Commercio ed ICANN sono di natura contrattuale: un *Memorandum of Understanding* (95) (MoU) stipulato il 25 Novembre 1998, un *Cooperative Research And Development Agreement* (CRADA) e un *purchase order contract* per svolgere le funzioni IANA (96).

Il *Memorandum of Understanding* (MoU) appare autorizzare non altro che uno studio su come il DNS dovrebbe essere privatizzato, ma un'analisi più approfondita mostra come, attraverso di esso, il Dipartimento del Commercio si sia garantito il controllo sull'operato dell'organizzazione privata.

Con l'Amendment 1 del 4 Novembre 1999 al MoU tra il Dipartimento del Commercio ed ICANN, il primo si assicura anche la supervisione dei contratti di registro stipulati tra ICANN e NSI : «*ICANN shall not enter into any agreement with any successor registry to NSI for the .com, .net. and .org TLDs without the prior approval by DoC of the successor registry and the provisions of the agreement between the registry and ICANN*» (97), ma è ancora più importante rilevare che «*if DoC withdraws its recognition of ICANN or any successor entity by terminating this MoU, ICANN agrees that it will assign to DoC any rights that ICANN has in all existing contracts with registries and registrars*» (98).

La responsabilità di ICANN è quella di agire come l'organizzazione senza scopo di lucro contemplata nel *White Paper*: ogni anno essa deve presentare al DoC un rapporto in cui vengono illustrati gli obiettivi raggiunti e le azioni che sono ancora necessarie per una completa privatizzazione nella gestione del Sistema dei Nomi di Dominio.

Nel Giugno del 1999, il DoC e ICANN hanno stipulato un contratto, un *Cooperative Research And Development Agreement* (99) (CRADA), per

(95) La scadenza del *Memorandum of Understanding* è attualmente il 30 settembre 2003 (*Amendment 5*, in www.icann.org/general/amend5-ipamou-19sep02.htm).

(96) Le funzioni IANA includono il coordinamento dell'assegnazione dei parametri tecnici, l'allocazione degli spazi di indirizzo del protocollo Internet e le funzioni amministrative associate con la gestione del *root*.

(97) *Amendment 1* del 4 Novembre 1999 al MoU tra il Dipartimento del Commercio ed ICANN. In www.icann.org/nsi/amend1-jpamou-04nov99.htm

(98) *Ibidem*.

(99) Il *Cooperative Research And Development Agreement* è disciplinato dal Codice degli Stati Uniti, che lo definisce come «*any agreement between one or more Federal laboratories and one or more non-Federal parties under which the Government, through its laboratories, provides personnel, services, facilities, equipment, intellectual property, or other resources with or without reimbursement (but not funds to non-Federal parties) and the non-Federal parties provide funds, personnel, services, facilities, equipment, intellectual property, or other resources toward the conduct of specified research or development efforts which are consistent with the missions of the laboratory*» (15 U.S.C. § 3710a. (d), Definition.).

Attraverso di esso, quindi, il governo federale e il partner possono ottimizzare le proprie risorse, dividendo i costi della ricerca. Il privato fornisce fondi, personale, servizi, attrezzature e altre risorse necessarie, mentre il governo fornisce risorse simili, ma non fondi.

La controparte dell'agenzia federale può essere un'altra agenzia o un governo locale, organizzazioni industriali (incluse società, partnership, organizzazioni di sviluppo industriale), fondazioni private o pubbliche, organizzazioni senza scopo di lucro (incluse università) o altre persone (15 U.S.C. § 3710a(a)).

determinare la futura gestione del root server A e dell'intero sistema dei *root server* (100). Le parti, nella fattispecie in esame, sono l'istituto del Dipartimento del Commercio americano, il *National Institute of Standard and Technology* (101) (NIST) e, appunto, l'organizzazione statunitense ICANN, in particolare il Comitato interno consultivo *DNS Root Server System Advisory Committee* (102).

Lo scopo è studiare un modo più sicuro e più stabile per gestire il sistema dei *root server*. La ricerca intende (103):

- determinare i requisiti operativi del *root server system*,
- esaminare la sicurezza dello stesso e rivedere l'ubicazione e la distribuzione dei *root server*,
- sviluppare procedure per il *root system*, inclusa la formalizzazione delle relazioni contrattuali in base alle quali i *root server* operano in tutto il mondo (104).

L'ultimo contratto che lega ICANN al Dipartimento del Commercio (rappresentato da NTIA) è il *purchase order* (105) *contract* (106) a costo zero, per un periodo prorogabile attualmente fino al 30 Settembre 2006 (107).

Ogni informazione rivelata dal privato in conseguenza dell'accordo viene protetta dal governo (15 U.S.C. § 3710a(c)(7)): si viene così a creare una vera opportunità di collaborazione, in quanto le parti possono scambiare idee e conoscenze mantenendo i segreti societari. Le parti possono inoltre decidere di non rivelare i risultati della ricerca per un periodo di cinque anni. Possono decidere di dividere i diritti di proprietà intellettuale derivanti dai risultati (15 U.S.C. § 3710a(b)).

(100) Il contratto può leggersi all'indirizzo www.icann.org/committees/dns-root/crada.htm

(101) Fondata nel 1901, NIST è un'agenzia federale all'interno della *Technology Administration* del Dipartimento del Commercio americano. La sua missione è sviluppare e promuovere standard e tecnologie che aumentino la produttività, facilitino il commercio e migliorino la qualità della vita. Vedi il sito del NIST al www.nist.gov.

(102) Lo statuto di ICANN prevede che il Comitato Direttivo possa creare delle Commissioni di studio. Sono tre le commissioni già operative: la *DNS Root Server System Advisory Committee*, la *At Large Membership Study Committee*, la *Governmental Advisory Committee*.

(103) Cfr. GAO Report del 7 Luglio 2000, *op. cit.*, pag. 17.

(104) Il CRADA non ha ancora portato a risultati concreti. Difficile ipotizzare i possibili sviluppi, soprattutto per la difficoltà incontrata nel comprendere le relazioni passate e presenti tra i gestori dei *root server* e Jon Postel, prima, e ICANN, dopo.

(105) Un *purchase order* rappresenta un accordo formale tra due soggetti per la fornitura di beni o servizi.

Esso identifica:

- il «*vendor*», ossia l'individuo o l'organizzazione che fornisce i beni o servizi;
- i beni o servizi forniti;
- la quantità;
- il prezzo;
- la data e i termini di consegna;
- i termini di pagamento.

(106) Il contratto può leggersi all'indirizzo www.icann.org/general/iana-contract-17-mar03.htm

(107) *Section B.2* del *purchase order contract* tra NTIA, agenzia del Dipartimento del Commercio, e ICANN per il trasferimento ad ICANN delle funzioni IANA.

Oggetto del contratto è lo svolgimento, da parte di ICANN (108), delle funzioni IANA (109) precedentemente svolte dall'Information Science Institute (ISI) della University of Southern California (USC), in base al contratto (denominato «*Teranode Network Technology contract*» o «*TNT contract*») che quest'ultima aveva stipulato con DARPA (Defence Advanced Research Project Agency), agenzia del Dipartimento della Difesa (110).

In base al *TNT contract*, ISI svolgeva le funzioni IANA come parte del progetto di ricerca denominato «*Teranode Network Technology*» (111). Il Codice degli Stati Uniti prevede infatti che il Dipartimento della Difesa possa stipulare accordi per portare a termine dei progetti di ricerca (112): in questo modo DARPA (113) è autorizzata a finanziare l'USC per lo svolgimento delle funzioni IANA.

Le agenzie dell'Esecutivo devono seguire determinate procedure nella stipula dei contratti, (114), ma in alcuni casi previsti dalla legge, esse possono derogarvi. Una specifica eccezione è prevista nel *Competition in Contracting Act*: «*an executive agency may use procedures other than competitive procedures only when the property or services needed by the executive agency are available from only one responsible source and no other type of property or services will satisfy the needs of the executive agency*» (115).

Il Governo americano ha dichiarato che il contratto per lo svolgimento delle funzioni IANA è stato stipulato con ICANN proprio in base a tale

(108) Le funzioni IANA, prima della stipula del *purchase order contract*, sono state oggetto di un contratto, approvato dal Dipartimento del Commercio, tra la *University of Southern California* e ICANN: con il *transition agreement*, la prima trasferiva alla seconda alcuni compiti, responsabilità, attività e personale associati all'adempimento delle funzioni IANA. Vedi in www.icann.org/general/usc-icann-transition-agreement.htm.

Con riferimento al *purchase order contract*, ICANN è quindi il *vendor*, ossia il contraente che fornisce il servizio (lo svolgimento delle funzioni IANA) al Governo americano. Il costo gravante sul Governo (prezzo del servizio) è zero.

(109) Si tratta delle funzioni originariamente svolte da Postel, presso l'ISI della *University of Southern California*.

(110) Cfr *Section C.1* (Background) del *purchase order contract* tra NTIA, agenzia del Dipartimento del Commercio, e ICANN per il trasferimento ad ICANN delle funzioni IANA.

(111) *Ibidem*.

(112) 10 U.S.C. § 2371 (a): «*The Secretary of Defense and the Secretary of each military department may enter into transactions (other than contracts, cooperative agreements, and grants) under the authority of this subsection in carrying out basic, applied, and advanced research projects. The authority under this subsection is in addition to the authority provided in section 2358 of this title to use contracts, cooperative agreements, (...) in carrying out such projects.*»

(113) In base al Codice degli Stati Uniti (10 U.S.C. § 2371 (b)), «il Dipartimento della Difesa (DoD), per le attività di cui al 10 U.S.C. § 2371(a) (vedi nota precedente) agirà attraverso DARPA o ogni altro elemento del DoD, che il Segretario può designare».

(114) Procedure definite nella *Federal Acquisition Regulation* (FAR), al fine di soddisfare il consumatore in termini di costo, qualità e disponibilità tempestiva del prodotto o del servizio attraverso l'uso di prodotti o servizi commerciali, oppure usando contraenti che hanno già dimostrato in passato di avere i requisiti adatti, oppure stimolando la concorrenza. Cfr. F.A.R., 1.102 «*Statement of guiding principles for the Federal Acquisition System*»

(115) 41 U.S.C. 253 (c)(1)

specifica eccezione (116): la scelta nasce dalla forte convinzione che ICANN sia la sola entità che possa svolgere l'attività in maniera da assicurare stabilità, sicurezza e credibilità ad Internet durante il periodo di transizione verso una completa privatizzazione.

Per quanto le funzioni IANA vengano giudicate fondamentali per una completa privatizzazione della Rete (processo iniziato con il *White Paper «Management of Internet Names and Addresses»*), va rilevato che ad essa non viene trasferito il potere di decidere delle deleghe a terzi della gestione dei TLD, incarico svolto nel passato da Postel (117), il quale ha determinato l'attuale sistema di competenze nel DNS a livello mondiale.

«Le funzioni amministrative associate alla gestione del *root* includono il ricevimento delle richieste di delega e riassegnazione della delega di TLD, l'investigazione delle circostanze pertinenti tali richieste e la preparazione di rapporti su di esse. Questa funzione, tuttavia, non comprende l'autorizzazione a modifiche, aggiunte, o cancellazioni al *root zone file* o informazioni associate, che costituiscono delega o nuova delega di TLD. Il contratto non altera le responsabilità relative al *root system* definite dall'Amendment 11 (118) del Cooperative Agreement (119)» (120).

È il Dipartimento del Commercio che, dopo aver esaminato i rapporti di ICANN, agisce sulle richieste di delega e riassegnazione delle deleghe dando l'approvazione alle modifiche nel *root zone file* (121).

Inoltre «il Governo si riserva il diritto di porre termine al contratto per sua unica convenienza. In questo caso, il contraente [ICANN] interromperà l'attività svolta in virtù del presente atto e indurrà tutti i suoi fornitori e i suoi contraenti a cessarla» (122).

(116) Cfr. *Notice of intent, «Maintenance of the operation of the Internet by performance of Internet Assigned Numbers Authority (IANA) functions»*, 17 Gennaio 2001, in www.govnoc.net/-opportunities/CBD/2001/01/17/aau.cbd.htm

(117) Postel agiva sotto contratto tra DARPA, agenzia governativa che fa capo al Dipartimento della Difesa americana, e la *University of Southern California*, università statunitense

(118) *Amendment 11* del 7 Ottobre 1998 al *Cooperative Agreement* NCR-9218742 tra NSI (oggi VeriSign) e il DoC.

«While NSI continues to operate the primary root server, it shall request written direction from an authorized USG official before making or rejecting any modifications, additions or deletions to the root zone file. Such direction will be provided within ten (10) working days and it may instruct NSI to process any such changes directed by NewCo [ICANN] when submitted to NSI in conformity with written procedures established by NewCo [ICANN] and recognized by the USG.»

(119) *Cooperative Agreement* NCR-9218742 tra il Dipartimento del Commercio americano e NSI (oggi VeriSign), società commerciale statunitense, è regolamentato dal diritto statunitense.

(120) Punto C.4.2 del *purchase order contract* tra NTIA, agenzia del Dipartimento del Commercio, e ICANN per il trasferimento ad ICANN delle funzioni IANA.

(121) Punto E.2 del *purchase order contract* tra NTIA, agenzia del Dipartimento del Commercio, e ICANN per il trasferimento ad ICANN delle funzioni IANA.

(122) *Section I* del *purchase order contract* tra NTIA, agenzia del Dipartimento del Commercio e ICANN per il trasferimento ad ICANN delle funzioni IANA.

La clausola contrattuale c.d. «*termination for conveniences*» attribuisce al contraente pubblico il potere di risoluzione unilaterale del contratto, anche senza *default* (inadempimento) del contraente, quando la risoluzione sia effettuata nell'interesse pubblico. Cfr. F.P. PUGLIESE, «*I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America*», 1974, CEDAM, Padova.

A questi rapporti formali, si aggiunge una generale supervisione (i cui limiti sono difficilmente definibili) sull'azione di ICANN da parte del DoC (123).

Il fatto che non siano formalmente definite le procedure con cui il DoC revisiona le decisioni di ICANN (124), o che il primo non pubblichi le proprie decisioni riguardanti l'attività di ICANN, fa sorgere dubbi circa l'autonomia decisionale dell'organizzazione (125).

Tutto ciò ha implicazioni a livello internazionale, in quanto l'entrata nel *root file* è condizione imprescindibile per una visibilità mondiale anche per i domini nazionali.

5. La gestione dei domini nazionali

I domini nazionali o *country code Top Level Domains* (ccTLDs) sono dipendenti dalla localizzazione geografica e la loro gestione è effettuata da soggetti incaricati nel passato direttamente da IANA (Internet Assigned Numbers Authority) (126), tipicamente, ma non sempre, localizzati nei paesi a cui il *country-code* (codice di paese) si riferisce, senza che vi sia stato un successivo riconoscimento governativo (127). Questo perché al momento della delega, diversi anni fa, Internet non aveva un impatto sulla comunità nazionale tale da giustificare un intervento del Governo (128).

(123) Un funzionario del Dipartimento del Commercio ha affermato: «*the Department's general oversight under the joint project is limited to ensuring that ICANN's activities are in accordance with the joint project MoU [Memorandum of Understanding tra Doc e ICANN del 28 Novembre 1998], which in turn requires ICANN to perform its MoU tasks in accordance with the White Paper*». Cfr. FROOMKIN A.M., «*Wrong turn in cyberspace: using ICANN to route around the APA and the Constitution*», 2000, in www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/dlj50p17.htm#H2N8.

(124) I funzionari del DoC affermano che la supervisione sulle attività di ICANN relative al MoU del Novembre 1998 (supervisione necessaria per verificare che il settore privato abbia le risorse e le capacità per gestire il DNS) avviene attraverso continue discussioni informali con i dirigenti di ICANN. Non ci sono relazioni scritte di queste discussioni.

Cfr. GAO, «*Internet management - Limited progress on privatization project makes outcome uncertain*», testimony of Peter Guerrero, Director of Physical Infrastructure Issues before the Subcommittee on Science, Technology and Space, Committee on Commerce, Science and Transportation, U.S. Senate, 12 Giugno 2002, in www.gao.gov/new.items/d02805t.pdf

(125) Cfr. FROOMKIN A.M., «*Wrong turn in cyberspace: using ICANN to route around the APA and the Constitution*», *op. cit.*

(126) IANA indica le funzioni svolte da Jon Postel, in base al contratto tra la *University of Southern California*, università statunitense, e il Dipartimento della Difesa americano. Col tempo, la comunità Internet iniziò a riferirsi a IANA, considerandola un ente a sé, di cui Postel era direttore.

(127) IANA ben esprime l'importanza dei TLD geografici: «i ccTLD sono stati stabiliti per facilitare e promuovere la diffusione della Rete nel mondo. Essi consentono al manager designato della gestione di adattare, nel migliore dei modi, le operazioni relative ai ccTLD alle condizioni economiche, culturali e linguistiche della nazione o del territorio coinvolto». Vedi il rapporto di IANA del giorno 11 Febbraio 2000 sulla richiesta di riassegnazione della delega del ccTLD «.pn» dell'Isola di Pitcairn, in www.iana.org/reports/pn-report-11feb00.htm

(128) Cfr. «*Rapporto informativo sulle attività svolte del 31 Marzo 2000*» del Comitato di Esperti Internet (COESIN), in www.coesin.cnr.it/attivita/documenti/relcomint.pdf.

La delega dei domini di primo livello si basa su accordi informali con IANA (e precisamente Jon Postel (129)) e sulla consuetudine (in particolare la RFC1591 «*Domain Name System Structure and Delegation*» (130), documento non vincolante, redatto da Postel nel 1994) (131). Essa, «dal punto di vista tecnico, è determinata dall'entrata nel *root file*» (132).

Lo sforzo attuale è quello di formalizzare i rapporti tra i vari soggetti coinvolti nella gestione dei domini nazionali.

Le parti del contratto ancora in fase di studio, sono ICANN, «ente di diritto privato soggetto esclusivamente alla giurisdizione delle autorità statunitensi» (133), ed il gestore del ccTLD, in genere di nazionalità del paese in causa. Si tratta di contratti internazionali, assimilabili a quelli a formazione progressiva o continuata, «caratterizzati da una lunga e articolata fase di trattative che induce le parti a documentare in qualche modo i momenti più

(129) Postel agiva in base al contratto tra la *University of Southern California*, università statunitense, e il Dipartimento statunitense della Difesa.

(130) J. POSTEL, RFC 1591, *Domain Name System Structure and Delegation*, *Internet Engineering Task Force*, Marzo 1994, in <http://www.ietf.org/rfc/rfc1591.txt>.

Postel, oltre a descrivere la struttura del sistema dei nomi di dominio (distinzione tra gTLD e ccTLD), pone i principi base per l'allocazione e l'amministrazione dei domini.

(131) «Sebbene molti di questi domini furono distribuiti in consultazione con i governi nazionali, il controllo ultimo su chi dovesse essere il delegato alla loro gestione restava sempre nelle mani di Jon Postel: le decisioni finali venivano prese in base a quale fosse il meglio per lo sviluppo di Internet e per la comunità internazionale». Tratto dall'articolo di J. CLAUSING, «*New Internet Board Could Shake Up Country Domains*», 27 Novembre 1998, in www.nytimes.com.

«In passato, la designazione dei registri nazionali era alquanto casuale e veniva connessa alla presenza del nucleo delle reti nazionali di ricerca e sviluppo; quest'ultime sono spesso situate all'interno del Ministero nazionale della ricerca tecnologica o di un dipartimento universitario con interessi nel settore informatico e della ricerca e sviluppo». Cfr. Documento COM(2000)153 definitivo del 2 Febbraio 2000, «*Creazione del nome di dominio Internet di primo livello (TLD) .EU*», pag. 7.

Anche se ai nostri giorni è in qualche modo superato in virtù dell'espansione e della diversificazione di Internet, tale modello serve comunque a spiegare la designazione ereditata dal registro dei ccTLD in diversi Stati.

Nel caso italiano, «verso il 1985, nel momento in cui furono introdotti i domini Internet nazionali, fu comunicato alla IANA che la comunità Internet in Italia, al momento molto ristretta, avrebbe accettato senza problemi la gestione dei nomi sotto il ccTLD «.it» da parte dell'Istituto CNUCE del CNR (Consiglio Nazionale delle Ricerche), per conto della rete per la ricerca scientifica GARR. [...] Il CNUCE era stato pioniere nell'introduzione dei protocolli TCP/IP nel nostro paese ed aveva attivato il collegamento con gli Stati Uniti, pertanto gli altri partner al momento interessati ad Internet in Italia furono d'accordo che ricoprisse questo ruolo. Dal 1998 lo IAT (Istituto per le Applicazioni Telematiche), il nuovo istituto del CNR, ha assorbito le attività del reparto Applicazioni Telematiche del CNUCE stesso. [...] Nessun altro tipo di formalità è stato previsto nel passato, quindi non esistono documenti formali, diversi dalla registrazione nel database della radice (*root file*), che attestino l'incarico ricevuto dallo IAT per quanto riguarda la gestione del TLD.it». Cfr. S. TRUMPY, «*Internet: ecco i veri problemi*», Giugno 1999, in www.idg.it/networking/nwi2000/IW069901.htm

(132) Dichiarazione resa il giorno 11 Novembre 2000 da L. TOUTON, vice presidente di ICANN, davanti alla corte del Missouri, nella causa *Economic Solution, Inc v. ICANN*. In www.geocities.com/gooda14/icann/Touton.htm

(133) L. MARINI, «*Reti di telecomunicazione elettronica e servizi collegati nel diritto comunitario: il caso dei nomi di dominio Internet*», in «*Diritto del Commercio Internazionale*», 2001, pag. 14.

significativi dei negoziati» (134): al contratto sono allegati le comunicazioni intercorse tra ICANN, il manager del ccTLD e il governo o autorità in causa prima della stipula del contratto (135).

Il governo o la pubblica autorità in causa deve formalmente comunicare ad ICANN, la propria designazione del manager del ccTLD tramite lettera, in cui dichiara anche il proprio impegno ad assicurare che gli interessi locali e le politiche pubbliche siano tutelate e riconosce la responsabilità di ICANN nel coordinare il DNS in maniera da assicurare la stabilità e l'interoperabilità di tutta Internet.

Sebbene il contratto sia stato presentato come strumento per la formalizzazione delle deleghe (136), gli obblighi derivanti da esso sono di natura tecnica, inerenti alla gestione dei *server* e del registro e di natura finanziaria, riguardanti il finanziamento di ICANN da parte del gestore del ccTLD.

Il potere di delega di Jon Postel trae origine dalle funzioni da lui svolte in base al contratto tra l'USC e DARPA. Oggi, tali funzioni sono oggetto del *purchase order contract* tra NTIA, agenzia del Dipartimento del Commercio americano e ICANN, società senza scopo di lucro statunitense.

Tale contratto non prevede un'alterazione delle responsabilità definite nell'Amendment 11 al Cooperative Agreement NCR-9218742: NSI «*shall request written directions from and authorized USG [United States Government] official before making or rejecting any modification, additions or deletions to the root zone file*».

In breve, ICANN non ha attualmente la legittimazione per autorizzare modifiche al *root file*, né per decidere delle deleghe. Essa, una volta ricevute le richieste di delega, investiga sulla idoneità del richiedente a gestire il TLD, riassumendo le sue conclusioni in un rapporto, che sarà alla base della decisione del Dipartimento del Commercio per autorizzare o meno NSI a modificare il *root file* (137).

6. Diritto di marchio su un dominio di primo livello (gTLD)

In passato, è stato rivendicato un diritto di marchio sui domini di primo livello.

Le controversie sono sorte negli Stati Uniti, ove legislativamente, la materia dei nomi di dominio è stata ricondotta sotto la disciplina del marchio (138).

(134) Cfr «*Fonti e tipi del contratto internazionale*», contributi raccolti da U. DRAETTA e C. VACCA, Edizione EGEEA, Milano, 1991, pag. 11.

(135) Esse non sono parte del contratto ma sono condizionanti per la stipula dello stesso.

(136) Cfr. «*ICANN Montevideo Meeting Topic: Update on ccTLD Agreements*», Settembre 2001, In www.icann.org/montevideo/ccTLD-update-topic.htm

(137) Dichiarazione resa il giorno 11 Novembre 2000 da L. TOUTON, vice presidente di ICANN, davanti alla corte del Missouri, nella causa *Economic Solution, Inc v. ICANN*. Dichiarazione di Touton, punto 14.

(138) «Nel 1999 il Congresso statunitense ha ulteriormente rafforzato il riferimento della materia a tale disciplina, aggiungendo alla legge [*Trademark Act* del 1986] una sezione denominata *Anti-cybersquatting Act*». P. VARI, «*La natura giuridica dei nomi di dominio*», 2001, Padova.

Lo *United States Patent and Trademark Office* (PTO), Ufficio del Dipartimento del Commercio responsabile dell'esame dei reclami per eventuali violazioni dei diritti di marchio negli Stati Uniti, ha emanato delle Linee guida, *Examination Guide No. 2-99* (139).

Nella sezione intitolata «*Marks Comprised Solely of TLDs for Domain Name Registry Services*» si afferma: «*if a mark is composed solely of a TLD for 'domain name registry services' (e.g., the services currently provided by Network Solutions, Inc. of registering .com domain names), registration should be refused under Trademark Act (140) (...) on the ground that the TLD would not be perceived as a mark*».

In base a tali Linee guida, il giudice ha deciso la causa *Image Online Design, Inc. v. CORE* (141), nella quale era stata citata in giudizio l'organizzazione senza scopo di lucro, con sede a Ginevra, in Svizzera, *Council of Registrars* (CORE) per concorrenza sleale, in quanto nel progetto di privatizzazione della Rete pensato dalla stessa Comunità Internet (142), il comitato IAHC (*Internet Ad Hoc Committee*) aveva proposto l'introduzione di sette nuovi gTLD, tra cui il *.web*. *Imagine Online Design Inc.*, società privata statunitense, sosteneva diritti di marchio sul nome «web», in quanto da essa applicato al servizio di registrazione di domini come TLD sulla rete non ufficiale (143).

Secondo la giurisprudenza statunitense, funzione del marchio, che si esplica in un «diritto di proprietà su una particolare parola, frase o simbolo» (144) è quella di aiutare nella «identificazione del produttore di un bene o del fornitore di un servizio» (145).

(139) Si possono leggere all'indirizzo www.uspto.gov/web/office/tac/notices/guide299.htm

(140) Legge sui marchi approvata dal Congresso nel 1986.

(141) *U.S. District Court, Central District of California, Memorandum of decision in Imagine Online Design, Inc v. CORE*, 22 Giugno 2000, in www.icann.org/tlds/correspondence/ioid-v-core-22jun00.htm

(142) A partire dal 1994, prima dell'intervento del governo americano, numerosi furono gli sforzi internazionali per liberalizzare la Rete.

Nell'Ottobre del 1996, IANA e ISOC (*Internet Society*) costituirono l'*Internet Ad Hoc Committee* (IAHC) per considerare l'introduzione di nuovi gTLD. Il Comitato era costituita da 11 membri, tra cui rappresentanti dell'ITU (*International Communications Union*), INTA (*International Trademark Association*), WIPO (*World Intellectual Property Organization*), NSF e cinque membri dello IETF/ISOC, scelti da Postel.

Vennero proposti sette nuovi domini. Partendo da una concezione del nome di dominio come risorsa pubblica, il piano prevedeva che la funzione di registrazione fosse affidata a società private con scopo di lucro, in competizione tra loro (i consumatori sarebbero stati protetti da un mercato altamente concorrenziale). Il registro sarebbe stato gestito dagli stessi *registrars*, riuniti in una organizzazione senza scopo di lucro, con sede a Ginevra, in Svizzera, e sotto la giurisdizione svizzera: il *Council of Registrars* o CORE. La struttura prevedeva un'altra organizzazione non governativa e senza scopo di lucro, la *Policy Oversight Committee* (POC), con sede a Delaware (Ohio, USA), la quale si sarebbe occupata di determinare le politiche del nuovo sistema, e il *Policy Advisory Board* (PAB), un organo consultivo.

Cfr. M. MUELLER, «*ICANN and Internet Governance sorting through the debris of 'self regulation'*», *Dicembre 1999, op. cit.*, pag. 6.

(143) Esiste una Rete alternativa che può essere visitata solo dopo aver fatto un aggiornamento al proprio computer.

(144) *New Kids on the Block v. News America Publishing, Inc.*, 971 F.2d 306 (9th Cir. 1992).

(145) *New Kids on the Block v. News America Publishing, Inc.*, 971 F.2d 302, 305 (9th Cir. 1992)

Se il .web è un marchio di servizio, esso deve indicare al consumatore il fornitore del servizio. Vanno presi in considerazione due tipi di utenti potenziali: l'utente che vuole registrare il proprio nome di dominio sotto il TLD .web ed il visitatore della Rete che tenta di ottenere l'accesso al sito Internet con estensione .web.

In base all'attuale sistema di registrazione, un utente può ottenere un nome di dominio sotto i vari gTLD da differenti *registrar*. Dato che tutti i *registrar* possono registrare nomi di dominio per tutti i gTLD, questi ultimi sono inutili allo scopo di indicare l'origine del registro (fornitore primo del servizio) (146).

Un dominio di primo livello non indica il fornitore del servizio, ma la natura del sito web (ad esempio «.com» per i siti commerciali o «.org» per le organizzazioni senza scopo di lucro) (147).

La corte dichiarò che al querelante non derivavano diritti di marchio sul nome «web» basati sul suo uso con riferimento alla fornitura del servizio di registrazione sotto il dominio .web: *«In sum, Plaintiff's use of the mark .web in connection with domain name preregistration services does not confer trademark protection. As a gTLD, .web does not indicate the source of the services; instead, it indicates the type of services. The Court finds that .web, as used here, falls out of the ambit of trademark categorization. Further, even if it could be categorized, .web is simply a generic term for websites related to the World Wide Web. Accordingly, the mark is not protectable»*.

Un secondo caso riguarda invece un dominio nazionale: il codice di paese che identifica il paese del Belize è «bz», delegato da IANA nel 1991 alla University College of Belize (148). Con un contratto stipulato il 19 Giugno 1999 tra il Governo del Belize e la società statunitense Economic Solutions, Inc (ESI), il primo trasferiva ad ESI il diritto di esercitare tutti i poteri necessari per svolgere le funzioni inerenti la commercializzazione del .bz (149).

Nel 2000, ICANN propose l'introduzione di sette nuovi gTLD per ampliare lo spazio dei nomi. Tra di essi figurava anche il TLD «.biz» (*business*).

ESI lamentò il fatto che i consumatori avrebbero potuto confondersi per la somiglianza dei due domini, con conseguenti danni alla sua attività; la società rivendicò un diritto al marchio sul .bz e un diritto esclusivo ad introdurre sul mercato tale dominio, ottenuto tramite contratto con il governo del Belize» (150).

(146) *U.S. District Court, Central District of California, Memorandum of decision in Imagine Online Design, Inc v. CORE*, 22 Giugno 2000.

(147) *Ibidem*.

(148) Vedi il sito www.iana.org/root-whois/bz.htm

(149) Lettera del 26 Settembre 2000, inviata da ANTHONY R. KINNEY, legale di ESI a Louis Touton, vice presidente di ICANN, in www.icann.org/tlds/correspondence/bz-letter-26sep00.htm

(150) *Ibidem*.

ESI presentò una mozione per un *temporary restraining order* («TRO»), un ordine giudiziale di interruzione temporanea dell'attività di ICANN con riguardo allo stabilimento dei sette nuovi TLD. Il giudice ha negato la richiesta.

Vedi *United States District Court, Eastern District of Missouri, Eastern Division, Order in Economic Solutions, Inc. v. ICANN*, 13 Novembre 2000, in www.icann.org/tlds/correspondence/esi-v-icann-13nov00.htm

ICANN puntualizzò che «il .bz era stato stabilito per servire i bisogni della comunità Internet nel paese del Belize» (151) e che «.bz è l'abbreviazione di Belize e non era mai stato diretto a rappresentare il termine «business»» (152).

Riprendendo il caso *Image Online Design, Inc. v. CORE*, ICANN faceva notare che se non c'erano diritti di marchio su un TLD basati sulla fornitura del servizio di registrazione di uno stesso TLD, era evidente che non ci potessero essere diritti di marchio basati sulla fornitura del servizio di registrazione di differenti TLD (.biz e .bz) (153).

Quest'ultima controversia dimostra come i desideri del governo del paese cui il ccTLD si riferisce non siano vincolanti per decidere della delega: nessun governo estero «ha la proprietà (*owns*)» del proprio ccTLD o può ordinare ad ICANN o al Dipartimento del Commercio di agire riguardo un dato ccTLD o di modificare il modo in cui questo è gestito. Infatti, in base all'attuale politica, i ccTLD non sono «posseduti (*owned*)» in alcun senso; essi sono resi disponibili per il beneficio dell'intera comunità Internet» (154).

Il fatto che il Sistema dei Nomi di Dominio si sia sviluppato senza una precisa regolamentazione, ha comportato una distorsione nella percezione delle singole responsabilità ed autorità: il ccTLD viene ormai considerato emblema nazionale, al pari di una bandiera; quest'ultima è unica e, prendendo a riferimento l'Italia, è la stessa Costituzione che ne fissa i caratteri (art. 12 Cost.) e norme penali provvedono alla sua tutela (155). Anche il ccTLD è unico e, sebbene in passato i domini nazionali abbiano avuto una funzione puramente commerciale (156), è «gestito in maniera tale da conformarsi alle caratteristiche culturali e linguistiche del paese o del territorio interessato» (157). La stessa Unione Europea considera il .eu come «la possibilità di garantire a tutte le imprese in Europa un'identità europea uniforme» (158).

Nate come codici postali, le due lettere assumono una valenza totalmente diversa nel *cyberspazio*: in un luogo in cui non esistono confini fisici, l'unico punto di riferimento per il viaggiatore può essere dato proprio da quelle due lettere; non a caso è nei sottodomini di un ccTLD che si trova il sito delle istituzioni del paese cui quel ccTLD si riferisce.

(151) Lettera del 23 Ottobre 2000, inviata da L. TOUTON, vice presidente di ICANN a Anthony R. Kinney, legale di ESI, in www.icann.org/tlds/correspondence/bz-response-23oct.htm

(152) *Ibidem*.

(153) *Ibidem*.

(154) Dichiarazione resa il giorno 10 Novembre 2000 da L. TOUTON, vice presidente di ICANN, davanti alla corte del Missouri, nella causa *Economic Solution, Inc v. ICANN*. Dichiarazione di Touton, punto 14. In www.icann.org/legal/esi-v-icann/touton-decl-10nov00.htm

(155) Artt. 292-299 c.p.

(156) È normale trovare siti registrati sotto domini che nulla hanno a che fare con la loro area di origine: molto diffuso è il ccTLD delle isole Tuvalu, e cioè .tv, per la coincidenza con la sigla che indica la televisione, ed è quindi usato da enti che operano nel mercato televisivo.

(157) Cfr. «*ICANN Montevideo Meeting Topic: Update on ccTLD Agreements*», Settembre 2001. In www.icann.org/montevideo/ccld-update-topic.htm

(158) COM (2000) 153 def. del 2 Febbraio 2000, «*Creazione del nome di dominio Internet di primo livello (TLD).EU*», documento di lavoro della Commissione, in <http://europa.eu.int/ISPO/-eif/InternetPoliciesSite/DotEU/WorkDocIT.html>

La natura globale della rete Internet rende però impossibile pensare che in ogni paese i governi possano esercitare autonomamente la loro autorità su quella parte della rete che è localizzata nel loro territorio senza che questo abbia un impatto sull'intera comunità (159), o che un singolo paese (gli Stati Uniti) possano decidere della gestione di Internet a livello mondiale.

7. La gestione dell'infrastruttura di Internet

Ci sono tredici *root server* (160) in tutto il mondo, dieci negli Stati Uniti, due in Europa ed uno in Giappone; di questi solo uno possiede la radice dello spazio dei nomi Internet (*il root zone file*, cioè il database con tutti i nomi di dominio esistenti).

Il *root zone file* è reso disponibile ai dodici *server* secondari da quello primario ("a.root-servers.net», cioè il *root server* A), gestito da VeriSign Inc. (161), società statunitense, conformemente al Cooperative Agreement NCR-9218742, stipulato tra questa e il Dipartimento del Commercio americano.

È bene innanzitutto sottolineare come la creazione dell'infrastruttura alla base della Rete abbia seguito lo sviluppo progressivo di quest'ultima: man mano che cresceva il ruolo di Internet quale mezzo fondamentale per gli scambi internazionali, venivano predisposte nuove strutture fisiche di supporto.

Il sistema è gestito su base volontaria: non esistono rapporti contrattuali tra i vari amministratori di *root server*, né tra questi ultimi e le organizzazioni che a vario titolo sono coinvolte nel governo della Rete.

Mentre i *root server* americani sono direttamente o indirettamente controllati dal Governo statunitense (162), complicata è la situazione di quelli europei.

(159) Cfr. «Rapporto informativo sulle attività svolte del 31 Marzo 2000» del Comitato di Esperti Internet (COESIN), in www.coesin.cnr.it/attivita/documenti/relcomint.pdf.

(160) Ciascun computer collegato ad Internet è identificato tramite un doppio indirizzo univoco: uno numerico ed uno letterale, ma solo quello numerico è riconosciuto dal protocollo di comunicazione TCP/IP.

Sarebbe impossibile per qualsiasi computer tenere localmente una lista aggiornata dei nomi di dominio e degli indirizzi IP di tutte le macchine connesse ad Internet. Questa funzione è assolta dal *name server*, un database che contiene appunto un elenco di corrispondenze DN - indirizzo IP per un sottoinsieme di *host* connessi ad Internet.

Ogni ISP (*Internet Service Provider*), università o società ha un *name server* locale.

Quando vogliamo collegarci ad un determinato sito dando il nome di dominio, il *browser* per prima cosa interroga un *server* locale per conoscere l'indirizzo numerico corrispondente. Se questo non è in grado di rispondere (perché non ha il nome richiesto nel proprio database), inoltra la richiesta ad un *root name server*: esso non ha l'elenco di tutti i siti del mondo, ma utilizza la parte finale del dominio per capire a chi il *server* locale deve rivolgersi per «risolvere» il nome: un *authoritative name server*, un *server* che costituisce una «autorità» per alcune parti dello spazio dei nomi (perché contiene tutte le informazioni relative agli *host* all'interno di quello spazio).

Una volta che il *server* locale ha ottenuto l'informazione desiderata (l'indirizzo IP), essa torna indietro fino al nostro *browser*, che si collegherà al sito richiesto.

(161) Vedi *infra* nota 84.

(162) I *root server* americani sono infatti gestiti dalla DISA, dalla NASA e dall'*Army Research Laboratory*, enti del Dipartimento della Difesa, e da università statunitensi, sempre tramite contratti con agenzie dell'Esecutivo.

Il *root server* «I», il primo al di fuori degli Stati Uniti (163), è situato a Stoccolma, in Svezia, presso il Network Operation Centre (NOC) del Kungliga Tekniska Högskolan (164) (KTH) (165), che lo gestisce tramite contratto (166) con NORDUnet, società danese a responsabilità limitata (167).

Il *root server* «K» è situato a Londra, presso la struttura del LINX (168) (London Internet Exchange), associazione senza scopo di lucro inglese (169), ma è gestito dal RIPE NCC (Reséaux IP Européens Network Coordination Centre) (170), associazione olandese che riunisce gli Internet Service Providers europei.

Nei primi anni novanta, la gestione della Rete è caratterizzata dalla figura autorevole di Jon Postel, riconosciuto in tutto il mondo come uno dei

(163) «*What is NORDUnet?*», in www.nordu.net.htm

(164) Vedi il sito di NORDUnet, in www.nordu.net/members.html

(165) È il centro operativo di SUNET, *Swedish University Computer Network*.

(166) Cfr. P. VILLEMOS, *General Manager* di NORDUnet, «*NORDUnet – A successful collaboration*», Novembre 1996, in www.nordu.net/articles/article1/text.html

(167) Vedi il sito di TERENA, in www.terena.nl/compendium/Nordunet01.html.

NORDUnet interconnette le reti nazionali per la ricerca e l'educazione dei Paesi Nordici (Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia) e connette queste al resto del mondo, offrendo anche servizi di rete basati solo sul protocollo Internet. Essa è il risultato di un progetto finanziato nella seconda metà degli anni '80 dal Consiglio dei Ministri dei Paesi Nordici, istituito nel 1962 con il Trattato di Helsinki «per sviluppare una ulteriore cooperazione tra i paesi nordici nel campo legale, culturale, sociale ed economico, come in quello dei trasporti e delle telecomunicazioni e protezione dell'ambiente» (art. 1).

Gli azionisti di NORDUnet sono i ministri per l'educazione e la ricerca dei Paesi Nordici o istituzioni ad essi appartenenti.

(168) Il LINX fornisce al *root server* le strutture ed il supporto gestionale sul posto ed attraverso la connettività dei suoi membri. Vedi www.linx.net/press/release/005.thtml

(169) Nel 1995 viene costituita come «*Company limited by guarantee*» di diritto inglese.

«*In a company limited by guarantee every member of the company undertakes to contribute to the assets of the company in the event of its being wound up while he is a member, or within one year afterwards, for payment of the debts and liabilities of the company contracted before he ceases to be a member, and the costs charges and expenses of winding up, and for the adjustment of the rights of the contributories among themselves, such amount as may be required not exceeding £10*». Tratto da T.E. CAIN, «*Company Law*», 1960, *Stevens & Sons Limited*, London.

Lo scopo del LINX è, oltre quello di promuovere gli interessi dei suoi membri, fornire connettività per l'Internet del Regno Unito.

(170) Il RIPE NCC è il Registro Internet Regionale a cui IANA delegò l'allocatione dello spazio di indirizzi IP per l'Europa, il Medio Oriente, il Nord Africa e parte dell'Asia (IANA alloca gli indirizzi al RIPE NCC che a sua volta li alloca a registri Internet locali, i quali li assegnano agli utenti finali).

Secondo l'atto costitutivo, il RIPE NCC è costituito come associazione, secondo la legislazione dei Paesi Bassi e con sede ad Amsterdam e si regge esclusivamente sui finanziamenti dei propri membri, che sono i 3.150 registri Internet locali che essa supporta. Il RIPE è incorporata da TERENA (*Trans-European Research and Education Networking Association*), associazione costituita anch'essa sotto la legislazione dei Paesi Bassi e con sede ad Amsterdam.

Il RIPE NCC è l'unico responsabile per la gestione del *root server* localizzato nella struttura del LINX.

I rapporti tra le due associazioni, almeno fino al 1998, erano basati su accordi verbali (non se ne conoscono i requisiti). Al momento sono difficilmente reperibili le informazioni riguardanti l'attuale sistema delle responsabilità, soprattutto è difficile sapere se tale sistema è oggetto di contratto

padri fondatori di Internet, e dallo scarso interesse del governo americano, che ha lasciato al ricercatore americano la responsabilità delle politiche (171).

Si parla di delega orale della gestione (172), ma è dal punto di vista tecnico che si formalizza l'accordo verbale, nel momento in cui il nuovo server è messo in condizione di essere riconosciuto di fatto dagli altri come *root server*. Difficile stabilire quanto la delega possa incidere sull'operato degli amministratori europei di *root server*: la struttura è predisposta, organizzata e finanziata dal gestore, senza alcun coinvolgimento di IANA o di altra organizzazione americana, ma se i dieci elaboratori americani decidessero di non riconoscerla più, essa diverrebbe inutile. Allo stesso tempo, l'impossibilità operativa dei *root server* al di fuori degli Stati Uniti renderebbe l'infrastruttura di Internet meno efficiente.

Nonostante ICANN abbia assicurato una bassa probabilità che l'attuale sistema possa essere distrutto (173), sono sempre più forti le richieste di una formalizzazione dei rapporti tra questa ed i gestori dei *root server*.

L'Unione Europea e molti governi nazionali hanno iniziato ad esprimere preoccupazioni sulla mancanza di accordi formali che coprano la gestione dei *server*: ICANN ha infatti il compito di salvaguardarne la sicurezza, ma nonostante ciò, essa non ha stipulato contratti con le organizzazioni che si occupano dei *root server* per stabilire il livello di servizio o gli standard di sicurezza, né finanzia la loro attività (174).

(171) Da ricordare che Jon Postel agiva conformemente al contratto stipulato tra DARPA e la *University of Southern California*, per la quale lui lavora.

(172) Vedi il sito del LINX, www.linx.net

(173) Per ogni elemento che compone il sistema dei *root server*, esistono procedure atte ad assicurarne il funzionamento: il *root zone file* è ad esempio replicato in un sito in caso di disastro, inoltre tutti i *root server* sono localizzati in strutture professionali.

La diversificazione nel tipo di organizzazione che gestisce il sistema (società commerciali, organizzazioni senza scopo di lucro, università, centri di ricerca, NASA, Difesa statunitense), nella localizzazione delle macchine (Stati Uniti d'America, Regno Unito, Svezia, Giappone) e negli ambienti operativi fornisce un alto livello di protezione, rendendo difficile attaccare i tredici *root server* con un approccio uniforme.

Inoltre, considerando la distribuzione geografica dei *root server*, è improbabile che possano essere tutti contemporaneamente danneggiati da una catastrofe o da un attacco terroristico: «è stato stimato che, dato l'ammontare del traffico che ogni *root server* riceve, il servizio può funzionare con il 40% dei *name server* fuori uso». Cfr «*ICANN DNS Security Update #1*», 4 Gennaio 2002, in www.icann.org/committees/security/dns-security-update-1.htm

(174) BBC News, «*Net's servers under scrutiny*», 15 Gennaio 2002, in <http://news.bbc.co.uk/1/hi/english/sci/tech/newsid.1761000-1761362.stm.htm>.

Willie Black, *Managing Director* di Nominet, l'autorità che gestisce il ccTLD britannico «.uk» e Presidente del CENTR (Council of European National Top-level domain Registries), organizzazione che rappresenta i gestori dei TLD europei, è dell'opinione che la riluttanza di ICANN nel formalizzare tali rapporti sia imputabile ad un preciso timore: in caso di *black-out* di un *root server*, le richieste di danni da parte delle società che hanno perso gli affari sarebbero enormi ed essa non è in grado di coprirne il rischio (BBC News, «*Net's servers under scrutiny*», 15 Gennaio 2002). Ma c'è anche chi sostiene che il vero problema non è finanziario, ma riguarda il ruolo che ICANN dovrebbe avere: in molti chiedono un ente che sorvegli i *root server*, si occupi del coordinamento tecnico e guidi lo sviluppo della Rete.

I registri nazionali chiedono garanzie ad ICANN sulla stabilità dei *root server* in quanto miliardi di dollari in *e-commerce* dipendono oggi da una gestione sicura di questi *server* chiave (175).

Nel Giugno del 1999, il DoC e ICANN hanno stipulato un contratto, un CRADA (*Cooperative Research And Development Agreement*), primo importante passo verso la creazione di rapporti formali per l'amministrazione del *root server system*.

6.1 Il sistema dei root server come infrastruttura critica

• La posizione degli Stati Uniti d'America

«Le infrastrutture critiche americane sono precisamente individuate dalla direttiva presidenziale del 1998 PDD-63 (176): *Critical infrastructures are those physical and cyber-based systems essential to the minimum operations of the economy and government*» (177).

Tali infrastrutture vengono definite critiche in quanto la loro inutilizzabilità o distruzione avrebbe un impatto notevole a livello nazionale, data la loro stretta interdipendenza (178): basta considerare quanti servizi fanno affidamento oggi sulle strutture di rete e di telecomunicazione (non ci sarebbe *e-commerce senza e-communications*).

(175) *Ibidem*

(176) «*The Clinton Administration's Policy on Critical Infrastructure Protection*», Presidential Decision Directive 63, 22 Maggio 1998, in www.cybercrime.gov/white.pr.htm.

L'intento è quello di creare una politica che assicuri la continuità delle infrastrutture critiche e quindi di prendere tutte le misure necessarie per eliminare ogni vulnerabilità significativa ad attacchi fisici o informatici.

«Mediante tale direttiva presidenziale, venne sollecitata la creazione della Partnership for Critical Infrastructure Security, «uno «sforzo collaborativo» guidato dal settore privato, composto da 13 agenzie del governo federale e da 70 società private e associazioni (Microsoft, Cisco System, BellSouth ...). Essa rappresenta, massimamente, la necessità di collaborazione cooperazione e partecipazione dei differenti settori privati, operanti nel contesto delle infrastrutture, con il settore pubblico governativo, competente per le singole funzioni critiche. Un ruolo di primo piano, all'interno della *Partnership for Critical Infrastructure Security*, è svolto dal *Critical Infrastructure Assurance Office* (CIAO), organo amministrativo anch'esso costituito con la direttiva del 1998». Tratto da S. BACCAGLINI, «*Chi difende la Rete dai terroristi?*», 15 Novembre 2001, in www.interlex.it

(177) Esse comprendono «quelle industrie, istituzioni, reti di distribuzione e sistemi che forniscono un flusso continuo di beni e servizi essenziali alla difesa ed alla sicurezza economica della nazione [USA] ed alla salute, benessere e sicurezza dei suoi cittadini», e quindi «sia gli apparati materiali e fisici, i cosiddetti *physical systems*, quali, ad esempio, le infrastrutture dei trasporti e per la distribuzione di energia o acqua; sia i sistemi cosiddetti *cyber-based*, quali l'erogazione di servizi finanziari e bancari attuati mediante impianti di reti telematiche, i servizi di emergenza interconnessi e gli apparati per le telecomunicazioni». Dalla Testimonianza di J.S. TRITAK, Direttore del *Critical Infrastructure Assurance Office* (CIAO) nell'indagine congressuale, svoltasi il 4 Ottobre 2001 presso il Senato degli Stati Uniti d'America, *Committee on Governmental Affairs*, dal titolo «*Critical Infrastructure Protection: Who's In Charge?*», in www.senate.gov/gov.affairs/100401tritak.htm ripresa da S. BACCAGLINI in «*Chi difende la Rete dai terroristi?*», op. cit.

(178) Testimonianza di J.S. TRITAK, Direttore del *Critical Infrastructure Assurance Office* (CIAO) nell'indagine congressuale, svoltasi il 4 Ottobre 2001 presso il Senato degli Stati Uniti d'America, *Committee on Governmental Affairs*, dal titolo «*Critical Infrastructure Protection: Who's In Charge?*», in www.senate.gov/gov.affairs/100401tritak.htm

Le minacce contro tali infrastrutture possono concretizzarsi sia in attacchi fisici, sia in attacchi informatici (179), che i proprietari e i gestori non possono da soli affrontare: ciò che si evidenzia è la necessità di una costante collaborazione tra gli apparati governativi e il settore privato (180).

L'USA PATRIOT Act, Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism, del 26 Ottobre 2001, contiene come disposizione conclusiva una sezione intitolata «*Critical Infrastructure Protection Act 2001*», in cui si legge (181):

«*It is the policy of the United States – (1) that any physical or virtual disruption of the operation of the critical infrastructures of the United States be rare, brief, geographically limited in effect, manageable, and minimally detrimental to the economy, human and government services, and national security of the United States; (2) that actions necessary to achieve the policy stated in paragraph (1) be carried out in a public-private partnership involving corporate and non-governmental organizations; and (3) to have in place a comprehensive and effective program to ensure the continuity of essential Federal Government functions under all circumstances*».

Difficile pensare che tra le infrastrutture critiche, che devono essere gestite, in caso di «emergenza», in modo da subire il minimo impatto «distruttivo» per l'economia, i servizi del Governo e la *sicurezza* nazionale degli Stati Uniti, non sia contemplato anche il sistema dei *root server* di competenza di ICANN (182).

Il sistema è stato preso in considerazione nell'indagine congressuale svoltasi il 4 Ottobre 2001 presso il Senato degli Stati Uniti d'America, *Committee on Governmental Affairs*, dal titolo «*Critical Infrastructure Protection: Who's In Charge?*»: è stato sottolineato come, paradossalmente, gli Stati Uniti non possano da soli assicurare la propria sicurezza nazionale, in quanto molti gestori e proprietari dell'infrastruttura privata sono società per azioni multinazionali con una fitta rete di rapporti che legano fornitori, partner e clienti (183).

(179) *Ibidem*.

(180) Testimonianza di J.P. NACCHIO, presidente della QWEST *Communications International Inc.*, società di telecomunicazioni statunitense, nell'indagine congressuale del 4 Ottobre 2001 «*Critical Infrastructure Protection: Who's In Charge?*», in www.senate.gov/govaffairs/100401nacchio.htm

«Negli USA la quasi totalità delle attività rientranti nel contesto della *Critical Infrastructure* (acqua, luce, comunicazioni ...) sono gestite esclusivamente da società private, si pensi ad ICANN ed il sistema dei 13 *root server*, o più semplicemente alle compagnie telefoniche». Tratto da S. BACCAGLINI, «*Chi difende la Rete dai terroristi?*», *op. cit.*

(181) In www.lextext.com

(182) Cfr. S. BACCAGLINI, «*Chi difende la Rete dai terroristi?*», *op. cit.*

(183) Testimonianza di K.C. WATSON, Presidente della *Partnership for Critical Infrastructure Security* nell'indagine congressuale del 4 Ottobre 2001 «*Critical Infrastructure Protection: Who's In Charge?*».

Negli Stati Uniti il principio secondo cui una distribuzione del controllo conferisce una maggiore sicurezza all'infrastruttura ed una maggiore elasticità all'architettura di rete rispetto all'accentramento dello stesso ben si esplica nelle numerose collaborazioni che questa nazione ha instaurato con altri paesi: sono costanti i contatti, ad esempio, con l'*Office of Critical Infrastructure Protection and Emergency Preparedness* del Canada, con l'*Information Assurance Advisory Council* del Regno Unito o con i responsabili del programma svizzero Infosurance.

• *La posizione dell'Unione Europea*

L'Unione Europea, riconosciuto il ruolo essenziale delle reti elettroniche di comunicazione per la propria economia, sta lavorando al fine di creare «una società dell'informazione più sicura e uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (184).

Il Consiglio europeo, riunito a Lisbona nel marzo del 2000, ha sottolineato l'importanza della transizione verso un'economia competitiva, dinamica e basata sulla conoscenza ed ha invitato il Consiglio e la Commissione ad elaborare un piano d'azione globale per l'Europa telematica (Piano d'azione eEurope) (185). Il suddetto piano d'azione, preparato dalla Commissione e dal Consiglio, e approvato in occasione della riunione del Consiglio Europeo a Feira nel giugno 2000, contempla azioni volte a promuovere la sicurezza delle reti e l'adozione di una strategia coordinata e coerente per far fronte alla criminalità informatica entro la fine dell'anno 2002.

La Commissione ha pubblicato, come parte del suo contributo a questo impegno contro la criminalità telematica, una comunicazione intitolata «*Creare una società dell'informazione sicura migliorando la sicurezza delle infrastrutture dell'informazione e mediante la lotta alla criminalità informatica*» (186). Tale comunicazione proponeva un approccio bilanciato alla soluzione dei problemi di criminalità telematica, tenendo pieno conto delle opinioni di tutte le parti interessate, compresi gli organismi preposti all'applicazione della legge, i prestatori di servizi Internet, gli operatori delle reti, gli altri gruppi industriali, i rappresentanti dei consumatori, le autorità garanti della protezione dei dati e i gruppi che si occupano della tutela della vita privata.

Una delle questioni chiave affrontate dalla comunicazione era l'esigenza di un'azione efficace per fare fronte alle minacce contro l'autenticità, l'integrità, la riservatezza e la disponibilità dei sistemi e delle reti di informazione.

A livello di legislazione comunitaria, esistono già diverse misure legislative che comportano specifiche implicazioni per la sicurezza delle reti e

Agli inizi di Maggio 2002 si è svolto a Roma un incontro bilaterale tra il Governo Italiano ed il Governo degli Stati Uniti sulla sicurezza delle reti. È stato trattato con particolare attenzione il problema della protezione delle infrastrutture critiche informatizzate, avviando una collaborazione con le autorità americane sul tema della sicurezza. Vedi «*I provider nel futuro di Internet*», intervento del Ministro Gasparri al Congresso promosso presso il Ministero delle Comunicazioni il 13 Maggio 2002. Vedi in www.comunicazioni.it/salastampa/intervento.prov.htm

(184) COM (2002) 173 def. del 19 Aprile 2002, Proposta di decisione-quadro del Consiglio relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, in www.ipsoa.it/lalegge/news/sistemiinformaticie.pdf

(185) Conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Lisbona tenuto il 23 e 24 marzo 2000, reperibili all'indirizzo <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>

(186) COM (2000) 890 def. del 26 Gennaio 2001, «*Creare una società dell'informazione sicura migliorando la sicurezza delle infrastrutture dell'informazione e mediante la lotta alla criminalità informatica*», comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, in <http://europa.eu.int/eur-lex/it/com/-cnc/2000/com2000.0890it01.pdf>

dell'informazione, come ad esempio le direttive 95/46/CE (187), 97/66/CE (188) e 98/1984/CE (189) sulla tutela giuridica dei sistemi ad accesso condizionato e dei sistemi di accesso condizionato. In particolare, il quadro europeo di protezione delle telecomunicazioni e dei dati (direttive 95/46/CE e 97/66/CE) contiene disposizioni volte ad assicurarsi che i fornitori di servizi di telecomunicazione aperti al pubblico adottino le misure tecniche ed organizzative adeguate a preservare la sicurezza e la riservatezza dei propri servizi e che tali misure garantiscano un livello di sicurezza adeguato al rischio prospettato.

Uno dei modi più importanti ed efficaci di affrontare questi problemi è costituito dalla prevenzione e dalla formazione. La COM (2000) 890 def. evidenziava l'importanza della disponibilità, dello sviluppo, dell'applicazione e dell'uso effettivo delle tecnologie di prevenzione. Essa sottolineava la necessità di innalzare il livello di consapevolezza dei rischi posti dalla criminalità informatica, promuovere le migliori pratiche per la sicurezza informatica (IT), sviluppare strumenti e procedure efficaci per contrastare la criminalità informatica ed incoraggiare l'ulteriore sviluppo di meccanismi di preallarme e di gestione di crisi (190).

Più di recente, il Consiglio europeo riunito a Stoccolma il 23-24 marzo 2002 ha riconosciuto l'esigenza di azioni ulteriori nel settore della sicurezza delle reti e dell'informazione ed ha concluso che «*il Consiglio svilupperà insieme alla Commissione una strategia globale per la sicurezza delle reti elettroniche, comprensiva di azioni concrete di attuazione*» (191).

(187) Direttiva 95/46/CE del 24 Ottobre 1995 sulla protezione dei dati personali.

«L'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, nel quale, conformemente all'articolo 7 A del trattato, è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, esigono non solo che i dati personali possano circolare liberamente da uno Stato membro all'altro, ma che siano altresì salvaguardati i diritti fondamentali della persona».

(188) Direttiva 97/66/CE del 15 Dicembre 1997 sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni.

«Le disposizioni legislative, regolamentari e tecniche adottate dagli Stati membri in materia di tutela dei dati personali e della vita privata, nonché dei legittimi interessi delle persone giuridiche nel settore della telecomunicazione devono essere armonizzate per evitare ostacoli al mercato interno della telecomunicazione in base all'obiettivo di cui all'articolo 7 A del trattato».

(189) Direttiva 98/1984/CE del 20 Novembre 1998 sulla tutela giuridica dei sistemi ad accesso condizionato e dei sistemi di accesso condizionato.

Le basi giuridiche sono l'articolo 7 A del trattato, secondo il quale il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci e dei servizi; l'articolo 128, paragrafo 4, del trattato, secondo cui la Comunità tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge ai sensi di altre disposizioni del trattato; articolo 130, paragrafo 3, del trattato, secondo cui la Comunità contribuisce alla realizzazione delle condizioni necessarie alla competitività della sua industria attraverso politiche ed azioni da essa attuate.

(190) Il programma UE Tecnologie della società dell'informazione (TSI) fornisce un quadro per sviluppare le capacità e tecnologie necessarie per comprendere ed affrontare le sfide emergenti in materia di criminalità informatica. Il programma TSI viene gestito dalla Commissione europea. Fa parte del 5° Programma quadro, che va dal 1998 al 2002. Maggiori informazioni sono disponibili sul sito <http://www.cordis.lu/ist>

(191) COM (2002) 173 def. del 19 Aprile 2002, proposta di decisione-quadro del Consiglio relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, in www.ipsoa.it/lalegge/news/sistemiinformaticieue.pdf

La Commissione ha risposto a questo appello con la sua comunicazione «*Sicurezza delle reti e sicurezza dell'informazione: proposta di un approccio strategico europeo*» (192). Tale comunicazione, che accenna solo ai *root server* quali componenti dell'infrastruttura di supporto al sistema dei nomi di dominio, ha analizzato i problemi attuali della sicurezza delle reti e ha delineato un progetto di azione strategica in questo settore.

Nella Comunicazione la sicurezza delle reti e dell'informazione viene intesa come «la capacità di una rete o di un sistema d'informazione di resistere, ad un determinato livello di riservatezza, ad eventi impreveduti o atti dolosi che compromettono la disponibilità, l'autenticità, l'integrità e la riservatezza dei dati conservati o trasmessi e dei servizi forniti o accessibili tramite la suddetta rete o sistema».

Tra le minacce alla sicurezza viene prevista anche la «caduta della rete»: «in passato, la caduta della rete era spesso dovuta ad una disfunzione del sistema informatico che la controllava e gli attacchi erano rivolti soprattutto verso questi computer. Attualmente, invece, gli attacchi che causano le più gravi interruzioni sfruttano le debolezze e le vulnerabilità dei componenti della rete (sistema operativo, *router*, commutatori, *server* di nomi, ecc.)» (193).

Gli attacchi di questo tipo possono assumere diverse forme, tra cui quelli rivolti ai *server* dei nomi di dominio: se parte del DNS non funziona alcuni siti web non possono essere localizzati. «La corruzione a livello dei *root server* del sistema del DNS o di altri *server* di nomi di primo livello potrebbe paralizzare la rete. All'inizio di quest'anno sono state evidenziate lacune nel software utilizzato dalla maggior parte dei *server* di nomi di dominio» (194).

Ciò che viene evidenziato è la «una necessità urgente di ravvicinamento del diritto penale sostanziale all'interno dell'Unione europea nel settore degli attacchi ai sistemi di informazione» (195).

Importante sottolineare come anche l'Europa, al pari degli Stati Uniti, ritenga che «la soluzione dei problemi legati alla sicurezza postuli necessariamente una cooperazione internazionale» (196): la Commissione europea partecipa già ai lavori di organismi internazionali quali il G8, l'OCSE e le Nazioni Unite.

(192) COM (2001) 298 def. del 6 giugno 2001, «*Sicurezza delle reti e sicurezza dell'informazione: proposta di un approccio strategico europeo*», comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, in <http://217.56.56.109/documenti/sicurezzaonline.pdf>

(193) *Ibidem*.

(194) COM(2001) 298 def. del 6 giugno 2001. Secondo la soluzione proposta, per difendersi dagli attacchi ai *server* DNS basta in genere estendere i protocolli DNS, ricorrendo ad esempio ad estensioni DNS protette con cifratura a chiave pubblica. Questa soluzione richiede tuttavia l'installazione di nuovo *software* sulle apparecchiature clienti e non è stata utilizzata molto spesso. Inoltre, l'efficacia della procedura amministrativa necessaria per ampliare la fiducia tra domini DNS deve essere migliorata.

(195) COM (2002) 173 def. del 19 Aprile 2002. Tale comunicazione propone proprio una decisione quadro relativa al ravvicinamento del diritto penale sostanziale all'interno dell'Unione europea nel settore degli attacchi ai sistemi di informazione.

(196) COM (2001) 298 def. del 6 giugno 2001.

Conclusioni

Internet differisce dalle altre reti per il fatto che è realizzata con il concorso di tanti soggetti privati che forniscono l'interconnessione ai loro clienti e stipulano accordi per l'interconnessione in modo tale che tutti i nodi connessi possano comunicare tra loro, ma in nessuno di questi contratti si parla di responsabilità (gli stessi contratti alla base della gestione del DNS sono accordi di cooperazione, di coordinamento tecnico delle attività o di sviluppo di un progetto).

Va sottolineata la indivisibilità ed l'interdipendenza che caratterizzano Internet. Per il proprio funzionamento, essa fa affidamento sui *root server*, infrastruttura critica, ma anche sull'intero sistema di telecomunicazioni mondiale.

Il settore delle telecomunicazioni (TLC) ha carattere internazionale per ragioni essenzialmente tecnico-economiche: «le infrastrutture di TLC hanno costi elevati che si ripagano attraverso il traffico; l'esigenza è quella di «catturarle» tutto convogliandolo per quanto possibile sulla stessa infrastruttura» (197). Dunque è necessario raccogliere anche il traffico internazionale e per questo occorre eliminare gli ostacoli tecnici rappresentati da standard difformi che intralciano l'interoperabilità delle reti e dei sistemi.

È stato rilevato come nessun paese possa da solo assicurare la propria sicurezza nazionale (198), in quanto «(...) *ensuring the safety and stability of the Internet depends on every member of the Internet community, business, individuals, and government, all fulfilling their respective duties on the global, regional and national levels*» (199).

È necessaria una cooperazione internazionale finalizzata alla sicurezza della Rete (e delle reti), per aumentare gli standard tecnici, ma che si occupi anche di sviluppare una «etica del sistema, suscettibile in qualche modo di essere richiamata come specificazione del generale dovere di buona fede e come criterio di «ingiustizia» dei danni eventualmente arrecati ad altri operatori della rete» (200).

ICANN non ha sicuramente né l'autorità, né l'autorevolezza per guidare un simile processo: «fino a che punto una organizzazione senza scopo di lucro con sede negli USA ed autorizzata ad operare in un contesto esclusivamente tecnico, ma planetario, deve considerarsi legittimata a decidere su questioni che esulano da tale ambito?» (201).

(197) F. CARDARELLI, V. ZENO-ZENCOVICH, «*Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa e giurisprudenza*», 1997, Edizioni La Terza, Bari, pag. 8

(198) Vice Ministro giapponese I. KOSAKA del *Ministry for Public Management, Home Affairs, Posts and Telecommunications*, intervento al *Meeting di ICANN, «ICANN Community Meeting on Security and Stability of the Internet Naming and Address Allocation System»*, Novembre 2001, Marina del Rey, California, in www.icann.org

(199) *Ibidem*.

(200) S. MAGNI, M.S. SPOLIDORO, «*La responsabilità degli operatori in Internet: profili interni e internazionali*», in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1997, pag. 61 e ss.

(201) S. BACCAGLINI, «*I primi passi di ICANN tra critiche e contrasti*», in www.interlex.it

L'organizzazione senza scopo di lucro statunitense ha dimostrato la sua inadeguatezza a livello internazionale, primo per la difficoltà di stipulare i contratti con i registri dei ccTLD (202), secondo per la sua incapacità ad assicurare formalmente il funzionamento del sistema dei *root server*.

ICANN ha disatteso le aspettative del Governo americano e dei suoi fondatori: la sua originaria missione, quella di essere l'organizzazione creata da settore privato per la gestione dei sistemi di indirizzo e numerazione di Internet, fu quantomeno ambiziosa. Attualmente si sta discutendo su una sua possibile riforma (203), che limiti l'intervento di ICANN al solo ambito tecnico ed amministrativo.

È possibile invece ipotizzare l'intervento di una organizzazione riconosciuta a livello internazionale (204)?

Opinione generale (205) è che la partecipazione di una organizzazione internazionale nella gestione di Internet non possa essere adeguata, in quanto la velocità con cui Internet si evolve richiede decisioni rapide e tempestive.

(202) Nessun ccTLD ha firmato il contratto con ICANN, eccetto Giappone ed Australia.

Si tratta di due casi particolari: per il «.au», con tale contratto ICANN ha dato il controllo ad una organizzazione simile ad essa, sponsorizzata dal Governo australiano; per il «.jp», ora il ccTLD è controllato da Jon Murai, membro dell'ICANN Board.

Vedi A.M. FROOMKIN, «*Form and substance in cyberspace*», Maggio 2002, in <http://personal.law.miami.edu/~froomkin/articles/formandsubstance.pdf>

(203) La discussione è incentrata su quale dovrebbe essere il ruolo di ICANN ed il suo campo d'azione (vedi *Committee on ICANN Evolution and Reform*, «*Working Paper on ICANN Mission and Core Values*», 6 Maggio 2002, in www.icann.org/committees/evol-reform/working-paper-mission-06may02.htm), su come dovrebbe agire (vedi *Committee on ICANN Evolution and Reform*, «*Working Paper on The Policy-Development Process*», 7 Maggio 2002 in www.icann.org/committees/evol-reform/working-paper-process-07may02.htm) e su come dovrebbe essere finanziata (vedi *Committee on ICANN Evolution and Reform*, «*Working Paper on The ICANN Structure and The nominating Committee Concept*», 9 Maggio 2002 in www.icann.org/committees/evol-reform/working-paper-htm)

(204) Si pensi all'ONU che sta promuovendo il c.d. «*Global Compact*», un'iniziativa che mira a sensibilizzare le imprese di tutto il mondo verso una responsabilità sociale nei confronti dei diritti umani e della salvaguardia dell'ambiente.

Esso agisce su tre livelli: internazionale, regionale e nazionale. A livello globale, le iniziative sono state promosse da organizzazioni internazionali, come l'*International Labor Organization* (ILO) e l'*International Monetary Fund* (IMF).

Il risultato viene stimolato a livello regionale, attraverso la stipula di accordi che regolano i rapporti tra singoli paesi (ad esempio, il NAFTA, *North American Free Trade Agreement*, tra Stati Uniti d'America, Canada e Messico).

L'OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*), organizzazione che unisce Unione Europea, Canada e Giappone, ha pubblicato delle linee guida per le imprese multinazionali «al fine di assicurare che le azioni di queste siano in armonia con le politiche dei governi, per rafforzare le basi di una reciproca fiducia tra imprese e società (*societies*) in cui operano (...)».

A livello nazionale, alcuni paesi hanno sviluppato propri sistemi per isolare le imprese che non si uniformano alle politiche internazionali: sia l'Unione Europea, sia gli Stati Uniti d'America hanno imposto sanzioni economiche in caso di violazione dei diritti dei lavoratori (è il caso del Cile che è stato escluso dai programmi americani nel 1987 per le violazioni ai diritti dei lavoratori sotto il regime di Pinochet).

Vedi WILLIAM H. MEYER, B. STEFANOVA, «*Human Rights, the UN Global Compact, and Global Governance*», in *Cornell International Law Journal*, numero 3, 2001.

(205) S. TRUMPY, Intervento nella tavola rotonda «*ICANN, dove va il governo mondiale della Rete?*», Roma, 18 Giugno 2002

Per quanto riguarda l'Unione Europea, gli atti comunitari sono andati ad incidere sui servizi di TLC ma non sulla Rete: la normativa comunitaria ha come finalità ultima l'unificazione del mercato (206).

Il mercato e le relazioni all'interno di esso presuppongono dei rapporti contrattuali. Internet non può essere considerato come rientrante nella nozione comunitaria di mercato in quanto non esistono rapporti contrattuali tra gli utenti ed i gestori della Rete. Si è visto come vi siano difficoltà a stipulare contratti tra gli stessi gestori, dato che nessuno è in grado di garantire il servizio, poiché quest'ultimo dipende non già da singoli, ma dal funzionamento del sistema nel suo complesso.

Di qui la necessità di interventi a livello globale, per grandi aree geografiche al fine di promuovere una solidarietà politica per la sicurezza della Rete ed una politica economica d'intervento sulla gestione, da attuarsi mediante convenzioni. La Rete non ha confini territoriali, per cui nessuno Stato può imporre le sue regole ed i suoi valori agli altri Stati. L'efficienza di Internet dipende da tutti coloro che da sempre vi sono impegnati. In mancanza di un quadro chiaro, è la loro professionalità che ne ha garantito e ne garantisce e ne garantirà il funzionamento.

(206) Art. 2 CE: «La comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, (...), un elevato grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, (...), la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri».

INDICI SISTEMATICI

1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

MASSIMO BACHETTI, <i>Delitto di alto tradimento e responsabilità civile dello Stato</i> pag.	255
ROBERTO DE FELICE, <i>L'Avvocatura dello Stato e i processi per reati ministeriali</i> »	8
DIREZIONE GENERALE PER L'INTEGRAZIONE EUROPEA DEL MINISTERO DEGLI ESTERI (a cura di), <i>Il principio del ne bis in idem nell'Accordo di Schengen</i> »	28
FRANCESCA FARINELLI, <i>La disciplina giuridica di Internet</i> »	345
GIUSEPPE FIENGO, <i>Sulla potestà regolamentare dello Stato in regime di legislazione concorrente</i> »	133
GIUSEPPE FIENGO, <i>Sussidiarietà e leale collaborazione nel sistema delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici</i> »	140
OSCAR FIUMARA, <i>Un blocco autostradale per motivi ambientali: libertà di riunione e libertà di traffico.</i> »	45
OSCAR FIUMARA, <i>La tutela dei prodotti alimentari di qualità dinanzi ai giudici comunitari: le operazioni in loco di affettamento del Prosciutto di Parma e di grattugia del Grana Padana</i> »	34
OSCAR FIUMARA, ETTORE FIGLIOLIA, <i>Il procedimento di formazione dei pareri dell'Avvocatura dello Stato</i> »	1
NOEMI GENNARI, <i>Sul riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in tema di infrastrutture di telecomunicazione e tutela dai campi elettromagnetici</i> »	167
MASSIMO GIANNUZZI, <i>Il rapporto tra Stato e Regioni nella disciplina delle fondazioni bancarie</i> »	113
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Il risarcimento del danno alla persona: inquinamento elettromagnetico e organismi geneticamente modificati</i> »	267
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Gli strumenti della semplificazione normativa</i> »	323
MARIA VITTORIA LUMETTI, SANDRO TIZZI, <i>La responsabilità ex art. 2051 c.c. dell'istituto scolastico durante l'occupazione studentesca</i> »	230

MASSIMO MARI, <i>Sull'autonomia finanziaria degli Enti locali. L'unità del sistema</i> pag.	205
MASSIMO MARI, <i>Il rapporto tra Stato e Regioni nella disciplina delle fondazioni bancarie. La ricostruzione sistematica del settore</i> »	128
ANTONIO PALATIELLO, <i>Il termine ragionevole del processo: la memoria dell'Avvocatura dello Stato alle Sezioni Unite</i> »	209
SIMONA PRUNALI, <i>Attività dell'Ufficio dell'Agente del Governo italiano nei procedimenti dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee</i> »	25
ANDREA VALLETTI, <i>Annullamento dell'aggiudicazione e contratto. Riflessioni sull'opportunità di uscire dal «circolo vizioso» della nullità-annullabilità-caducazione</i> »	301

2 - INDICE DELLE SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

<i>Plenum</i> , 11 febbraio 2003, nelle cause riunite C-187/01 e C-385/01 pag.	30
<i>Plenum</i> , 20 maggio 2003, nella causa C-108/01 »	36
<i>Plenum</i> , 20 maggio 2003, nella causa C-469/00 »	36
<i>Plenum</i> , 12 giugno 2003, nella causa C-112/00 »	48

CORTE COSTITUZIONALE

23-25 maggio 1990, n. 265 »	16
11-24 aprile 2002, n. 134 »	12
29 settembre 2003, n. 300 »	123
1° ottobre 2003, n. 302 »	133
25 settembre-1° ottobre 2003, n. 303 »	140
1-7 ottobre 2003, n. 307 »	171
2-15 ottobre 2003, n. 311 »	207
27 ottobre-7 novembre 2003, n. 331 »	182

CORTE D'APPELLO DI ROMA

Sez. 2° penale, 18 dicembre 2002 - 14 gennaio 2003 »	6
Sez. 2° penale, 16 giugno 2003, n. 4759 »	22

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

G.I.P., 5-7 luglio 2001 »	5
-------------------------------------	---

TRIBUNALE CIVILE DI FIRENZE

Sez. 2°, 21 novembre 2002, n. 762 »	237
---	-----

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA TOSCANA

Sez. 1°, 16 gennaio 2003, n. 12 »	195
---	-----

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL VENETO

Sez. 3°, 28 ottobre 2002, n. 6118 »	192
---	-----

3 - INDICE DEGLI ARGOMENTI

AVVOCATURA DELLO STATO – Pareri – Formazione – Natura giuridica (<i>Trib. di Roma, GIP, 5-7 luglio 2001; Corte d'appello di Roma, sez. 2° pen., 18 dicembre 2002-14 gennaio 2003</i>)	pag. 5,6
COMUNITÀ EUROPEE - Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen – Principio del <i>ne bis in idem</i> – Ambito di operatività – Estinzione dell'azione penale a seguito di procedura transattiva (<i>Corte di Giustizia CE, Plenum, 11 febbraio 2003 nelle cause riun. C-187/01 e C-385/01</i>)	» 30
COMUNITÀ EUROPEE – Denominazione di origine protetta – Reg. 2081/1992 – Reg. 1107/1996 – Grana Padano grattugiato fresco – Disciplinare – Convenzione fra due Stati membri – Condizione relativa all'effettuazione delle operazioni di grattugiatura e di confezionamento del formaggio nella zona di produzione – Artt. 29 e 30 CE – Giustificazione – Opponibilità delle condizioni ai terzi – Certezza del diritto – Pubblicità (<i>Corte di Giustizia CE, Plenum, 20 maggio 2003, nella causa C-469/00</i>)	» 36
COMUNITÀ EUROPEE – Denominazioni di origini protette – Reg. 2081/1992 – Reg. 1107/1996 – Prosciutto di Parma – Disciplina – Condizione di affettamento e di confezionamento del prosciutto nella zona di produzione – Artt. 29 e 30 CE – Giustificazione – Opponibilità della condizione ai terzi – Certezza del diritto – Pubblicità (<i>Corte di Giustizia CE, Plenum, 20 maggio 2003, nella causa C-108/01</i>)	» 36
COMUNITÀ EUROPEE – Libera circolazione delle merci – Ostacoli derivanti da atti privati – Obblighi degli Stati membri – Decisione di non vietare una riunione a scopo ambientale che ha comportato il blocco totale dell'autostrada del Brennero per quasi trenta ore – Giustificazione – Diritti fondamentali – Libertà d'espressione e libertà di riunione – Principio di proporzionalità (<i>Corte di Giustizia CE, Plenum, 12 giugno 2003, nella causa C-112/00</i>)	» 48
EMISSIONI ELETTROMAGNETICHE – Limiti – Disciplina prevista dalla legge 36/01 – Regioni – Potestà legislativa – In materia urbanistica – Ricomprende anche quella di ambiente (<i>TAR Veneto, sez. 3°, 28 ottobre 2002 n. 6118; TAR Toscana, sez. 1°, 16 gennaio 2003 n. 12</i>)	» 192,195
ESTINZIONE DEL REATO per morte del reo – Prova evidente che il fatto non sussiste (<i>Corte d'appello di Roma, sez. 2° pen., 18 dicembre 2002-14 gennaio 2003</i>)	» 6
IMPIANTI FISSI DI RADIOCOMUNICAZIONE – Installazione – Disciplina regionale – Valutazione di impatto ambientale – Progettazione – Distanze minime da edifici o aree determinanti – Prevenzione dei danni derivanti dai campi elettromagnetici – Indicazione obbligatoria negli strumenti urbanistici degli elettrodotti esistenti e dei corridoi per la loro localizzazione; direttiva regionale sull'ampiezza dei corridoi (<i>Corte Cost., 1-7 ottobre 2003, n. 307 e 27 ottobre-7 novembre 2003, n. 331</i>)	» 171,182

IMPOSTE E TASSE – Tasse automobilistiche – Attribuzione alla Regione Campania – Recupero – Proroga dei termini, fissati dalla legge statale – Violazione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tributi erariali (<i>Corte Cost., 2-15 ottobre 2003, n. 311</i>)	pag.	207
ISTITUTI DI CREDITO – Fondazioni bancarie – Disciplina statale sui settori di intervento «ammessi» e «rilevanti»; sull'organo di indirizzo; sulla gestione e destinazione del patrimonio; sul controllo di una società bancaria; sulle dimissioni delle partecipazioni di controllo in società bancarie; sui poteri di vigilanza; sull'adeguamento degli statuti alle nuove disposizioni legislative e sulla ricostituzione degli organi delle fondazioni (<i>Corte Cost., 29 settembre 2003, n. 300</i>)	»	123
LAVORI PUBBLICI – Grandi opere – Infrastrutture pubbliche e private e insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale – Procedimento per l'individuazione, la localizzazione e la realizzazione – Programma del Governo inserito nel Documento di programmazione economico-finanziaria (<i>Corte Cost., 25 settembre - 1 ottobre 2003, n. 303</i>)	»	140
LAVORI PUBBLICI – Lavori di interesse provinciale e regionale – Sistema unitario di qualificazione per gli esecutori – Regolamento statale – applicabilità alle Regioni, anche a statuto speciale, e alle Province autonome (<i>Corte Cost., 1 ottobre 2003, n. 302</i>)	»	133
PROCEDIMENTO PENALE – Reati ministeriali – Indagini preliminari – Competenza – Dopo l'autorizzazione a procedere – È del P.M. (<i>Corte Cost., 11-24 aprile 2002 n. 134; 23-25 maggio 1990, n. 265; Corte d'appello di Roma, sez. 2° pen., 16 giugno 2003 n. 4759</i>)	»	12, 16, 22
RESPONSABILITÀ CIVILE – 2051 c.c. e obblighi di custodia – Responsabilità dell'istituto scolastico – Occupazione studentesca (<i>Trib. civile di Firenze, sez. 2°, 21 novembre 2002, n. 762</i>)	»	237

4 - PARERI

A.G.S. – Parere del 22 maggio 2003 – Tasse su concessioni governative. Se per impedire la decadenza fissata per il rimborso di tasse di concessione governativa sia sufficiente la spedizione della richiesta od occorra la ricezione della stessa da parte delle amministrazioni (<i>consultivo n. 6166/03, avvocato F.M. Patierno</i>)	pag.	239
A.G.S. – Parere del 9 luglio 2003, n. 78223. Ambito e modalità di applicazione della legge n. 166/2002, art. 2 (<i>consultivo n. 5070/03, avvocato A. Linguiti</i>)	»	240
A.G.S. – Parere del 22 luglio 2003, n. 81240 – Accesso ai documenti amministrativi. Possibilità di accesso ai curricula di candidati ad un concorso – Limiti per la tutela della riservatezza (<i>consultivo n. 7910/03, avvocato G. Mangia</i>)	»	242

A.G.S. – Parere del 22 luglio 2003, n. 81247.

Legge 22 dicembre 1999, n. 512 – Istituzione del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso – Notifica *ex art. 5* atto di citazione (*consultivo n. 18678/02, avvocato S. Sabelli*) pag. 243

A.G.S. – Parere del 1° ottobre 2003, n. 105547 – Rimborsi e termine di prescrizione.

(*consultivo n. 13863/02, avvocato L. Criscuoli*) » 246

A.G.S. – Parere del 22 settembre 2003, n. 102641.

Convenzione transattiva evolutiva tra il Ministero dell'Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza e Telecom S.p.a. – Rapporti con disciplina Consip S.p.A. (*consultivo n. 9325/02, avvocato G. Fiengo*) » 251

