

ANNO LV - N. 1

GENNAIO-MARZO 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 – Francesco Sclafani – Tito Varrone*.

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE NUMERO: *Emanuela Brugiotti – Ignazio Francesco Caramazza – Fernando Carangelo – Giuseppe Nerio Carugno – Sabino Cassese – Ermanno De Francisco – Alberto de Roberto – Maria Gentile – Cristina Giorgiantonio – Pasquale Giuliano – Maria Letizia Guida – Maria Vittoria Lumetti – Ilaria Sanasi – Gennaro Terracciano – Sandro Tizzi*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*.

Telefono: 066829431 – E-mail: [rassegna@avvocaturastato.it](mailto:rassegna@avvocaturastato.it)

#### ABBONAMENTI ANNO 2003

	ITALIA	ESTERO
ABBONAMENTO ANNUO .....	€ <b>41,00</b>	€ <b>77,00</b>
UN NUMERO SEPARATO .....	€ <b>12,00</b>	€ <b>21,00</b>

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](mailto: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

(6999999/029) Roma, 2003 — Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. – S.

# INDICE – SOMMARIO

## TEMI ISTITUZIONALI

<i>La difesa delle amministrazioni pubbliche nel giudizio amministrativo</i> (atti del seminario di apertura del Master presso la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze) . . . . .	Pag.	1
Interventi di:		
Gennaro Terracciano . . . . .	»	1, 22
Luigi Mazzella . . . . .	»	3
Ignazio Francesco Caramazza . . . . .	»	6
Pasquale Giuliano . . . . .	»	14
Alberto de Roberto . . . . .	»	18
Giuseppe Nerio Carugno . . . . .	»	23
Federico Basilica . . . . .	»	25
Maria Gentile . . . . .	»	27
Ermanno De Francisco . . . . .	»	28

## IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Le Regioni e le relazioni internazionali e comunitarie</i> , di Maurizio Fiorilli . . . . .	»	31
1. — <i>Le decisioni:</i>		
<i>Il monito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla «legge Pinto», Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. 1<sup>a</sup>, 27 marzo-20 maggio 2003, di Antonio Palatiello . . . . .</i>	»	41
<i>Cioccolato e cioccolato puro, Corte di Giustizia, sez. 6<sup>a</sup>, 16 gennaio 2003, causa C-14/00, di Oscar Fiumara . . . . .</i>	»	48
2. — <i>I giudizi in corso alla Corte di Giustizia CE . . . . .</i>	»	55

## IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Tito Varrone (a cura di), dossier: <i>Spoils system: la giurisprudenza comincia a pronunciarsi sulle questioni insorte a seguito della legge 145/2002 . . . . .</i>	»	120
Antonio Palatiello (a cura di), dossier, <i>Il termine ragionevole del processo: le ultime pronunce, aspettando le Sezioni Unite . . . . .</i>	»	200
Ilaria Sanasi, <i>Legittime le «quote rosa» nella legge elettorale della Regione Valle d'Aosta . . . . .</i>	»	210
Ignazio Francesco Caramazza, <i>Incidente di costituzionalità e giurisdizione in sede di giudizio cautelare amministrativo. Un dialogo difficile tra complessità ed incomprensioni . . . . .</i>	»	220
Cristina Giorgiantonio, <i>Normativa antitrust e settore bancario: l'eccezione italiana . . . . .</i>	»	228
Ilaria Sanasi, <i>Obbligo di notifica dell'atto introduttivo del giudizio all'Avvocatura dello Stato . . . . .</i>	»	249
Maria Vittoria Lumetti, <i>Motivazione successiva in giudizio: il TAR Toscana la ammette in sede di sospensiva . . . . .</i>	»	253
Maria Vittoria Lumetti, Sandro Tizzi, <i>La normativa in materia di stranieri, novellata dalla legge n. 189/2002 e il «patteggiamento» . . . . .</i>	»	263
Emanuela Brugiotti, <i>Note processuali connesse alla tutela dei dati personali, ai sensi dell'art. 29 della legge n. 675/1996 . . . . .</i>	»	274

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO . . . . .	»	285
--	---	-----

## CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Mario Antonio Scino, <i>Contratti della P.A. ed invalidità procedimentali (Premio Sandulli 6 dicembre 2002) . . . . .</i>	»	317
Fernando Carangelo, <i>Il danno da dequalificazione professionale . . . . .</i>	»	322

INDICI SISTEMATICI . . . . .	»	329
------------------------------	---	-----



# TEMI ISTITUZIONALI

## **La difesa delle Amministrazioni pubbliche nel giudizio amministrativo**

*Seminario di apertura del Master della scuola superiore dell'economia  
e delle finanze svoltosi a Roma, in data 13 marzo 2003*

### INTERVENTI

*Prof. Gennaro Terracciano – Rettore della Scuola superiore dell'economia  
e delle finanze;*

*Avv. Luigi Mazzella – Ministro della Funzione Pubblica;*

*Avv. Ignazio Francesco Caramazza – Vice Avvocato Generale dello Stato;*

*Sen. Pasquale Giuliano – Presidente del Consiglio di Garanzia del Senato  
della Repubblica;*

*Pres. Alberto de Roberto – Presidente del Consiglio di Stato;*

*Prof. Giuseppe Nerio Carugno – Prorettore della Scuola superiore dell'economia  
e delle finanze – Avvocato dello Stato;*

*Avv. Federico Basilica – Avvocato dello Stato;*

*Prof. Maria Gentile – Professore Ordinario della Scuola superiore dell'economia  
e delle finanze;*

*Cons. Ermanno De Francisco – Consigliere di Stato – Vice capo dell'Ufficio  
legislativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri.*

*Roma, li 13 marzo 2003*

### DAL DIBATTITO

**Gennaro Terracciano.** Ringrazio tutti voi qui presenti, soprattutto il Ministro della Funzione Pubblica, avvocato Luigi Mazzella, il Presidente del Consiglio di Stato, dott. Alberto De Roberto e i relatori di questa mattina, Ignazio Francesco Caramazza, Vice Avvocato Generale dello Stato, Pasquale Giuliano, Presidente del Consiglio di Garanzia del Senato della Repubblica.

Un saluto caloroso anche a tutti gli amici, magistrati, avvocati e, naturalmente, ai giovani avvocati sia dell'Amministrazione, sia liberi professionisti che sono qui oggi riuniti.

Abbiamo qualche minuto di ritardo, quindi sarò molto veloce per consentire che entro il *break* i relatori possano fare gli interventi di apertura del Master come previsto, quindi ci sarà la presentazione in concreto delle singole giornate del Master.

Come sapete, questo Master è intitolato «Difesa delle Amministrazioni Pubbliche nel giudizio amministrativo», è stato fatto in collaborazione, con il patrocinio dell'Avvocatura Generale dello Stato, del Consiglio di Stato, della Presidenza del Consiglio dei Ministri; di ciò voglio ringraziare naturalmente l'Avvocato Generale dello Stato e l'Avvocato Generale facente funzione, il Presidente del Consiglio di Stato; per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in particolare un ringraziamento al Consigliere Catricalà che ci ha aiutato molto nella organizzazione del Master.

Perché questo Master? Di interventi formativi, corposi, lunghi, seri, sul processo amministrativo ve ne sono, le università cominciano per fortuna ad interessarsi al processo amministrativo anche in ragione probabilmente dell'estensione a seguito della legge 205 e delle materie oggetto della giurisdizione del giudice amministrativo.

È una giurisdizione che ormai si interessa della vita dei cittadini, l'oggetto vero non è più l'atto, probabilmente è la regolazione degli assetti di interessi, cioè l'interesse pubblico, l'interesse degli amministrati. Naturalmente non voglio entrare nel merito, ma noi pensiamo che sul panorama delle offerte formative mancava un Master che fosse diretto specificamente a coloro che svolgono una funzione molto delicata, quella della difesa delle amministrazioni innanzi al giudice amministrativo.

A dire il vero io mi trovo con molto piacere insieme a tante persone che conosco per la mia esperienza professionale, sono stato avvocato dello Stato e magistrato del TAR, quindi ho visto da tutte e due le parti come si svolge, quali sono le dinamiche del processo. Da sempre il giudice amministrativo ha naturalmente una sensibilità particolare per la posizione dell'Amministrazione, anche naturale, in fondo è l'interesse pubblico l'oggetto vero del giudizio. È ragionevole pensare che la parte amministrazione, pur essendo una vera e propria parte del processo, tuttavia difende un interesse più elevato rispetto a quello della singola impresa, del singolo cittadino che si trovano a dover difendere interessi, chiamiamoli egoistici – ma non c'è nessuna valutazione negativa, naturalmente, con questa terminologia, con questa allocuzione.

Però è anche vero che, comunque, il processo visto dal difensore ha una fisionomia diversa ed è per questo che il nostro Master è costruito specificamente per loro; l'idea è quella di affrontare tutti gli istituti processuali, non dal punto di vista del magistrato, ma dal punto di vista del difensore in modo da garantire allo stesso tutti gli strumenti utili per poter effettuare al meglio la propria professione. Ed è per questo che siamo molto felici che poi il Master abbia avuto un successo quanto alle aspettative che si sono create: avevamo bandito in *Gazzetta Ufficiale* un concorso per coprire trenta posti di cui 5 con borsa di studio per giovani avvocati al di sotto di 28 anni, ci siamo trovati con più di 800 domande, abbiamo raddoppiato il numero degli iscritti, abbiamo deciso di sdoppiare il Master, quindi ne faremo due,

identici naturalmente; abbiamo voluto fare un vero e proprio concorso, un esame sui *curricula* presentati. Devo dire che tra tutti quelli che sono qui, provenienti in parte dal mondo delle Amministrazioni, designati, in parte dal mondo della libera professione, ci sono anche coloro che naturalmente si affacciano per la prima volta a queste tematiche; si tratta di persone che hanno necessariamente 110 e lode, hanno necessariamente l'abilitazione, hanno necessariamente già fatto dei Master. Insomma, noi speriamo che, naturalmente, oltre al corpo docente che, come avete potuto notare, è il meglio che si possa avere in questo campo, anche tra i discenti vi sia il meglio.

Molto spesso i Master, per funzionare, per necessità devono avere anche una classe discente particolarmente spinta, motivata ad approfondire gli argomenti.

Il corso sarà molto faticoso perché sono previsti all'interno delle giornate (dura più di un anno) anche dei momenti di esercitazione e delle simulazioni di veri e propri processi; questo renderà la cosa abbastanza complicata nella gestione, ma noi speriamo di poter fare in modo che queste giornate siano molto utili, qualche esperienza l'abbiamo.

In più, vi sono anche degli inserti riguardanti la comunicazione in questo campo, cioè tecniche di persuasione e tutto ciò che in qualche modo riguarda la capacità e le tecniche per le difese scritte ed orali. Naturalmente non è sufficiente un Master di questo genere per sostituire l'esperienza che negli anni deve essere acquisita in questo tipo di processo, che è assolutamente tecnico, ma noi speriamo di poter dare un nostro contributo.

Infine, sapete che questo è un Master che rilascia un titolo della Scuola, non è tra quelli previsti nella disciplina universitaria; noi abbiamo un nostro sistema di titoli con riconoscimenti di crediti formativi nostri, non universitari. Naturalmente, noi speriamo che prima o poi anche in Italia sparisca quella che è una cosa arcaica, perché non esiste negli altri ordinamenti, cioè il valore legale del titolo. Perché un titolo vale per ciò che in qualche misura riesce a consentire quanto al riconoscimento dei contenuti dell'attività formativa.

Il mio compito finisce qui, ringrazio di nuovo il Ministro Mazzella per la sua presenza qui e per l'apertura dei lavori.

**Luigi Mazzella.** Esprimo un sincero e vivo compiacimento per l'invito che mi è stato rivolto ad intervenire a questo seminario di apertura di un Master sulla difesa delle Amministrazioni Pubbliche nel giudizio amministrativo. Desidero complimentarmi con il prof. Terracciano, Rettore della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze, che ha dato avvio a questo importante progetto formativo. Saluto altresì i tanti autorevoli amici che sono qui intervenuti, dal Presidente del Consiglio di Stato che patrocina con il suo Istituto questa iniziativa unitamente alla Presidenza del Consiglio e all'Avvocatura Generale dello Stato; al Presidente del Consiglio di Garanzia del Senato della Repubblica, Senatore Pasquale Giuliano; al Vice Avvocato Generale dello Stato, Ignazio Francesco Caramazza.

Il tema del Master presenta un angolo prospettico molto significativo: non si è voluto fare un Master sulla giustizia amministrativa *tout court*, quanto piuttosto si è voluto approfondire l'aspetto della difesa dello Stato e, più in generale, delle pubbliche amministrazioni. Le profonde trasformazioni che la giustizia amministrativa ha conosciuto in questi ultimi anni ne hanno, infatti, completamente mutato il volto. Il Consiglio di Stato prima ed il legislatore poi, hanno infatti inciso radicalmente, profondamente sul sistema di tutela. L'evoluzione del diritto amministrativo sostanziale ha fatto il resto, condizionando il lavoro di chi vi è quotidianamente a contatto, gli operatori del settore. Il principio di tutela delle posizioni soggettive non si esplica più solo nella difesa processuale, ma anche nella fase procedimentale, cioè quella fase finalizzata all'adozione dell'atto. Ciò per lo scopo di evitare o, comunque, di prevenire la lesione delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte nel procedimento; evidentemente si tratta di un tentativo di evitare la fase contenziosa.

La legge 1990 sul procedimento amministrativo consente al privato di partecipare al procedimento, l'accesso agli atti gli permette di orientare gli sviluppi dell'azione amministrativa, tenendo conto di tutti gli interessi pubblici e privati da essa coinvolti. Anche la difesa delle Amministrazioni Pubbliche, per effetto di questa legge, è profondamente mutata.

A differenza dei sistemi adottati in altri Paesi, nell'ordinamento italiano la tutela legale degli interessi patrimoniali e non patrimoniali dello Stato è, come noto, istituzionalmente attribuita ad un corpo di giuristi specializzati, gli avvocati dello Stato; essi sono chiamati a svolgere la loro attività quando la cura dell'interesse pubblico, sia nelle forme del diritto comune che attraverso l'esercizio di potestà, richieda di promuovere o sostenere una controversia giudiziaria; ovvero, comporti l'adozione di una determinazione che implichi l'applicazione di regole giuridiche.

Non vi intratterrò sui profili storici e sugli aspetti più propriamente tecnici di tale soluzione: di questo si occuperà diffusamente il collega Caramazza, che svolgerà un vero e proprio intervento sul tema; il mio è soltanto una breve introduzione ed un cenno di saluto. Quello che è certo è che tale scelta offre innegabili vantaggi che la rendono attuale: considerazione unitaria degli interessi dello Stato che possono trascendere l'esito della singola causa, unità di indirizzo nell'attività defensionale, visione complessiva delle problematiche della funzione amministrativa, costante integrazione tra attività consultiva e contenziosa. Infine, circostanza non del tutto irrilevante, notevole riduzione degli oneri di assistenza legale per il bilancio dello Stato.

Certo, quando si parla delle funzioni dell'Avvocatura dello Stato si pensa subito alla rappresentanza e alla difesa in giudizio dell'Amministrazione statale in tutte le sue articolazioni, quindi anche in quelle estere, le rappresentanze diplomatiche, delle organizzazioni internazionali. Ma si trascura un altro aspetto molto rilevante dell'attività dell'Avvocatura dello Stato, cioè la sua funzione di consulenza. È una funzione che viene prestata in favore dell'Amministrazione statale e degli enti ammessi al patrocinio; il parere richiesto all'Avvocatura dello Stato ha spesso un collegamento, ma talvolta in qualche modo prescinde da situazioni potenzialmente o attualmente liti-



giose, spazia dalle consultazioni legali sull'opportunità di promuovere o abbandonare giudizi, si spinge all'esame di regolamenti o capitolati, alla predisposizione di contratti e transazioni. Quindi, coinvolge una materia molto vasta che comprende ogni possibilità di esprimersi sui provvedimenti da adottare in ordine a questioni da definire in via amministrativa.

La funzione consultiva è svolta non solo e non tanto nell'interesse particolare dell'organismo che se ne avvale, proprio per il caso più specifico, quello di prevenire una lite, ma anche al fine di garantire l'interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa. La legge assicura all'Avvocatura dello Stato autonomia ed indipendenza rispetto ai soggetti pubblici che fruiscono dell'attività consultiva e della difesa giudiziale; l'indipendenza è posta a presidio dei primari valori giuridici dell'ordinamento statale inteso nella sua unitarietà.

La mancanza di un collegamento settoriale con singole branche dell'Amministrazione colloca l'attività di tutela legale affidata all'Avvocatura nella dimensione generale dell'esercizio della funzione pubblica, più che in quella del singolo giudizio o affare amministrativo. I suoi uffici, posti sotto l'immediata direzione dell'Avvocato Generale, sono inquadrati nella Presidenza del Consiglio dei Ministri, ma tale gerarchia cosiddetta *esterna* – che pure, di fatto, non interferisce sull'autonomia tecnico-professionale dell'Istituto e dei singoli avvocati dello Stato – potrebbe essere anche, più che attenuata, eliminata, se il legislatore nella sua sovrana determinazione volesse utilizzare per l'avvocatura lo strumento in via di regolamentazione delle istituzioni pubbliche indipendenti, che impropriamente vengono definite *authorities*, con una terminologia tratta dal linguaggio anglosassone.

In un quadro così variegato si colloca il Master che si apre oggi; è un progetto di cui si sentiva veramente la necessità proprio per la sistematicità che traspare dal calendario delle lezioni, con cui si intende rispondere alla continua evoluzione ed integrazione del diritto amministrativo interno e comunitario.

Mi fa piacere constatare che la brillante idea di fornire ai partecipanti a questo progetto i diversi punti di vista sulla giustizia amministrativa sia pienamente realizzata; infatti i docenti, tra i quali numerosi magistrati amministrativi ed avvocati dello Stato, saranno in grado di trasmettere quello che è il processo amministrativo vissuto nell'ottica del giudice, del difensore dello Stato e del libero professionista.

Sono convinto che in tal modo il Master raggiungerà l'obiettivo di fornire strumenti reali per la difesa delle Pubbliche Amministrazioni in giudizio, attuando un percorso formativo specialistico che vada ben oltre le astrazioni teoriche dei manuali e della dottrina e consenta ai partecipanti di vivere e condividere il processo amministrativo.

Vi ringrazio per l'attenzione e faccio a tutti i migliori auguri di buon lavoro.

**Gennaro Terracciano.** Grazie signor Ministro, volevo sottolineare che effettivamente è dovuto un ringraziamento anche a tutti i docenti che hanno dato il loro assenso per la realizzazione di questo Master, durante le giornate

saranno sempre presenti almeno un magistrato, almeno un avvocato dello Stato, almeno un libero professionista, professori universitari; questo appunto per garantire che sullo stesso argomento vi sia anche una possibilità di dialettica tra le diverse componenti.

Se possiamo continuare darei la parola al Vice Avvocato Generale, Ignazio Francesco Caramazza.

**Ignazio Francesco Caramazza.** *L'Avvocatura dello Stato nella storia della giustizia amministrativa.*

1. Uno dei nostri maggiori amministrativisti ha dedicato l'«incipit» di un suo recente articolo ad un rinnovato incontro romano con il marziano di Ennio Flaiano, un marziano stranamente interessato, questa volta, alla nostra giustizia amministrativa. Immaginava ancora, questo nostro amministrativista, di descrivere le difficoltà incontrate nel cercare di spiegare l'argomento all'amico marziano e di come si fosse reso conto che, nonostante l'elevato livello intellettuale del suo interlocutore, non era in grado di farlo se non ricorrendo alla storia.

Questo conferma l'intuizione di Mario Nigro, che nessun istituto del diritto amministrativo è comprensibile se non ricorrendo alla sua storia.

Orbene, l'Avvocatura dello Stato ha un posto importante nella storia della giustizia amministrativa perché del giudice amministrativo italiano essa è stata, in qualche modo, la levatrice ed ha influito, e non poco, sulla sua conformazione e sulla sua evoluzione.

Da altro punto di vista va osservato che quando la difesa dello Stato in giudizio venga affidata, come accade nel nostro ordinamento, ad un organo tecnico incardinato nell'Amministrazione, ma distinto dalle singole branche dell'Amministrazione, tale organo diventa allora un osservatorio privilegiato del variare del punto di equilibrio tra principio di libertà e principio di autorità. Punto di equilibrio che evolve nel tempo, in sintonia con le grandi crisi di trasformazione della società, dello Stato e del diritto.

Si tratta di crisi che, per linee generalissime, possiamo individuare in quattro momenti: il passaggio dall'*ancien régime* allo Stato liberal borghese; il passaggio dallo Stato liberal borghese allo Stato sociale o, per usare una terminologia gianniniana, allo stato pluriclasse; il passaggio dallo Stato pluriclasse allo stato cosiddetto post-moderno. L'ultima crisi, quella attuale, che stiamo vivendo ai giorni nostri, segna, infine, il passaggio dallo Stato post-moderno allo Stato minimo.

Sono tutti cambiamenti che, semplificando al massimo, possiamo descrivere attraverso un diverso bilanciamento dei punti di equilibrio dei tre poteri tradizionali, legislativo, esecutivo e giudiziario che, da quando nacquero dall'indistinto del potere assoluto del sovrano, videro mutare (e di molto) le reciproche valenze nell'arco di due secoli, con conseguente intuitivo riflesso di tale mutamento sia sulla giustizia amministrativa che sui compiti e le funzioni dell'avvocato che difende lo Stato in giudizio.

2. Dobbiamo, ovviamente, prendere l'avvio da quella che è tuttora la pietra miliare del nostro ordinamento di giustizia amministrativa, la legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865, legge che, come è noto,

soppresse i tribunali speciali del contenzioso, devolvendo al giudice ordinario tutte le cause, anche contro l'Amministrazione, in cui si facesse questione di un diritto civile o politico. L'unico limite posto al giudice ordinario nei confronti dell'Amministrazione fu il divieto di annullare l'atto amministrativo, che poteva essere soltanto disapplicato.

Fu una scelta di civiltà liberale coraggiosissima, perché si modellò su quella che era l'esperienza inglese, mediata attraverso la Costituzione belga del 1831 (dei cui articoli 92, 93 e 107, gli articoli 4 e 5 della legge italiana abolitrice del contenzioso amministrativo rappresentano la letterale traduzione).

Si trattò però di una scelta probabilmente troppo in anticipo sui tempi, tanto vero che fiori, immediatamente dopo l'approvazione della legge abolitrice, una giurisprudenza che, sulla falsariga del modello belga, concesse aperture estremamente allarmanti per la classe dirigente del tempo, inducendola a correre ai ripari con energie contropinte conservatrici. Nell'anno 1876 era pacifica infatti, una giurisprudenza delle Cassazioni italiane che consentiva a chi fosse stato danneggiato da un atto amministrativo (ad esempio da un provvedimento prezzi) di chiedere il risarcimento del danno. Era un riconoscimento della risarcibilità dei danni da lesione di interesse legittimo *ante litteram*, che precorreva i tempi di ben 125 anni.

Tutto questo avveniva, poi, nonostante l'arcigna guardia montata dal Consiglio di Stato, all'epoca incardinato nell'esecutivo e però contraddittoriamente eretto in giudice dei conflitti fra potere esecutivo e potere giudiziario.

In sintomatica coincidenza con la concessione alla Corte di Cassazione romana della funzione di giudice dei conflitti, la classe politica ebbe il timore di spingersi troppo in là, considerata anche la larga apertura liberale già effettuata dalla giurisprudenza. Come contropinta ad una riforma troppo in anticipo sui tempi istituì, quindi, l'avvocatura allora chiamata *erariale*, e non a caso perché la riduttiva denominazione dava ragione di quella che sarebbe stata la linea di difesa commessa al nascente istituto.

L'avvocatura erariale si mosse, ovviamente, lungo la linea di contenere al massimo possibile l'ingerenza del giudiziario nei confronti dell'esecutivo. D'altra parte non dobbiamo dimenticare quale fosse all'epoca il rispettivo valore dei tre poteri tradizionali. Lo Stato liberal-borghese era nato con una supremazia del potere legislativo rispetto agli altri due. Era quella l'epoca delle grandi codificazioni, che realizzarono il sogno illuminista di una rete di regole generali ed astratte che imbrigliasse tutta la variegata dimensione dell'operare umano. In proposito aveva scritto Napoleone: Waterloo sarà dimenticata, ma il mio codice civile vivrà per sempre.

Il potere esecutivo, forte nella sostanza, aveva però un campo di azione estremamente limitato: era quello il tempo dello «Stato gendarme», che si limitava sostanzialmente a difendere le frontiere all'estero e l'ordine pubblico all'interno. Il potere giudiziario, poi, era veramente figlio di un dio minore, perché dalla rivoluzione francese era nato un potere giudiziario guardato con sospetto e diffidenza, soprattutto quando veniva chiamato a sindacare l'esecutivo, perché era considerata verità di fede l'equazione: «giudicare l'Amministrazione equivale ad amministrare».

L'Avvocatura erariale del tempo, al fine di contenere i poteri del giudiziario nei confronti dell'esecutivo si mosse lungo tre direttrici: quella di negare la natura di diritti alle situazioni nascenti da leggi amministrative; quella di negare la possibilità per i giudici di disapplicare l'atto amministrativo che avesse direttamente recato un pregiudizio; infine, quella più grave, di negare giurisdizione al giudice quando l'Amministrazione avesse operato *jure imperi*. Ecco, quindi, perché l'Avvocatura si denominava erariale: perché lo Stato intendeva assoggettarsi al giudizio soltanto quando avesse operato nella sua veste di diritto privato. Quando avesse operato, invece, come autorità esso doveva ritenersi sottratto al sindacato giurisdizionale.

La giurisprudenza accolse le tesi dell'avvocatura e si giunse quindi al bizzarro paradosso che da una riforma liberale che equiordinava l'Amministrazione all'amministrato dinanzi al suo unico giudice, nasceva in realtà un'Amministrazione senza giudice.

3. Di qui il profondo scontento e le proteste della società civile e dei suoi più illuminati rappresentanti, fra i quali spiccava Silvio Spaventa, dalle cui iniziative nacque, nel 1889, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato. La relativa legge è nota anche come «controriforma Crispi» e va notato, però, che essa non nacque affatto in spirito controriformistico, perché si continuava a pensare che unico giudice, unica giurisdizione, fosse quella del giudice ordinario. La Quarta Sezione del Consiglio di Stato veniva investita quindi, secondo le intenzioni del legislatore del tempo, di un compito amministrativo di giustizia interna all'Amministrazione, con la funzione di sindacare la legittimità degli atti amministrativi attraverso una valutazione di tipo esclusivamente cassatorio.

L'Avvocatura erariale, per bocca del suo Avvocato Generale, fu tra i grandi sostenitori della legge Crispi e per questo ho parlato dell'Avvocatura dello Stato come levatrice del giudice amministrativo. Con il formarsi della restrittiva giurisprudenza di cui ho detto, causata dalla vittoriosa linea difensiva dell'Avvocatura, si creò infatti la necessità della Quarta Sezione del Consiglio di Stato come organo di giustizia interna all'Amministrazione. Fu, poi, ancora l'Avvocatura erariale, con un ricorso alle sezioni unite della Cassazione romana, a provocare nel 1893 quella sentenza che riconobbe al Consiglio di Stato natura giurisdizionale, determinando quindi, il passaggio, nell'arco di appena quattro anni, del Consiglio di Stato, da organo di giustizia interna, ad organo giurisdizionale. Questo, però, determinava anche una promozione dell'Avvocatura, che non era più soltanto il difensore della personalità patrimoniale dello Stato, ma diventava difensore del potere esecutivo e delle sue prerogative e quindi avvocato a tutto tondo «dello Stato» e non più soltanto dello Stato come persona privata.

Il disegno si doveva completare negli Anni '20 e '30 del secolo scorso con l'unificazione della Cassazione a Roma, con l'incardinamento dell'Avvocatura dello Stato, del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti nella Presidenza del Consiglio, con l'istituzione del Foro erariale e con il mutamento, anche formale, della denominazione da Avvocatura erariale in Avvocatura dello Stato.

Tale mutazione corrisponde al passaggio dallo Stato liberal-borghese allo Stato sociale, o pluriclasse, in cui l'equilibrio dei tre poteri si modifica; il potere esecutivo abbandona le dimesse vesti di guardiano notturno e comincia ad occuparsi di edilizia, di sanità, di istruzione, di credito, di assicurazioni. Aumenta anche l'importanza del potere giudiziario che finalmente può sindacare l'esecutivo mentre arretra il legislativo.

Dominante, in questa fase, appare dunque il potere esecutivo, tant'è vero che tra le due grandi guerre del secolo scorso, allignarono le peggiori dittature che la storia ricordi.

In questo periodo l'Avvocatura dello Stato diventò il difensore delle prerogative del potere pubblico, e questo sia nel giudizio civile, nel quale allora le prerogative del potere pubblico erano molte ed importanti (basti ricordare il *solve et repete*), sia dinanzi al giudice amministrativo, dove l'avvocato dello Stato deduceva in giudizio la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo.

Così come nella fattoria degli animali tutti gli animali sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri – diceva acutamente Piccardi – ci sono giudizi di parti in cui una parte è un pò meno parte dell'altra. Questo era il caso del giudizio amministrativo in cui, anche simbolicamente, la funzione dell'avvocato dello Stato era raffigurata in posizione diversa da quella dell'avvocato difensore della parte privata, perché l'avvocato dello Stato siede alla destra del giudice, sul banco che nei giudizi penali compete al Pubblico Ministero.

Oggi giorno, probabilmente, questo è soltanto un retaggio del passato, un simbolo, così come è un simbolo la parrucca bianca dell'avvocato inglese, perché, come è noto, al tempo attuale le prerogative della difesa pubblica non esistono praticamente più.

4. Terza crisi di trasformazione è quella del passaggio dallo Stato sociale allo Stato post-moderno o Stato di giurisdizione. Essa intercorre nel periodo che, per semplificare, va dalla Costituzione repubblicana fino, grosso modo, al 1990. La Costituzione repubblicana, per quanto riguarda la giustizia amministrativa, si è limitata a recepire con puntualità e precisione notarile quella che era stata la grande costruzione giurisprudenziale del Consiglio di Stato. Quindi a recepire anche tutte le intime, anche se eleganti, contraddizioni del nostro diritto amministrativo: basti pensare a quella che vede contrapporre, da un lato, la qualificazione dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sostanziale (art. 24), dall'altro la qualificazione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto e quindi come giudizio cassatorio, inidoneo a garantire il perseguimento del bene della vita (art. 113).

Unica novità introdotta *in parte qua* dalla Costituzione repubblicana fu il doppio grado di giurisdizione. Novità in sé modesta ma che porterà a risultati importanti nella storia della giustizia amministrativa italiana, attraverso la sommatoria di tutta una serie di fattori che trascendono il dato normativo, attenendo più al momento sociologico, e che cercherò di elencare senza nessuna pretesa di completezza.

L'avvento di una nuova classe di giudici, non legata in modo particolare alle pubbliche amministrazioni anzitutto; la trasformazione, poi, di una domanda di giustizia, da elitaria qual'era, in domanda di massa, conseguente al miglioramento del tenore di vita e ad un maggiore acculturamento.

L'affacciarsi, ancora, di nuovi soggetti sulla scena del giudizio, sia pubblici che privati: da un lato gli enti esponenziali di interessi diffusi, dall'altro gli enti locali, con progressiva sostituzione di centri di potere: organi di governo elettivi in luogo di organi burocratici periferici.

Si è, poi, verificato un eccesso di produzione normativa foriero di incertezze. Un eccesso tale da portare la Corte Costituzionale a cancellare quella che era una delle regole più ferme della nostra tradizione: l'errore di diritto non scusa. Vi era, infine, la richiesta, sempre montante dal corpo sociale, di una giustizia sostanziale che riconoscesse o disconoscesse il bene della vita, richiesta a cui la giustizia amministrativa di quel torno di anni ha dato una risposta attraverso strumenti indiretti, potenziando lo strumento cautelare, potenziando il giudizio di ottemperanza, adottando la pratica delle sentenze ad effetto conformativo e così via.

Novità estremamente importante fu, da ultimo, l'aumento dei casi di giurisdizione esclusiva per effetto dell'opera sinergica del legislatore e del giudice tanto ordinario che amministrativo. I casi di giurisdizione esclusiva diventarono, infatti, alla fine del periodo in considerazione, prevalenti su quelli di giurisdizione generale di legittimità, con conseguente inversione del modello di giudizio. Se tradizionalmente era il giudizio generale di legittimità che informava di sé il giudizio di giurisdizione esclusiva, accadde in progressione il contrario, essendo invece quello di giurisdizione esclusiva (quindi il giudizio sul rapporto), che comincia ad informare di sé il giudizio generale di legittimità. In pari tempo mutava il criterio discriminatore fra le giurisdizioni, non più (o non più solo) ancorato alle situazioni soggettive tutelate e sempre più volto alle materie giudicabili.

Ancora una volta la crisi di trasformazione della giustizia amministrativa corrispondeva, naturalmente, ad una più generale trasformazione dello Stato.

Ricorrendo al criterio del bilanciamento dei poteri tradizionali, constatiamo come il potere che avanza impetuosamente nella seconda metà del secolo scorso è il giudiziario, tant'è vero che il relativo tipo di Stato è stato anche autorevolmente chiamato «Stato di giurisdizione». La mano pubblica, non solo in Italia, in quel torno di anni, aveva dilatato enormemente la sua sfera di influenza, quindi i punti di crisi, di contatto e conflitto tra Amministrazione e cittadino erano andati aumentando. Si diceva che un bravo cittadino inglese, prima della prima guerra mondiale, non si sarebbe mai accorto della presenza dello Stato se non fosse stato per gli uffici postali e per i poliziotti. Certo questo non avrebbe più potuto essere detto in nessun paese dell'occidente negli anni '70 o negli anni '80 del secolo scorso. Vi era quindi un'esigenza accresciuta di domanda di giustizia e di partecipazione, sintomatizzata in tutto il mondo da una serie di dati caratteristici, come l'irraggiamento dell'istituto dell'*ombudsman*, che, se non è istituto giurisdizionale, è però uno strumento di giustizia nell'Amministrazione; il progredire delle

regole sul procedimento ed una maggior attenzione alle esigenze partecipative del cittadino; l'introduzione nei procedimenti amministrativi di regole quasi giudiziali; un aumento dei poteri del giudiziario nei confronti dell'esecutivo. In una parola, un aumento della domanda di giustizia, un aumento della risposta di giustizia, un aumento della incisività della risposta di giustizia, soprattutto nei confronti della Pubblica Amministrazione. Questo sia nei paesi a regime amministrativo, come il nostro, sia nei paesi di *common law* come ad esempio, l'Inghilterra.

In Italia l'avanzata impetuosa del potere giudiziario è andata addirittura al di là, perché quella che ormai viene chiamata comunemente la «rivoluzione dei giudici», alle soglie dell'ultimo decennio del secolo scorso, ha spazzato via un'intera classe politica, agendo come punta avanzata di una marea montante di lungo respiro che aveva interessato l'intero occidente industrializzato.

Come è mutata in questo periodo la natura della difesa dello Stato? È mutata nel senso che l'Avvocatura ha assunto un'altra dimensione, ulteriore rispetto a quelle precedenti. È rimasta, certo, la difesa dello Stato sia come persona pubblica che come persona privata dinanzi agli organi di giustizia ordinaria e amministrativa, (difesa depurata, però, di quelli che erano stati i privilegi del passato). Ma ad essa si è aggiunta una nuova dimensione, quella di una rappresentanza e difesa dello Stato non soltanto come potere esecutivo, ma nella sua unitarietà, segnatamente di soggetto di diritto internazionale o sopranazionale. Ciò ad esempio dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, o dinanzi alla Corte internazionale di giustizia dell'Aja; ed ancora, rappresentanza e difesa dello Stato non come potere esecutivo ma come ordinamento, ad esempio nei giudizi incidentali dinanzi alla Corte Costituzionale sulla legittimità delle leggi. Questa appare indubbiamente come l'assunzione di una dimensione ulteriore e direi di non poco momento.

5. Veniamo adesso alla parte più difficile della nostra analisi, più difficile perché attiene alla crisi di trasformazione che stiamo vivendo adesso, ed il contemporaneo è il meno privilegiato degli osservatori. Si tratta del passaggio dallo Stato di giurisdizione allo Stato in cui attualmente stiamo vivendo e che è stato chiamato in molti modi. Forse la denominazione più suggestiva è però quella di «Stato minimo». Il pendolo della storia ha cambiato direzione a seguito di molti avvenimenti, primo fra tutti la caduta del «muro di Berlino», simbolo della crisi di un'ideologia collettivistica che aveva realizzato il massimo dell'intervento della mano pubblica. L'implosione dell'impero che ne rappresentava l'inveramento in terra ed il consolidarsi a livello continentale dei valori guida dell'Unione europea – la concorrenza ed il mercato – hanno innescato quella che è stata definita la corsa verso il privato e quindi verso lo Stato minimo, in uno scenario in cui i valori del mercato si sostituiscono a quelli della politica.

Il quadro non è privo, naturalmente, di singolari contraddizioni, perché, come insegnava un liberista della statura di Einaudi, la prima necessità di un mercato sono i carabinieri che ne fanno osservare le regole ed i nuovi carabinieri di questo nuovo Stato gendarme sono le Autorità Indipendenti che debbono far osservare le regole del mercato.

Senonché le Autorità indipendenti sono, dal punto di vista formale, autorità amministrative, che operano attraverso atti amministrativi. La loro attività ricade, quindi, in via generale sotto il sindacato del giudice amministrativo, così come sotto il sindacato del giudice amministrativo viene a ricadere l'attività svolta con procedure ad evidenza pubblica di soggetti che, in realtà, non sono pubblici ma privati. La privatizzazione dello Stato si è risolta, quindi, contraddittoriamente in Italia in un ampliamento della competenza del giudice amministrativo.

A ciò si è aggiunta la rivoluzione di fine millennio nella giustizia amministrativa. Rivoluzione che ha due caratteristiche: la prima è quella di avere realizzato nell'arco di tre anni, dal 1997 al 2000, attraverso un'accelerazione improvvisa, i risultati finali di linee di tendenza che si erano venute faticosamente dipanando nel corso dei precedenti cinquant'anni.

La seconda caratteristica è di aver visto operare, in sintonia tra loro e per la prima volta nella storia italiana, legislativo, esecutivo e giudiziario. La storia della giustizia amministrativa italiana somiglia un pò, infatti, alla storia di quella famiglia regnante che non usciva mai da una guerra dalla stessa parte da cui era entrata. La giustizia amministrativa italiana è sempre uscita, infatti, dalle riforme in una direzione diversa da quella voluta dal legislatore. Nel 1865 abbiamo visto che da una legge che voleva assoggettare l'Amministrazione al giudice ordinario, suo giudice naturale, nacque – per sinergico operare di esecutivo e giudiziario – un'Amministrazione senza giudice. Da una legge del 1889 che intendeva istituire un organo di giustizia interno all'Amministrazione nacque un giudice amministrativo, sempre per effetto di quel sinergico operare. Da una Costituzione che voleva cristallizzare questo sistema, nacque una spinta evolutiva assai complessa che portò il sistema di giustizia amministrativa italiano da una situazione molto simile al modello francese, ad una situazione molto più simile al modello tedesco.

Per contro, alle soglie del millennio, fra 1997 e 2000, legislativo, esecutivo, giudiziario, si trovarono in piena sintonia. Dette l'avvio il legislatore delegante del '97, che estese la competenza del giudice amministrativo ai diritti patrimoniali consequenziali, ivi compreso il risarcimento del danno, così violando un tabù che era esistito per oltre cento anni.

L'esecutivo – legislatore delegato forzò la mano nella stessa direzione ed ampliò anche le competenze del giudice amministrativo, affidandogli i servizi pubblici, l'urbanistica e l'edilizia (praticamente il diritto dell'economia). Intervennero poi le sezioni unite della Cassazione con la famosa sentenza sulla risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo, infrangendo un altro tabù secolare.

Infine il legislatore ordinario, con la legge 205 del 2000, che rimediò all'eccesso di delega sanzionato dalla Corte Costituzionale e con l'occasione affidò al giudice amministrativo anche la tutela risarcitoria in tutte le aree in cui avesse giurisdizione.

Se, in questa occasione, per la prima volta nella storia, i poteri dello Stato cooperarono fra loro senza dissociazioni, va però aggiunto che la schizofrenia anche questa volta fece la sua comparsa, essendo evidentemente coesistente con ogni riforma della giustizia amministrativa. Questa volta



però la schizofrenia fu interna al legislatore, cioè propria di quel Parlamento che se nella sua epifania di legislatore costituzionale – più esattamente come Commissione Bicamerale – aveva espresso nel corso della legislatura la ferma e decisa volontà di sopprimere il Consiglio di Stato nella sua veste di vertice della giustizia amministrativa, sul finire di quella stessa legislatura approvò, invece, – in sede ordinaria – una riforma che attribuisce al giudice amministrativo italiano, nella sua tradizionale struttura, con al vertice il Consiglio di Stato, poteri istruttori, cautelari e decisori ed ampiezza di competenze quali mai si erano viste nella storia, affidandogli addirittura quel formidabile strumento di controllo sociale che è la tutela risarcitoria.

Strumento di controllo sociale non solo potente nell'attualità, ma potentissimo in prospettiva, in relazione a quella linea di tendenza che il Ministro Mazzella ha chiamato «l'irresistibile vento dell'Ovest».

Da qualche tempo a questa parte assistiamo, infatti, ad una importazione attraverso l'atlantico di istituti caratteristici della potenza mondiale egemone. Finora si è trattato soprattutto delle Autorità indipendenti, ma non è escluso, e già qualche segnale si intravede, che possiamo adottare un altro istituto giuridico statunitense, quello dei cosiddetti «danni punitivi».

Istituto, questo, secondo il quale, in particolari situazioni, il risarcimento del danno non è commisurato alla lesione dell'interesse ma a valori multipli dell'equivalente di quella lesione, calcolati al fine di punire il responsabile del torto. Questo darebbe un'ulteriore freccia alle corde di una già potentissima giustizia amministrativa italiana, il che potrebbe essere preoccupante se non fossero ben note le doti di equilibrio e lungimiranza del nostro giudice amministrativo.

Cosa muta in questo quadro nel rapporto tra poteri dello Stato? Qual è la posizione dell'Avvocatura dello Stato in questo nuovo assetto? L'osservatore contemporaneo, lo ripeto, è il meno privilegiato, in quanto è estremamente difficile cogliere una realtà in divenire, ed un divenire, per di più, così rapido. Ho l'impressione che il progresso tecnologico velocissimo abbia superato quelle che sono le nostre realtà istituzionali, attualmente inadeguate a contenerlo.

De Rita ha parlato di deistituzionalizzazione, di destrutturazione dell'Amministrazione Pubblica e sicuramente i punti di equilibrio e di bilanciamento dei tre poteri dello Stato non sono più quelli del passato, mentre, per l'Avvocatura si va accentuando un dualismo già constatato nello Stato di giurisdizione. Essa è, infatti, da un lato, difensore dello Stato, soprattutto dinanzi al giudice amministrativo (recessive apparendo le funzioni del giudice ordinario nei giudizi con lo Stato) con una posizione da avvocato tendenzialmente equiordinata a quella del difensore privato. Essa acquista e potenza, poi, una dimensione diversa e più squisitamente pubblicistica in quelli che sono i giudizi di costituzionalità (in cui opera sia come *amicus curiae* che come avvocato) ed i giudizi dinanzi alle corti internazionali e sovranazionali, per non parlare delle cause in cui difende le Autorità indipendenti, in cui ruoli e funzioni sono ancora da definire anche legislativamente.

Dal punto di vista della natura della crisi che lo Stato, la società e il diritto stanno attraversando, forse si sta avverando la profezia che Giannini

faceva più di vent'anni fa, quando parlava della crisi dello Stato nazionale nella sua configurazione seicentesca teorizzata da Jean Bodin. Stato nazionale che, dopo quattro secoli di storia, sarebbe giunto alla fine del suo ciclo vitale e sarebbe pronto a cedere il passo ad una nuova Repubblica delle genti, ad una nuova società transnazionale regolata da una unica *lex mercatoria* ed al cui assetto definitivo, però, si arriverà soltanto dopo un profondo travaglio di rivoluzioni e di guerre.

Questa era la profezia di Giannini, una profezia che mi pare si stia avverando perché di quel travaglio di rivoluzioni e di guerre siamo nel bel mezzo. Speriamo che il travaglio non duri troppo.

**Gennaro Terracciano.** Grazie avvocato Caramazza, certo non è facile cavalcare due secoli di storia in così poco tempo, ma devo dire che sono stati messi in luce tutti gli aspetti essenziali per cogliere l'evoluzione – effettivamente a volte *per saltum* e con poca coerenza – che certamente oggi viviamo: un momento di grande modificazione del modo di sentire il giudice.

Mi permetto solo di dire una cosa che mi sembra molto coerente con quanto si diceva prima. È vero, forse si può assistere ad una destrutturazione del modo di intendere tradizionale delle Pubbliche Amministrazioni, ma credo che già il Consiglio di Stato in particolare abbia messo in luce come poi, in fondo, il giudice amministrativo non sia il giudice dell'Amministrazione Pubblica, piuttosto il giudice dell'interesse collettivo, indipendentemente dagli strumenti privatistici, pubblicistici utilizzati per perseguire quell'interesse collettivo. Forse questa è una nuova frontiera che potrebbe essere approfondita ed esaminata.

Comunque non voglio prendere tempo, ringrazio per essere qui il Presidente del Consiglio di Garanzia del Senato della Repubblica, onorevole Giuliano.

**Pasquale Giuliano.** Un saluto a voi tutti, ai relatori ed un saluto e un ringraziamento al professor Gennaro Terracciano, Rettore di una scuola così prestigiosa che è un punto di riferimento ineludibile nel settore.

Non dovrò fare una cavalcata così lunga nei due secoli, come ha fatto in maniera egregia quel nobile cavaliere che è l'avvocato Caramazza, anche perché gli organi contenziosi di cui brevemente voglio parlarvi, e della cui esperienza mi voglio rendere portatore, quale presidente del Consiglio di garanzia del Senato, hanno una vita brevissima, anche travagliata, tant'è che non c'è stata ancora una loro esatta definizione; insomma non è stata ancora puntualmente esercitata, con riferimento ad essi, una *actio finium regundorum*.

Anche perché fino alla nona Legislatura essi non esistevano, non ancora erano costituiti: la tutela dei diritti dei dipendenti era sino ad allora tutta affidata all'Ufficio di Presidenza e quella che non era ancora una vera e propria giurisdizione domestica, in quanto non ancora attingeva, seppure con le modalità che vedremo, ad alcune regole fondamentali dello *ius dicere*, era affidata, con norme regolamentari assai generiche, e perciò approssimative, al buon senso, all'equilibrio ed a quelle che erano prassi centenarie.

I primi punti fondamentali furono, in effetti, posti dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale in una azione sincrona che si attuò nel momento in cui un ex dipendente del Senato, nel 1977, quindi in epoca abbastanza recente, convenne davanti al giudice ordinario, per diritti che riteneva essergli stati lesi, il Senato della Repubblica. Il quale eccepì il difetto di giurisdizione, assumendo che la questione appartenesse alla competenza del Consiglio di Presidenza.

La Corte di Cassazione, con una sentenza molto elaborata, ritenne, d'ufficio, di sollevare la questione di costituzionalità, motivando sostanzialmente che erano due le soluzioni e i percorsi ipotizzabili: uno che riconoscesse una limitazione della portata generale delle norme sulla tutela giurisdizionale, nel senso dell'inesistenza di un giudice nell'ordinamento comune capace di dirimere le controversie in materia di impiego dei dipendenti del Senato; il secondo che riconoscesse una sorta di attenuazione rispetto ai principi generali della giurisdizione, e quindi la possibilità di riconoscere la giurisdizione speciale dello stesso Senato, l'autodichia, e di regolamentarla secondo quelle che sono le regole sue proprie.

La Corte Costituzionale ritenne, anch'essa, non manifestamente infondata la questione, riconobbe nella parte espositiva la correttezza delle ragioni illustrate dalla Cassazione e però si pose un problema di ordine pregiudiziale, ai sensi ed ai fini dell'art. 134 della Costituzione: la possibilità di sindacare i regolamenti del Senato, perché, appunto, era stato impugnato l'art. 12 del relativo regolamento. Alla fine, li ritenne, contrariamente a quella che allora era una dottrina dominante, che considerava i regolamenti delle Camere come atti di normazione con forza di legge, non sindacabili anche perché emanati da un organo che è espressione diretta ed immediata della sovranità popolare e pertanto intolleranti di qualsiasi controllo e di qualsiasi possibilità di censura. Quindi dichiarò, la Corte Costituzionale, inammissibile la questione e la ripose di nuovo dinanzi alla Corte di Cassazione. La quale ripropose l'originario ragionamento riconoscendo sostanzialmente la possibilità dell'esistenza di un sistema di autodichia, di una speciale giurisdizione domestica del Senato e dichiarò non il difetto assoluto di giurisdizione, ma il difetto di giurisdizione con riferimento al giudice ordinario e al giudice amministrativo.

Il Senato e la Camera, direi, apprezzarono quella che era stata un'indicazione così autorevole da parte della Cassazione e della Corte Costituzionale e si ingegnarono nell'intento di creare un sistema attendibile, che conducesse fuori da regole improntate a linee assai generali, di buon senso e di equilibrio, con un atto di normazione che potesse disciplinare in maniera più precisa ed efficiente le questioni relative ai diritti ed agli interessi legittimi dei dipendenti delle Camere.

Da qui nacque la costituzione di questi organi di contenzioso interno, la cui natura non è ancora sostanzialmente ben definita: sono stati a volte considerati veri e propri organi di giurisdizione, a volte organi amministrativi, a volte organi politici. Con particolare riferimento al Senato, poi, una sorta di quindicesima commissione che aveva come punto di riferimento anche delle regole cosiddette politiche, o perlomeno pseudo-politiche.

All'interno della Camera furono così istituiti la Commissione giurisdizionale e l'Ufficio di Presidenza, mentre all'interno del Senato la Commissione per il contenzioso ed il Consiglio di garanzia, quindi due gradi in un ramo del Senato con due gradi anche nella Camera dei Deputati.

Le regole procedurali davanti a tali organi sono, grosso modo, quelle del processo amministrativo, che viene visto come rito di riferimento, con la difesa del Senato affidata, appunto, all'Avvocatura dello Stato.

C'è però da rilevare che sono regole ancora generiche, non precise, a volte non facilmente individuabili, che pertanto obbligano, all'interno del Senato, i componenti del Consiglio di garanzia e della Commissione per il contenzioso a degli sforzi notevoli per cercare di dare alle decisioni, al procedimento, al rito un'impronta quanto più possibile giurisdizionale, anche se, ripeto, sul punto non vi è assoluta concordia e spesso i contrasti si accavallano offrendo difficilmente delle indicazioni univoche.

Ma ci sono stati di recente dei fatti nuovi che fanno ripensare a questo inquadramento anche del Consiglio di Garanzia, il quale è composto da cinque senatori, scelti dal Presidente del Senato tra parlamentari esperti in diritto.

Sono state le ultime, recenti decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e della stessa Corte di Giustizia delle Comunità europee, le quali hanno ritenuto che le disposizioni, le prassi interne degli Stati nazionali non possono costituire una eccezione rispetto a quelli che sono i diritti fondamentali, specie nel momento in cui si fa riferimento ad organi di natura costituzionale non nell'espletamento di funzioni proprie parlamentari.

Di recente – gennaio 2003 – è stata infatti pronunciata a Strasburgo la sentenza relativa ad un caso che ha avuto anche una notevole eco sulla stampa – *Cordova contro lo Stato italiano* – nella quale si è in particolare affermato che è ammissibile il sacrificio del diritto del cittadino di poter ricorrere ad un tribunale, pertanto alla giurisdizione ordinaria, ma si è al contempo ritenuto che questo possa e debba accadere laddove – quello in esame era caso di diffamazione – le opinioni espresse dal parlamentare siano direttamente connesse all'esercizio di una funzione parlamentare in senso stretto e non ad atti compiuti nel contesto di dispute personali.

In effetti, è stato questo l'ultimo spunto che ha di nuovo agitato tutta la problematica e che induce ad un ripensamento della stessa natura degli organi di contenzioso nel momento in cui si rivolgono ad essi i dipendenti dello stesso Senato per ottenere il riconoscimento di diritti ed interessi che si assume essere stati lesi. Quindi, sul punto, questi organi che hanno, come dicevo, una vita breve, una vita sostanzialmente di poco più di venti anni, stanno subendo una evoluzione apprezzabile, anche sulla scorta delle questioni che vengono poste davanti ad essi, ultima delle quali – questo è stato un ulteriore passo – quella che attiene alla procedura concorsuale per le assunzioni ed alla procedura degli appalti che, per quanto riguarda in particolare la Camera, è di grande rilevanza, di un consistente impatto di ordine finanziario e che sta trovando spazi di giurisdizionalità sempre più ampi.

Certo è singolare che ciò sia accaduto con un certo ritardo proprio all'interno di organi costituzionali che hanno, sì, l'esigenza di tutelare la pro-

pria autonomia in quanto espressioni dirette della sovranità popolare, ma che hanno al contempo in sé il contenuto, il seme proprio di quei principi fondamentali di una sana e corretta giurisdizione riconosciuti da tutte le Carte di ogni stato democratico, che certamente non vedono con favore un sistema di giurisdizione domestica.

Si pensi che, in ordine alla natura degli organi di autodichia, si è parlato, in maniera forse suggestiva, anche di una sorta di camere arbitrali di tipo obbligatorio, presenti nel diritto internazionale, che, pur non seguendo regole proprie della giurisdizione, sicuramente fanno riferimento ampio e preciso alla stessa giurisdizione.

C'è, pertanto, tutto uno studio in corso da parte dell'Ufficio di Presidenza, sia della Camera che del Senato, per dare non un volto nuovo, ma sicuramente un incasellamento più affidabile che lasci meno discrezionalità, se così possiamo dire, meno spazi di autodichia o di giurisdizione domestica, con regole più certe e più garantiste.

Una cosa è chiara, nel momento in cui si dovesse affermare il principio solennemente pronunciato dalla Corte Europea, si potrebbe formalmente aprire anche la strada davanti al giudice ordinario, così come era in epoca grosso modo post statutaria ed anche prerepubblicana, quando era possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per i diritti soggettivi degli impiegati degli organi costituzionali.

Sarà un processo lungo, per il quale occorre coraggio e decisione; ma sarà anche necessaria una sorta di rinuncia a condotte che hanno radici in prassi inveterate nonché una disponibilità ad abbandonare privilegi intramurari anche da parte dei dipendenti che, sul punto della tutela giurisdizionale, hanno indubbiamente le loro ragioni e stanno organizzandosi anche a livello, non dico sindacale, ma sicuramente di sensibilizzazione di una coscienza sindacale che porta all'attenzione sempre più frequentemente problemi di tal fatta.

Un problema si è posto di recente anche all'interno del Consiglio di Presidenza del Senato per casi particolari che attengono alla esecuzione delle decisioni degli organi di autodichia, che in genere spetta direttamente al Presidente del Senato, ma sulle cui modalità, sulla cui estensione si prospettano dubbi e ulteriori margini di discrezionalità che sicuramente non tutelano al meglio quello che è un aspetto finale ma fondamentale del diritto del singolo.

Per la Camera dei Deputati la situazione è parzialmente diversa, nel senso che questo processo riformatore si è forse attutito, anche perché all'interno della stessa Camera è attivato un Consiglio di Presidenza che spazia sicuramente in maniera più ampia rispetto al Senato sulla riconoscibilità di questi diritti, con l'ammissione di un contraddittorio che ha regole più forti, più ferme, rispetto a quella del Senato.

Se dovessi fare un auspicio, mi augurerei che, contrariamente a quanto avviene in molti temi sulle notevoli differenze regolamentari tra Senato e Camera, sull'argomento vi possa essere una disciplina univoca che riconosca una maggiore giurisdizionalità del procedimento e una possibilità di ricorrere a giudici che siano veramente terzi e, soprattutto, imparziali.

La terzietà, ed è questo il punto fondamentale perché ovviamente essa è nemica dell'autodichia, e la domesticità sono le questioni di maggiore difficoltà sulle quali sarà non agevole trovare soluzioni condivise o bene accette, perché, ovviamente, sulle stesse fanno sentire fortemente il loro peso condizionante il principio dell'autonomia degli organi costituzionali ed il principio della sovranità popolare. Quindi, è prevedibile che, quanto meno a breve, non sarà facile individuare una soluzione appagante.

Indubbiamente i passi in avanti rispetto al recente passato, in cui nulla era certo, nulla era chiaro, nulla era puntualmente e chiaramente scritto, sono stati e sono notevoli e confido che questa progressione non si arresti.

Per quanto riguarda la difesa di Camera e Senato, poi, si può dire che l'Avvocatura dello Stato nel momento del contenzioso interno delle Camere espleta le sue funzioni come difensore di un organo costituzionale. Anche qui le questioni che non di rado ha posto e pone l'Avvocatura sono state e sono di grande rilievo, anche se trovano, appunto per i problemi cui prima si faceva cenno, margini e spazi di sollecitazione e di discussione non troppo ampi.

C'è da augurarsi che una riforma in questo campo, nel momento in cui soprattutto è avvenuta quella modifica dell'art. 111 della nostra Carta con il giusto processo che ha costituzionalizzato i principi che erano già in *nuce* nel nostro ordinamento per quanto riguarda la terzietà del giudice e la parità delle parti, possa trovare più agevolmente spazio e possa avere un'influenza beneficamente rinnovatrice anche su questi organi.

**Alberto de Roberto.** *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo.*

Ho ascoltato con attenzione chi mi ha preceduto in questa giornata di lavoro.

Ho apprezzato le parole del Ministro Mazzella, del senatore Giuliano e dell'avvocato dello Stato Caramazza.

L'ampiezza dell'indagine condotta da Caramazza mi dispensa dall'andare troppo a ritroso nella ricostruzione degli istituti del processo amministrativo: Caramazza ha, infatti, esaminato in lungo e in largo la storia della giustizia amministrativa a partire da quel fatidico 1889, l'anno di istituzione della gloriosa IV Sezione del Consiglio di Stato di Silvio Spaventa.

Condurrei, perciò, il mio discorso affacciandomi sull'attuale modo d'essere del sistema.

Noi oggi siamo in presenza – come ha rilevato bene Caramazza – di un sistema nuovo: molti valori antichi vengono, è vero, conservati ma anche profonde innovazioni vengono apportate al sistema il quale risulta, oggi, costituito, quindi, da una singolare miscela di elementi nuovi e di elementi antichi.

Da dove posso partire?

Vorrei parlare, anzitutto, della giurisdizione del giudice amministrativo.

Resta ferma – anche dopo le riforme – la clausola generale di investitura del giudice amministrativo configurato dall'ordinamento come giudice degli interessi legittimi.

Ed invero questa investitura trae origine da una proposizione costituzionale, suscettibile di essere modificata solo con legge di revisione costituzionale.

Il giudice amministrativo è, dunque, oggi come ieri, giudice dell'interesse legittimo: l'interesse legittimo di cui il giudice amministrativo è chiamato, oggi, a conoscere si manifesta – dopo le recenti modifiche (e soprattutto dopo la svolta giurisprudenziale di cui alla sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione) – come un interesse legittimo profondamente trasformato: non più un interesse individuale subalterno all'interesse pubblico capace di vivere soltanto in simbiosi con l'interesse maggiore ma un interesse individuale dotato anche di una sua autonomia che resta in campo pure quando l'anello di congiunzione tra interesse pubblico e privato si sia interrotto.

Ritornero su questo punto più avanti.

Rilevo per intanto che significativi mutamenti hanno riguardato l'area della *giurisdizione esclusiva* del giudice amministrativo (l'area identificata con riferimento non alla posizione soggettiva dedotta in causa ma con riguardo alla materia sulla quale incide la controversia).

Anzitutto le attribuzioni in materia di pubblico impiego sono, in larga parte, venute meno. Resta, infatti, nella nostra giurisdizione amministrativa, solo il pubblico impiego relativo a particolari categorie di personale chiamato a gestire, in maniera diretta, la funzione pubblica: i diplomatici, i funzionari dell'amministrazione dell'interno, i militari, i magistrati, gli avvocati dello Stato ecc.

Due i nuovi ambiti caduti nella giurisdizione esclusiva.

Il primo è di più agevole comprensione: il nostro sistema si caratterizza per la presenza dell'atto degradatorio, un atto che non «lede» il diritto soggettivo sul quale si abbatte, ma lo estingue e lo trasferisce *secundum legem* in altre mani ecc.

Una vicenda – quella della degradazione – che trova la sua spiegazione nell'annullabilità dell'atto degradatorio illegittimo e, perciò, nell'attitudine di esso a produrre *secundum legem* – fino a quando non rimosso – i propri effetti (si pensi all'atto che dispone la demolizione; che contempla il trasferimento del bene in altre mani ecc).

Il che può anche esprimersi rilevando – proprio per la presenza di un atto amministrativo produttivo di effetti *secundum legem* fino a quando non annullato – la lesione di un interesse legittimo deducibile innanzi al giudice amministrativo.

Spetta, dunque, in questa situazione, al giudice amministrativo pronunciare l'annullamento dell'atto degradatorio illegittimo.

Una volta, però, che tale annullamento sarà stato pronunciato il diritto soggettivo ritorna alle sue antiche fattezze riconquistando il primigenio rango di diritto soggettivo.

Nel quadro del precedente assetto – ritornato in campo il diritto soggettivo – occorre, a questo punto, andare innanzi al giudice ordinario e domandare il ristoro del danno patito.

A questa disciplina ci ha abituato la degradazione che ha avuto una applicazione quasi secolare pur se contrassegnata da qualche oscillazione giurisprudenziale (specie nella prima metà del secolo testè decorso).

Dopo la legge n. 205/2000, è divenuto operante un regime di segno opposto rivolto ad appagare un'esigenza indifferibile e antica: assicurare che la riparazione del diritto soggettivo trovi luogo di fronte allo stesso giudice dell'annullamento, evitandosi così un contenzioso frazionato tra il giudice dell'annullamento dell'atto e il giudice del ristoro del danno (con inevitabili ritardi sul sistema di tutela).

Non è soltanto quella or ora ricordata la nuova area della giurisdizione esclusiva. Si è attribuito, infatti, alla giurisdizione esclusiva, anche l'ampio settore dei servizi pubblici.

Va detto subito che la linea secondo cui il giudice amministrativo risulterebbe investito oggi di una universale competenza nel campo dei servizi pubblici, è chiaramente smentita dal tenore della stessa legge.

Quest'ultima ha, infatti, previsto che le controversie in materia di singoli contratti di utenza e tutta la materia dell'illecito aquiliano prodotto nell'esplorazione del servizio, restano nelle mani del giudice ordinario.

Rimane certo un delicato quesito al quale occorre dare risposta: stabilire se – al di fuori delle aree direttamente conferite al giudice ordinario o al giudice amministrativo – debba ritenersi sussistente una generale investitura residuale come giudice dei servizi pubblici a favore del giudice amministrativo o se – per i settori ricadenti nei servizi pubblici ma non conferiti *nominatim* né al giudice ordinario né al giudice amministrativo – riprenda vigenza la clausola generale diritto-interesse che è alla base del nostro riparto di giurisdizione.

A questo riguardo non combatterei «guerre sante»: lascerei alla Corte di Cassazione giudice regolatore della giurisdizione il compito di definire quale sia la interpretazione da seguire.

È sempre la Cassazione che dovrà aiutarci poi a sciogliere anche qualche altro nodo: ricadono nella giurisdizione dei servizi pubblici (e sono, perciò, di spettanza del giudice amministrativo), i casi nei quali il gestore di servizi pubblici – spesso operando come soggetto privato – si approvvigiona sul mercato di quanto occorre per lo svolgimento del servizio pubblico?

Un certo orientamento giurisprudenziale, soprattutto dei tribunali amministrativi di primo grado, ipotizza che tali negozi ricadano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

La Cassazione, invece, nelle due o tre pronunce che si sono avute in materia, perviene a conclusioni opposte.

Sarei francamente convinto che anche a questo proposito debba far sentire la sua voce il giudice regolatore della giurisdizione.

Esauriti i problemi in tema di giurisdizione mi fermerei, ancora, su taluni aspetti concernenti gli atti degradatori.

Credo che si consideri correttamente come ipotesi di fatto illecito aquiliano la condotta produttiva di danno nello svolgimento del potere pubblico.

Restano, però, marcate differenze tra il modo di concepire l'illecito quando di questo conosceva il giudice ordinario e oggi, quando a conoscere della stessa fattispecie è il giudice amministrativo.



In primo luogo, più incisiva che in passato risulta la riparazione suscettibile oggi di trovar luogo anche nella via della reintegrazione in forma specifica, non incontrando il giudice amministrativo i limiti ai quali soggiace, invece, il giudice ordinario nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Anche sul piano sostanziale qualche modificazione può essere colta: l'illecito consumato attraverso lo svolgimento del potere pubblico non si lascia inquadrare, puramente e semplicemente, nell'illecito aquiliano.

Vi sono almeno due peculiarità che vanno segnalate:

a) si sarebbe molto incerti anzitutto nel ritenere che l'illecito del giudice amministrativo presupponga l'elemento psicologico: le difficoltà quasi insuperabili che si incontrano nella ricostruzione di tale elemento inducono a preferire una soluzione interpretativa in fondo non diversa da quella sostenuta dallo stesso giudice ordinario prima della svolta degli anni '90: dell'illecito l'Amministrazione risponde anche senza elemento soggettivo. E ciò in quanto la responsabilità fondata sulla mera illegittimità dell'azione amministrativa costituisce un ragionevole bilanciamento voluto dall'ordinamento per far da contrappeso al carattere autoritativo del provvedimento amministrativo.

Non è irragionevole, poi, ipotizzare (come pure si è affermato) che l'art. 2058 del codice civile possa – in presenza dell'interesse pubblico – consentire al giudice di lasciare immutati gli eventi pur reversibili che si sono prodotti se l'interesse pubblico lo suggerisce assicurando al danneggiato una somma che tenga luogo della riparazione in forma specifica.

Su di un ultimo punto debbo richiamare ancora l'attenzione.

È sicuro che a livello di giurisdizione il giudice amministrativo resta, ancora, il giudice dell'interesse legittimo: ma di quale interesse legittimo?

L'interesse legittimo ci viene restituito dall'ordinamento – come si accennava – con diverse fattezze e connotazioni.

In sostanza, l'interesse legittimo non è più la posizione subalterna capace di ottenere realizzazione solo in quanto l'interesse individuale coincide con l'interesse pubblico: quando la saldatura si spezza e cessa il connubio tra interesse individuale e interesse pubblico, l'interesse individuale non è più abbandonato al suo destino sprovvisto di ogni tutela.

Ad esempio, se un atto amministrativo vantaggioso avrebbe dovuto essere adottato in un certo momento e non lo è stato, il ritardo può ottenere, d'ora in poi, un suo ristoro, a favore del soggetto che è stato colpito nel suo interesse (incapace, ormai, per questo aspetto, di vivere in simbiosi con l'interesse pubblico).

Si aprono, però, a questo punto percorsi irti di difficoltà che la giurisprudenza va tracciando (pur se con le cautele che la situazione richiede).

Incerta anzitutto la natura della lesione dell'interesse legittimo pretenso: responsabilità aquiliana (come ha affermato la Cassazione con la sentenza 500 del '99) – o responsabilità contrattuale?

Una presa di posizione a questo riguardo è scelta non priva di pratiche conseguenze: una cosa è, ad esempio, il regime della responsabilità contrattuale, altra è quella della responsabilità extracontrattuale di cui pur potrebbe ipotizzarsi l'applicazione.

E ancora, il mistero dell'interesse legittimo sostanziale «sperato» (le ipotesi in cui, sostanzialmente, l'atto colpito da un vizio formale, non può essere ripetuto: si pensi ad una aggiudicazione annullata per un vizio formale, ma con un contratto che è stato ormai già aggiudicato e addirittura eseguito).

Certo, se il soggetto aveva titolo a diventare aggiudicatario, il problema si semplifica: si potrà risarcire il danno conseguente alla mancata aggiudicazione.

Ma se il vizio è formale, la procedura dovrebbe essere ripetuta: ma come si può ripetere una procedura che non può trovare sbocco in un contratto, perché il contratto è stato ormai aggiudicato e addirittura eseguito?

Ecco allora comparire sulla scena quest'altra figura alla quale il giudice amministrativo si va avvicinando con titubanza e prudenza: quella responsabilità per perdita di *chances*, mutuata dall'ordinamento civilistico.

**Gennaro Terracciano.** Chiaramente il clima adesso è meno formale dell'altro, come sarà nel corso del Master, anche perché il lavoro è tanto, quindi non pensate che in questo momento vogliamo fare del terrorismo psicologico, ma la verità è che l'impegno per costruire un Master di questo genere è già stato tanto. C'è una grande aspettativa e, soprattutto, voi siete stati scelti all'interno di richieste che hanno superato le ottocento, per cui c'è una certa pressione sulla Scuola per fare altre iniziative, anche per consentire a tutti coloro che sono rimasti fuori di poterne approfittare. È doveroso da parte nostra e vostra condurre tutte le attività in modo serio, continuativo, in modo tale che le finalità didattiche vengano perseguite.

Detto questo, naturalmente passerò la parola a coloro che certamente meglio di me vi possono spiegare l'organizzazione, entrare anche nel merito di come proseguire. Voglio dire una sola cosa perché vi sono state alcune domande riferite ad una mia affermazione fatta all'inizio. La Scuola è pubblica, molti di voi lo sanno perché provengono dall'Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, agenzie e così via, ma è bene dire che la Scuola nasce nel 1957, ex Scuola Centrale Tributaria, oggi ha una fisionomia diversa perché è aperta all'esterno tant'è che siete qui, nel senso che una volta la frequenza era limitata solamente ai funzionari del Ministero delle Finanze. Oggi ha un nuovo ordinamento che nasce nel 2000, ne fa una scuola post universitaria, si dice di alta formazione; il concetto di alta formazione non è valutativo, di merito, ma formale, nel senso che le scuole di alta formazione hanno una fisionomia diversa dalle altre scuole. Ha dei regolamenti in quanto, per fortuna, approfittando della legislazione Bassanini c'è stata una forte delegificazione sulla base del decreto legislativo n. 287 del '99, ha una regolamentazione che è abbastanza vicina a quella universitaria. In particolare - chi volesse può naturalmente accedere sul sito e scaricarsi tutta la disciplina - noi abbiamo dei regolamenti ministeriali, in particolare il regolamento didattico e di ricerca della scuola, che fissa alcuni principi, naturalmente in pieno accordo con il M.I.U.R., che è il ministero vigilante con il quale naturalmente ci confrontiamo giornalmente. Il regolamento che prevede tra i principi all'art. 2, che la scuola conforma la propria attività anche alla vigente normativa in materia universitaria, alla disciplina generale delle

attività didattiche prevista ai sensi del decreto del Ministro dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica, n. 500 del 30 novembre 1999; nonché al regolamento generale sull'autonomia degli atenei, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 4 gennaio 2000.

Nel regolamento troverete poi anche quelli che sono i settori scientifico disciplinari, universitari, attivati presso la scuola. Troverete il regolamento dei masters, il funzionamento delle aree omogenee e in particolare anche tutta la disciplina sulle ulteriori attività a sostegno del sistema universitario, quindi la descrizione dei titoli, dei corsi di studio in collaborazione con le università degli studi.

Detto questo, ribadisco quanto ho detto prima: la scuola non è né una facoltà, né una università, quindi rilascia un titolo di studio che viene denominato «Master», che ha la valenza del titolo di studio universitario perché è costruito esattamente dal punto di vista regolamentare come un Master universitario, ma non è titolo universitario. Questo per estrema chiarezza, perché i titoli universitari sono quelli previsti nel decreto del M.I.U.R. e che possono essere rilasciati solo dalle università, ovvero dalle scuole speciali universitarie che sono due in Italia.

Questo significa che il Master è comunque rilasciato ai sensi della normativa come avete visto sicuramente sul bando, ma nel senso che la normativa viene pienamente rispettata con riferimento al riconoscimento dei crediti formativi, con riferimento alla graduazione delle ore di lezione e delle ore di studio a casa, con riferimento al rispetto dei settori scientifico-disciplinari e dell'attribuzione delle docenze. (*omissis*).

**Giuseppe Nerio Carugno.** Il progetto formativo, che viene oggi presentato, rappresenta una novità nel panorama dei Master ideati negli ultimi tempi da varie realtà organizzative nel settore del diritto amministrativo e del diritto processuale.

La prima peculiarità sta proprio nell'impostazione e nella logica che anima tutto il programma del Master.

Essa costituisce il risultato di una profonda riflessione, di un confronto e di un affinamento che ha preso le mosse dalla consapevolezza di dover tendere a costruire un modello formativo che non si limitasse ad offrire trasferimenti di conoscenze di base, ma costituisse un progetto specialistico in grado di assicurare il perseguimento di obiettivi di livello superiore.

Del resto, l'esigenza di specializzazione derivava dalla essenza stessa della iniziativa, nella misura in cui verteva sulla difesa in giudizio di Pubbliche Amministrazioni e quindi su un tema che si prestava a dover essere analizzato non soltanto sotto il profilo della illustrazione teorica degli istituti o attraverso l'esame delle questioni dibattute in dottrina e in giurisprudenza, ma anche e soprattutto attraverso lo studio delle tecniche defensionali.

Trattasi, evidentemente, di un segmento di azione formativa che richiede, per poter essere sviluppato, la collaborazione attiva di coloro che sono chiamati a partecipare al Master.

Di qui, l'attenzione e la cura, oltre che per i contenuti, anche dei profili metodologici, articolati non soltanto sulla tecnica della «lezione frontale», caratterizzata da un ruolo attivo del docente e da discenti che, nel loro insieme, funzionano da corpo ricettore delle conoscenze trasmesse unilateralmente e dunque rivestono tendenzialmente una posizione di partecipazione passiva, ma anche sulla tecnica della «lezione interattiva», nella quale il gruppo discente assume il dominio della conduzione delle attività d'aula, partecipando attivamente alle stesse, organizzandole o comunque orientandole in maniera determinante sotto la guida, la direzione e il coordinamento del docente o di più docenti.

Proprio per favorire tale interazione, sono state inserite all'interno del programma del Master una serie di linee di intervento formativo che attengono, da un lato, alla «comunicazione forense» e, quindi, al modo di comunicare e di esprimersi nel momento in cui si imposta e si sviluppa l'attività defensionale.

Pertanto, proprio in relazione al momento propriamente operativo, è stata prestata attenzione all'esigenza di prospettare delle tecniche di redazione degli atti processuali che tengano conto, sia della particolare tipologia dello schema che si va costruendo, sia, soprattutto, della necessità che sia rispettato un adeguato e corretto livello tecnico nel linguaggio utilizzato.

Del resto, non poteva certo essere trascurato che nell'atto processuale debba essere garantito tendenzialmente anche un minimo di selezione del linguaggio utilizzato.

Questo presuppone che si acquisisca o, quanto meno, si discuta della tecnica per la redazione di un atto processuale.

Una volta appresa la tecnica di redazione dell'atto e compresa la rilevanza del metodo di comunicazione, si giunge alla fase finale, e dunque al momento della concreta realizzazione dell'atto defensionale, in cui esso si sviluppa e verifica la sua efficacia ed operatività.

Di qui, l'idea di prevedere incontri dedicati alla «simulazione di casi processuali», in cui l'aula verrà suddivisa in gruppi a ciascuno dei quali dovrebbe essere assegnato un ruolo all'interno del processo sul caso prospettato. L'idea, dunque, è quella di simulare un vero e proprio processo, discutendo, se del caso a margine della simulazione, delle questioni teoriche e delle difficoltà pratiche incontrate nell'impostare e sviluppare la parte assegnata a ciascuno.

Ovviamente, un progetto formativo così articolato, in cui si combinano lezioni teoriche, analisi di casi pratici, le tecniche di comunicazione e di redazione degli atti processuali, la simulazione di un processo, rappresenta una iniziativa particolarmente impegnativa sia nella fase della ideazione, che nella impostazione, nello sviluppo, e nella sua realizzazione, lo diventa ancora di più quando la partecipazione al risulta particolarmente massiccia.

È noto, infatti, che l'iniziativa ha avuto un successo enorme, come è testimoniato dal numero delle domande di partecipazione, che ci ha suggerito di prospettare due edizioni, ciascuna peraltro con la partecipazione di un elevato numero di discenti.

È chiaro che organizzare simulazioni o tecniche di redazione di atti, esercitazioni, attività di comunicazione per un'aula media di venti persone, è una cosa; organizzarla per cento persone è altra cosa.

Lo sforzo organizzativo, dunque, è enorme e mira ad assicurare che tutto possa riuscire nel migliore dei modi.

A tal fine, è stata prevista anche l'assistenza di tre *tutors*, che coadiuvano il personale della Scuola nella gestione del Master.

Sarà consegnato del materiale didattico di base, quale strumentazione minima utile per impostare il lavoro.

Saranno i singoli docenti a valutare, di volta in volta, l'opportunità di distribuire ulteriore materiale didattico integrativo, in relazione al tema trattato nel proprio intervento.

Ovviamente, sia chi vi parla, nella sua qualità di Precettore, che tutta la struttura dell'ufficio Rettorato, è a vostra disposizione per qualsiasi necessità.

Grazie e buon lavoro a tutti.

**Federico Basilica.** Sono un Avvocato dello Stato e mi sono occupato del coordinamento di questa iniziativa di formazione avanzata. Si tratta di un'iniziativa difficile: voi oggi vedete che qui è tutto pronto e ben organizzato; in realtà noi stiamo lavorando da mesi a questa particolare idea, addirittura da marzo dello scorso anno.

Si era pensato inizialmente di fare un classico Master sulla giustizia amministrativa, nel quale avremmo coinvolto una cinquantina di partecipanti e nel quale, naturalmente, avremmo chiamato i migliori docenti a svolgere delle relazioni sui singoli argomenti, un po' come si fa nelle università. Poi con il passare del tempo ci siamo chiesti a cosa potesse servire un approccio di questo tipo e man mano è venuta fuori un'idea diversa.

Se mi consentite, direi che siamo passati da una impostazione di tipo stoico ad una impostazione socratica. Sapete che gli stoici furono i primi ad insegnare la filosofia ed i primi a farsi pagare per l'attività d'insegnamento. Socrate, invece, aveva un'impostazione diversa, coinvolgeva le persone, faceva parlare i suoi interlocutori sollecitandoli con le domande, in pratica il suo insegnamento si incentrava sul dialogo, per cui aveva un «taglio» completamente diverso dall'impostazione stoica.

Ecco, noi abbiamo «sposato» questa seconda impostazione, eliminando la classica lezione che ha lasciato il posto ad una serie di tavole rotonde, anche perché sostanzialmente di un master di tipo classico non se ne sentiva alcun bisogno; naturalmente ci siamo impegnati in un progetto difficile, un progetto che deve essere in grado di coinvolgerci, di interessarci e di farci crescere, perché altrimenti diventerebbe un'iniziativa sostanzialmente inutile.

Siamo incoraggiati nei nostri propositi dall'altissimo numero di adesioni che conferma in maniera inequivocabile il grande interesse per un Master di questo tipo: ogni giornata di lezione sarà, dunque, tenuta non dal professore che si mette in cattedra e vi fa la lezione di tipo stoico, ma da un *pool*, e quindi da un gruppo di docenti. Avrete a vostra disposizione, sul singolo tema, i diversi punti di vista, quello del giudice, quello dell'avvocato dello

Stato, dell'avvocato di ente pubblico in genere e quello del difensore del libero foro. A queste voci molto spesso si aggiungerà quella del professore universitario.

Tutto ciò è utilissimo e se ne è avuta prova oggi: mi ero preparato un bel discorso introduttivo, ma è forse più importante puntualizzare alcuni aspetti toccati dalle relazioni che mi hanno preceduto.

L'utilità di questo approccio, del resto, è dimostrata proprio da quanto abbiamo sentito oggi nell'intervento autorevolissimo del Presidente De Roberto, il quale, in particolare, ha fatto una serie di osservazioni che sollecitano un approfondimento, a proposito dell'annoso problema della risarcibilità del danno per lesioni di interesse legittimo.

Si è sostenuto che la P.A. non può più avere una posizione di privilegio, poiché dopo la sentenza 500 del '99 delle Sezioni Unite della Cassazione è caduto il mito della irrisarcibilità del danno per lesioni di interesse con la conseguente imputazione della relativa responsabilità a carico della pubblica amministrazione.

Come addossare alla P.A. questa responsabilità? Ora che la giurisdizione è passata al Consiglio di Stato, a seguito della legge n. 205/2000, cominciano i primi problemi interpretativi, che riguardano in particolare i criteri di imputazione della responsabilità. Il Presidente De Roberto ci ricorda che la sentenza 500 del '99 afferma che è necessario l'elemento soggettivo. A me sembra che la Cassazione non potesse dire altro, avendo argomentato la sua ricostruzione in base all'art. 2043 c.c. che è, appunto, la norma generale sull'illecito aquiliano e che dispone che non si può prescindere dalla colpa per l'imputazione della responsabilità extracontrattuale. Il Presidente De Roberto ha, però, aggiunto che, se per le Sezioni Unite sono necessari dolo e colpa, forse si dovrebbe arrivare ad immaginare un meccanismo diverso di imputazione soggettiva della responsabilità, cioè una sorta di colpa presunta.

Vedevo i miei colleghi dell'Avvocatura, tra loro l'avv. Fiumara, l'avv. Linguiti, che sono letteralmente saltati sulla sedia.

È chiaro infatti che la P.A. deve perdere la sua posizione di privilegio, ma non si può arrivare all'opposto riservandole una posizione di svantaggio: non si può e non si deve passare dal privilegio allo svantaggio. Per il comune cittadino l'imputazione della responsabilità si modella secondo il classico criterio dell'imputazione per colpa e l'art. 2043 c.c. è una norma che pone dei presupposti imprescindibili, in virtù dei quali si ha imputazione per colpa, per qualunque fatto che produca ad altri un danno ingiusto. Ma la norma specifica: qualunque fatto doloso o colposo. Non dice qualunque fatto e basta. Se non c'è la colpa, pertanto, non si risponde del danno.

È dunque discutibile la tesi della colpa presunta. Chiaramente qui l'approccio, il punto di vista del difensore della parte pubblica può essere utile a spiegare che non si tratta di bilanciare una posizione di supremazia speciale. Il Presidente dice che la P.A. agiva in posizione di supremazia speciale, ma, come molti di voi sapete bene, non è che agiva in posizione di supremazia speciale perché lo aveva scelto o gli conveniva: ma quella posizione gli era riconosciuta dall'ordinamento a tutela di un interesse pubblico.

*Ergo*: se la P.A. ha esercitato una posizione di supremazia speciale a tutela di un interesse pubblico, l'imputazione della responsabilità comunque non può prescindere dal presupposto della colpa. Vedete come i punti di vista sono diversi e com'è utile che su singoli argomenti si ascoltino più voci, perché il dibattito si arricchisce e sicuramente i risultati sono per voi più utili.

Noi abbiamo preferito offrirvi sui singoli argomenti una visione più ampia, una visione d'insieme e siamo sicuri che, con le forze che abbiamo messo in campo ci riusciremo. Se andate a scorrere l'elenco dei docenti c'è quasi tutto il ruolo del Consiglio di Stato e quasi tutto il ruolo dell'Avvocatura dello Stato, tanti professori universitari, i migliori, tanti avvocati amministrativisti autorevoli.

In definitiva è a vostra disposizione uno sforzo enorme. Siamo sicuri che i risultati verranno.

**Maria Gentile.** Aggiungerò poco rispetto a quanto è stato detto durante la mattinata. È sicuramente vero quanto ha detto l'avvocato Basilica, cioè che vi è stato da parte nostra lo sforzo per concepire un qualche cosa di diverso da quanto già viene offerto in questa materia; ci siamo, infatti, voluti soffermare sul punto di vista di chi debba difendere la Pubblica Amministrazione, sia esso dipendente pubblico o libero professionista. Si è cercato quindi di pensare, anche in sede di redazione del programma, ad un qualche cosa che si potesse concepire e vedere dal punto di vista del difensore dell'Amministrazione.

Già questo è sintomatico del tipo di percorso che voi andrete a fare; naturalmente da parte nostra l'auspicio è che non siano deluse le nostre e le vostre aspettative perché, come dicevano i miei colleghi, noi crediamo fermamente in questa iniziativa ed abbiamo ragione di confidare nel suo successo in quanto siamo assistiti e confortati in ciò sia dai qualificati docenti di cui si faceva menzione, sia da voi stessi e dalla vostra attiva partecipazione e dall'impegno che profonderete durante questo percorso.

Assai significativo quanto stamattina ci hanno rappresentato gli autorevoli relatori; in particolare mi hanno colpito le parole del Presidente De Roberto, il quale ha evidenziato i grandissimi cambiamenti che hanno caratterizzato la materia in questi ultimi anni. L'esigenza di questo Master viene fuori proprio dalla necessità di un aggiornamento della materia, ma facciamo attenzione agli ulteriori cambiamenti che ci potranno ancora essere; si tratta, ripeto, di una materia in continua evoluzione per cui è difficile, da parte di chi dovrà tenere le relazioni, mantenere il passo, per esempio, con una giurisprudenza che è in costante evoluzione.

Stamattina il Presidente De Roberto, illustrando il caso dell'aggiudicazione e della successiva stipula del contratto in materia di appalto, si poneva il problema di quanta effettività ci potesse essere in quel tipo di tutela che non riconosceva *ante causam* la possibilità di impedire la stipula del contratto. Proprio lo scorso 10 marzo, cioè solo pochi giorni fa, è stato emanato un decreto presidenziale dal TAR Lombardia, sezione di Brescia, con il quale è stato accordato un provvedimento cautelare in questa materia *ex art. 669 sexies c.p.p.* È vero: «una rondine non fa primavera», però c'è, quindi in qual-

che modo se ne deve pure parlare e tenere conto, è, in sostanza, una tematica che deve essere affrontata. In questo senso noi abbiamo voluto, nella scelta del materiale didattico, lasciare un margine ampio ai docenti che man mano verranno a parlare dei singoli argomenti; essi ci proporranno le ultime novità in materia sia della dottrina che della giurisprudenza.

L'idea è stata, quindi, quella di fornirvi come materiale didattico di base il minimo indispensabile, perché abbiamo ritenuto che non vi serva il manuale classico, istituzionale, che sicuramente tutti avrete e che certo conoscete perché siete tutti laureati in giurisprudenza; distribuiremo, invece, man mano materiale su quelle che potranno essere le novità dell'ultimora, perché purtroppo non c'è nulla di scontato ormai in questa materia, è tutto un continuo riflettere, un continuo doversi aggiornare e anche capire quello che accade intorno a noi.

Come presentazione del Master mi pare che abbiamo affrontato tutti gli aspetti, ora è il tempo di dare spazio alle vostre domande.

**Ermanno De Francisco.** Vorrei semplicemente dire pubblicamente una cosa che altrimenti avrei detto privatamente agli organizzatori alla fine di questo incontro. I Masters hanno profili prevalentemente procedurali, oltre ai molti sostanziali, bisognerebbe tenere in qualche misura conto del fatto che è stato già approvato in via definitiva e pubblicato in Gazzetta un decreto legislativo che riforma completamente il processo societario; il che rilevarebbe assai poco ai nostri fini, se non sapessimo che questa è, verosimilmente, l'anticipazione di quella generale riforma del processo civile, che dovrebbe approdare in Parlamento nei prossimi mesi, nota come «progetto Vaccarella».

Tutto questo, se si guarda ad un futuro non dico a brevissimo, ma a medio termine ha sicuramente dei riflessi anche sul giudizio amministrativo in quanto sappiamo che in misura controversa, potremmo forse dire «suppletiva», il codice di procedura civile trova ampia applicazione anche nel processo amministrativo, laddove quest'ultimo non abbia una propria disciplina specifica nelle leggi speciali che lo riguardano, e cioè, essenzialmente, la legge n. 1034 del 1971, nonché il regolamento di procedura n. 642 del 1907 e quelle poche altre norme ancora applicabili del Testo Unico 1054 del 1924, tutto come integrato e modificato, parzialmente, dalla legge n. 205 del 2000; però non c'è dubbio – ripeto – che un grosso ambito, o analogico o semplicemente suppletivo, è svolto dal codice di procedura civile. Se noi pensiamo che la riforma, che è già legge dello Stato, sebbene con applicazione rinviata al primo gennaio 2004, del processo societario preluderà, si suppone, alla riforma generale del processo civile, segnalò l'opportunità che tutto questo costituisca oggetto di una marginale, piccola, ma forse non del tutto assente trattazione del corso di questo nostro futuro lavoro nell'ambito del Master.

Per dire il rilievo di questa futura modifica, con specifico riferimento alle amministrazioni pubbliche, mi viene in mente un esempio: il nuovo rito prevede che la contumacia, o addirittura la tardiva costituzione (salvo il potere del giudice di rimettere in termini la parte), implica la piena prova



dei fatti affermati dall'attore. Questo per la difesa delle amministrazioni pubbliche, almeno rispetto agli attuali assetti (più culturali che processuali), secondo me è dirimente.

È notorio che spesso le amministrazioni si costituiscono non propriamente in modo ultratempestivo, seppure si costituiscono, quando il giudice non si trova costretto a svolgere un improprio ruolo di supplenza della difesa della parte che ancora non si è costituita.

Tutto questo, in presenza di una norma del genere, (ferma ovviamente la possibilità di remissione in termini, che è espressamente prevista e che potrà probabilmente essere applicata in un numero maggiore di casi), non potrà non avere un impatto «forte» sulla difesa delle amministrazioni.

È solo un dettaglio, questo della disciplina della contumacia; peraltro, il processo che si introduce in quell'ambito è molto diverso dal processo che conosciamo ed è molto più simile al processo romano classico *per formulas*. Non è ovviamente questo l'oggetto del seminario, tuttavia volevo segnalare, con l'occasione, che questo è un settore del quale forse non sarebbe opportuno dimenticarsi completamente.

**Giuseppe Nerio Carugno.** Ringraziamo il Consigliere di Stato De Francesco che, come avete capito, si è candidato a tenere la lezione in qualità di interprete autentico di questa riforma, visto che fa parte della commissione Vaccarella, ovviamente sia nella veste di Consigliere di Stato, ma anche in rappresentanza dell'Ufficio legislativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di cui è vice-capo.

Cogliamo sicuramente questo preziosissimo contributo e lo investiamo pubblicamente di questo impegno per cui lo ringraziamo anticipatamente.



# IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

## **Le Regioni e le relazioni internazionali e comunitarie (\*)**

1. Il presente contributo sulla riforma del Titolo V della Costituzione italiana si colloca nel rapporto tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario in relazione all'adempimento degli obblighi che derivano dal Trattato. In sintesi, i temi sono quello della competenza per la «fase ascendente» e la «fase discendente» in materia comunitaria e quello degli strumenti di sostituzione alle inadempienze delle Regioni agli obblighi comunitari.

Le disposizioni costituzionali che assumono rilievo sono gli articoli 117, relativo alla potestà normativa e alla competenza delle Regioni e degli altri enti territoriali, e l'articolo 120, comma 2, che disciplina il potere sostitutivo nei confronti di Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni.

2. L'articolo 117 ripartisce i poteri legislativi ordinari tra lo Stato e le Regioni, prescrivendo che spetta alla Regione la potestà legislativa in tutte le materie nelle quali la Costituzione non preveda una potestà legislativa statale.

Lo Stato, in linea di principio, ha potestà legislativa ordinaria solo nelle materie nelle quali tale potestà è espressamente riconosciuta ad esso, mentre le Regioni hanno potestà legislativa in tutte le rimanenti materie, in esclusiva o in concorrenza con la legislazione statale.

---

(\*) Relazione tenuta dall'avvocato dello Stato Maurizio Fiorilli al Convegno sull'*Ordinamento comunitario e ordinamento interno dopo il nuovo Titolo V della Costituzione italiana*, tenutosi a Roma, Palazzo Spada, il 14 luglio 2003.

Tuttavia, poiché la potestà legislativa ordinaria in relazione alle parti maggiori dell'ordinamento giuridico (diritto civile, diritto penale, diritto processuale) spetta allo Stato, più precisamente si dovrebbe dire che alle Regioni spetta la potestà legislativa residuale, ma solo in relazione a quella che a sua volta potrebbe chiamarsi «parte residua» dell'ordinamento, cioè in relazione a quello che resta tolti (oltre alle materie connesse alla sovranità) quelli che tradizionalmente ed ovunque sono i grandi settori dell'ordinamento giuridico, costituiti dal diritto civile, dal diritto penale e dal diritto processuale.

Inoltre, alcune delle «materie» assegnate in esclusiva allo Stato sono, in realtà, clausole che autorizzano il legislatore statale ad intervenire in qualunque materia per le finalità indicate dalla norma, ad esempio, per fissare livelli minimi di prestazione a tutela dei diritti civili e sociali.

Conclusivamente, si deve registrare in tema di potestà legislativa una tripartizione. Da una parte stanno le materie ed in genere gli oggetti, i compiti e le finalità in relazione ai quali la Costituzione ravvisa un interesse nazionale conformato in modo da richiedere che il potere legislativo sia esercitato dal solo legislatore nazionale; in una seconda stanno le materie per le quali la Costituzione ravvisa un interesse regionale intrecciato ad un interesse nazionale, che giustifica una competenza legislativa statale di principio; nella terza stanno le altre materie, affidate alla legislazione regionale. La competenza comunitaria si spalma su tutti e tre i settori, e quindi l'indagine deve essere condotta unitariamente.

Nel recepimento della norma comunitaria, o comunque nell'adempimento degli obblighi che discendono dal Trattato, dovrà tenersi conto dell'assetto e del significato delle attribuzioni di competenza legislativa, anche se non sussiste un esatto parallelismo tra potere legislativo e potere amministrativo di esecuzione.

### 3. Sono di competenza esclusiva dello Stato:

a) le competenze collegate ai poteri sovrani e alla identità statale: si tratta di materie che riguardano lo Stato, come soggetto di diritto internazionale o, comunque, riguardano l'identificazione dei suoi elementi essenziali, ed in particolare l'elemento personale (i rapporti internazionali e comunitari, la politica di difesa, la moneta e il sistema valutario, i tributi e la contabilità, l'ordine pubblico e sicurezza, la politica locale, i rapporti con le comunità religiose);

b) le competenze relative ad organismi statali e competenze relative agli enti locali;

c) le competenze relative alle fondamentali materie costitutive dell'ordinamento giuridico (codici e materie connesse, restano però da risolvere i problemi delle interferenze con materie di competenza regionale);

d) competenze collegate a compiti di garanzia del sistema economico e dello Stato sociale (tutela della concorrenza; perequazione delle risorse finanziarie; livelli essenziali di prestazioni – si tratta di una competenza trasversale per eccellenza: infatti, in virtù di essa la legge statale può intervenire in qualunque materia, quando siano in gioco prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui debbono essere stabiliti livelli da garantire a tutti in condizioni di uguaglianza; tutela dell'ambiente).

4. In particolare, per quanto concerne la competenza esclusiva in *materia di rapporti internazionali e comunitari*, si tratta della politica estera e dei rapporti dello Stato con l'Unione Europea, tale espressione viene assunta per indicare, sinteticamente, l'insieme delle istituzioni comunitarie, e non nel senso specifico proprio del diritto comunitario. L'espressione «Stato» nella disposizione si riferisce all'intero ordinamento inteso nella sua unità, e non allo Stato, come soggetto giuridico, indicato nell'articolo 114; si vuol dire, insomma, che in questo tipo di rapporti il legislatore statale opera per l'intera «Repubblica».

Prima della riforma costituzionale l'ordinamento italiano era improntato al principio della attribuzione in via esclusiva allo Stato del potere estero. La soggettività internazionale dello Stato è considerata una componente essenziale della sovranità. Solo lo Stato può assumere obblighi giuridici attraverso i trattati, solo lo Stato è responsabile delle conseguenze di eventuali inadempimenti o infrazioni agli obblighi assunti, e quindi solo lo Stato può emanare atti diretti all'esecuzione dell'obbligo.

L'eventuale pertinenza dell'obbligo assunto a materia di competenza di enti a soggettività interna non limita la competenza dello Stato nell'esercizio del potere estero. La vigenza di questo principio ha comportato una compressione alle competenze della Regione, che pure è ente costituzionalmente garantito quanto all'esistenza e alla competenza. Le Regioni non potevano assumere alcuna iniziativa che interferisse con la politica estera del Governo e qualsiasi impegno assunto dallo Stato con gli strumenti del diritto internazionale comportava un limite tassativo per l'attività della regione, cui era negato anche il potere di emanare atti rivolti all'adempimento dell'obbligo.

Anche l'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea era (e forse in parte resta ancora) rubricata come «rapporti internazionali» e ad essa formalmente e sostanzialmente assimilata ai fini del relativo potere di iniziativa e le conseguenti responsabilità o per inadempimento, con la conseguenza che in proporzione all'aumento delle competenze comunitarie si è avuta una compressione delle competenze regionali.

Il quadro stabilizzato prima della riforma costituzionale può essere riassunto nei termini seguenti:

– Lo Stato ha il monopolio della politica estera. La Regione, nell'ambito della propria competenza, può svolgere all'estero *attività promozionali* (per esempio, dei prodotti tipici, dell'offerta turistica ecc.: il c.d. *marketing* territoriale) e *attività di rilievo internazionale* (ossia quelle attività di studio, di scambio di informazioni, di collaborazione transfrontaliera, di proposta ed iniziativa congiunte che però non comportino l'assunzione di impegni dai quali derivino obblighi per lo Stato). L'attività estera della Regione è soggetta al principio di leale collaborazione, cioè di previa informazione o previo assenso (in relazione alla rilevanza della programmata attività) del Governo.

– L'esecuzione degli obblighi internazionali è attribuita allo Stato a livello nazionale, Regioni ed enti locali possono, invece, dare esecuzione ai trattati nelle materie di rispettiva competenza.

– È stata riconosciuta alla Regione una limitata possibilità di intervento nella formazione delle politiche comunitarie e degli atti normativi. A parte la presenza istituzionale a livello comunitario nel Comitato delle Regioni, dal 1994 è consentito alla Regione di intrattenere, senza obblighi di intesa o di previa informazione, rapporti diretti con le istituzioni comunitarie e dal 1996 di aprire uffici di collegamento a Bruxelles e dal 1998 la Rappresentanza permanente italiana a Bruxelles è integrata da quattro funzionari, designati dalla Conferenza Stato-Regioni. Le Regioni possono segnalare alla Rappresentanza italiana affari di loro interesse e poi sono coinvolte nella formazione della volontà italiana nella elaborazione degli atti comunitari attraverso le «sessioni comunitarie» semestrali della Conferenza Stato-Regione.

– Quanto alla fase discendente delle politiche comunitarie, dal 1998 è previsto che tutte le Regioni possano (e debbano) dare attuazione immediata alle direttive, oltre che ai regolamenti comunitari, potendo scegliere se procedere per via legislativa o per via amministrativa; salvo, comunque, l'obbligo di adeguare le proprie norme alle

successive leggi statali di attuazione secondo le regole costituzionali. Proprio in relazione ad eventuali inadempienze delle Regioni nell'attuazione degli obblighi comunitari, la Corte Costituzionale ha riconosciuto allo Stato forti poteri di intervento in via preventiva, attraverso la emanazione di atti di indirizzo e coordinamento e di norme legislative di dettaglio con valore suppletivo; sia successivo, con l'attivazione del potere sostitutivo.

5. Con la formula della potestà legislativa concorrente (articolo 117, comma 3) la Costituzione indica materie in relazione alle quali assegna bensì potestà legislativa alle Regioni, ma nelle quali individua speciali esigenze di unitarietà da soddisfare mediante una legislazione statale che tracci i principi fondamentali.

Tra le materie di competenza ripartita vi è quella dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea delle Regioni. Il parallelismo con la competenza statale di cui alla lettera *a*) del comma 2 – peraltro con la significativa esclusione della politica estera dalla competenza regionale – non può nascondere la fondamentale diversità della posizione regionale.

La potestà legislativa regionale per quanto riguarda i rapporti internazionali potrà riguardare da un lato gli aspetti organizzativi e procedurali della propria attività, dall'altro le norme eventualmente necessarie per recepire nell'ordinamento regionale il contenuto degli accordi stipulati, in conformità a quanto disposto dal comma 9 dell'articolo 117, secondo il quale «nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato». La disciplina dei *casi* e delle *forme* di possibile conclusione di tali accordi dovrebbe essere l'oggetto specifico delle norme di «principio» della legge statale.

Analogamente, anche per la competenza legislativa in materia di rapporti con l'Unione Europea si tradurrà principalmente in norme organizzative e procedurali. La mancata attribuzione di un potere «comunitario» esclude, peraltro, che la Regione possa assumere direttamente obblighi con l'Unione Europea che implicino l'esercizio di attività normativa. Nei limiti in cui possono assumere direttamente obblighi giuridici con l'Unione Europea, peraltro, è da verificare se si estenda allo Stato la responsabilità per l'inadempimento. La risposta, in via generale, sembra essere positiva e, quindi, in presenza di un inadempimento della Regione, lo Stato è legittimato ad agire in sostituzione della Regione inadempiente.

6. L'articolo 117, primo comma, pone all'esercizio del potere legislativo il vincolo del rispetto dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali. La disposizione, da interpretarsi in connessione con l'obbligo del rispetto della Costituzione (non solo per quanto concerne le norme costituzionali, ma anche per quanto concerne il rispetto delle competenze), sta ad indicare che lo Stato, in quanto investito del potere legislativo per assicurare l'unitarietà dell'ordinamento giuridico nazionale, è competente ad ogni intervento che si renda necessario per assicurare le finalità unitarie proprie di ciascuna norma comunitaria o di ciascuna disposizione convenzionale internazionale che imponga un obbligo da soddisfare in modo unitario. Tanto attribuisce al legislatore nazionale il potere di dettare tutte le disposizioni che sono necessarie ad assicurare il rispetto di tali obblighi comunitari e internazionali anche nelle materie di competenza residuale regionale.

Complessivamente, per quanto riguarda i rapporti con gli organismi comunitari, la riforma si colloca su di una linea di continuità con ciò che la legislazione ordinaria e la giurisprudenza precedenti avevano tracciato. È sistematico il rinvio alla legge ordinaria per tutto ciò che riguardi la disciplina dei rapporti delle Regioni con l'Unione Europea (art. 117, comma 3), la partecipazione delle regioni alla fase ascendente e all'attuazione degli atti comunitari (art. 117, comma 5). La legge 5 giugno 2003, n. 131, a prima lettura, pone il problema di una revisione della legge n. 86/1999, che disciplina le modalità di attuazione degli impegni comunitari, regolando i rapporti tra Governo, Parlamento e Regioni, e promette di rafforzare il ruolo della Conferenza Stato-Regioni nella «fase ascendente», prevedendo che in quella sede si raggiungano «posizioni comuni» circa i progetti di atti comunitari che interessano le materie di competenza regionale. Sui progetti di maggiore rilievo il Governo italiano dovrebbe, inoltre, porre in sede comunitaria la «riserva di esame» in attesa di raggiungere l'accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni, ma il mancato raggiungimento della intesa non impedirebbe al Governo di procedere da solo: in ciò si trova conferma della considerazione costituzionale dell'interesse comunitario come interesse unitario. La legge prevede, inoltre, che le Regioni concorrano direttamente, nelle materie di loro competenza, alla formazione degli atti comunitari, partecipando, nell'ambito della delegazione del Governo, alle attività dei gruppi di lavoro e dei comitati del Consiglio e della Commissione europea, secondo modalità da concordare in sede di Conferenza Stato-Regioni, che devono comunque garantire la unita-



rietà della rappresentazione della posizione italiana da parte del Capo delegazione designato dal Governo. Nel testo approvato dal Senato si prevede che nelle materie di competenza residuale delle Regioni, la designazione del Capo della delegazione italiana sia frutto di una intesa raggiunta in sede di Conferenza Stato-Regione, e che «sulla base di un accordo di cooperazione» tra Governo e Regioni si individuino «i criteri per la individuazione delle materie». La disposizione è sufficientemente ambigua da lasciare aperta la possibilità che il Capo della delegazione italiana possa essere, in questi casi, un rappresentante delle Regioni, sia pure designato dal Governo.

Anche in relazione alla «fase discendente» dell'attuazione della normativa comunitaria, la legge non contiene novità di rilievo. Va però notato che, confermata la competenza delle Regioni a recepire immediatamente le direttive comunitarie e a dettare la eventuale disciplina integrativa e attuativa dei regolamenti, è confermato il potere dello Stato di emanare leggi di attuazione delle norme comunitarie anche in materie di competenza regionale, non limitandosi ai soli principi, ma introducendo anche disposizioni di dettaglio, con valore suppletivo (si applicano cioè sino alla emanazione delle norme attuative regionali).

7. La riforma del Titolo V introduce due previsioni costituzionali del potere sostitutivo.

L'articolo 117, comma 5, nell'ambito della ripartizione dei poteri normativi, ed in particolare laddove indica la competenza delle Regioni a partecipare alla formazione degli atti comunitari, nonché all'attuazione di essi e degli accordi internazionali, rinvia alla legge statale la disciplina delle «modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza».

Di diverso tenore è l'articolo 120, comma 2, che contiene la previsione di un più generale potere sostitutivo dello Stato. A differenza dell'articolo 117, comma 5, la sostituzione è estesa, oltre che alle Regioni anche agli altri enti territoriali, e attribuisce un tale potere al governo, mentre l'articolo 117, comma 5, non fa riferimento ad un organo specifico. Manca poi un riferimento esplicito alla «inadempienza» come presupposto necessario, poiché le ipotesi che possono legittimare la sostituzione sono:

- mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria;
- pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica;

– tutela dell'unità giuridica o della unità economica e, in particolare, tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Si fa rinvio ad una legge ordinaria per la disciplina procedurale con il vincolo di assicurare che l'esercizio del potere sostitutivo rispetti i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

Il quadro è alquanto complesso e lascia adito ad interpretazioni molto diverse. Non è chiaro se la differente formulazione dell'articolo 117, comma 5, e 120, comma 2, siano dovute a mancato coordinamento legislativo, oppure abbiano una differente portata normativa: l'uno, si riferisca esclusivamente alla sostituzione nella produzione normativa, mentre il secondo si riferisca ad ogni tipo di attività. Non è chiaro, infatti, se questa ultima disposizione possa legittimare la sostituzione anche degli organi legislativi della Regione: in questa ipotesi suonerebbe del tutto stonato averne attribuito il potere al Governo, anziché al Parlamento. Non è chiaro, inoltre, se la sostituzione abbia sempre uno specifico carattere di sanzione a fronte di vere e proprie inerzie, inadempimenti o atti lesivi dell'ordinamento, oppure possa essere ispirata da ragioni politiche, legate all'urgenza di provvedere o da valutazioni attinenti agli interessi unitari, quasi si ponesse quale clausola di chiusura del sistema che autorizza il Governo ad intervenire in casi straordinari a salvaguardia dell'unità del Paese e dei suoi interessi unitari.

8. La procedimentalizzazione della partecipazione regionale alla c.d. «fase ascendente» non assume rilievo sul piano comunitario, nel senso che la sua inosservanza non determina un difetto di capacità giuridica del Governo di partecipare alla formazione e alla approvazione degli atti comunitari.

Parimenti non delegittima lo Stato a esercitare la sua funzione di indirizzo e coordinamento e a fissare i principi generali per l'esercizio delle scelte discrezionali politiche in sede di recepimento della normativa comunitaria.

L'esercizio di tali poteri in fase di recepimento potrebbe dare luogo ad ipotesi di sindacato di legittimità costituzionale ad iniziativa dello Stato e delle Regioni, ipotesi nelle quali non si potrebbe escludere anche la necessità di risolvere in via preventiva una questione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 234 del Trattato. La questione pregiudiziale di interpretazione assume rilievo per la verifica del corretto esercizio dei poteri discrezionali da parte del legislatore

nazionale e di quello Regionale, posto che il conflitto in tale ipotesi sorge proprio in relazione alla legittimità comunitaria della adottata soluzione di armonizzazione. Si tratta, invero, di una questione che sta a monte di quella del rispetto dei limiti della competenza legislativa attribuita dalla Costituzione rispettivamente allo Stato e alla Regione, che deve essere risolta in base alla interpretazione della Costituzione.

Il giudice naturale italiano, quindi, si deve porre entrambe le questioni e procedere in conformità al Trattato e alla Costituzione.

Da ultimo, è opportuno sottolineare il rilievo che in tema di adeguamento dell'ordinamento giuridico interno, generato dall'esercizio dei rispettivi poteri legislativi da parte dello Stato e della Regione, all'ordinamento comunitario e a quello internazionale potrà assumere l'attuazione dell'articolo 11 della legge costituzionale n. 3/2001 del seguente tenore: «1. Sino alla revisione delle norme del titolo I della parte seconda della Costituzione, i regolamenti della Camera e del Senato della Repubblica possono prevedere la partecipazione dei rappresentanti delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali alla Commissione parlamentare per le questioni regionali. 2. Quando un progetto di legge riguardante le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 *(e perché non anche del quarto comma nelle ipotesi in cui ci sia l'obbligo comunitario o internazionale della trasposizione unitaria della norma comunitaria o internazionale?)* e all'articolo 119 della Costituzione contenga disposizioni sulle quali la Commissione parlamentare per le questioni regionali, integrata ai sensi del comma 1, abbia espresso parere contrario o parere favorevole condizionato all'introduzione di modificazioni specificamente formulate, e la Commissione che ha svolto l'esame in sede referente non vi si sia adeguata, sulle corrispondenti parti del progetto di legge l'assemblea delibera a maggioranza assoluta dei componenti». La costrizione della maggioranza assoluta nel caso di parere contrario è stata molto criticata perché impone un vincolo assai forte nell'approvazione di importanti categorie di leggi e, comunque, è un forte incentivo a non attivare la procedura di integrazione della Commissione stessa, che si risolverebbe nella imposizione di un vincolo particolarmente stretto sul Parlamento. Sono del parere che, invece, la previsione regolamentare permetterà di raggiungere preventivamente un'intesa sul recepimento unitario della norma comunitaria assicurando anche a livello interno quella leale collaborazione che si deve ricercare nella fase ascendente.

In sede di infrazioni comunitarie, ai fini dell'osservanza degli obblighi posti dall'articolo 10 del Trattato, il cui contenuto concreto dipende, di volta in volta, dalle disposizioni del Trattato o dai principi che si desumono dalla sua struttura complessiva, dovrà apprezzarsi anche il mancato esercizio del potere sostitutivo ora riconosciuto e dall'articolo 117, comma 5, e dall'articolo 12, comma 2 della Costituzione.

*Avv. Maurizio Fiorilli*

## Il monito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla «legge Pinto» (\*)

*Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, prima sezione, 27 marzo -20 maggio 2003*

La sentenza in rassegna lascia perplessi, ma probabilmente non merita lo «*strepitus*» che ha suscitato, e tanto meno le preoccupazioni che ha sollevato, al punto da provocare la remissione alle Sezioni Unite Civili della Cassazione di alcuni ricorsi del tutto simili ai molti pacificamente ed uniformemente decisi in applicazione della legge n. 89/2001. Sul piano istituzionale è stata la rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa a «lanciare l'allarme» con telexpresso 14 marzo 2003 inviato, oltre che ai Ministeri degli Affari Esteri e della Giustizia, anche alla Procura Generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione; l'allarme è stato immediatamente raccolto dalla Procura Generale che, con nota del 3 maggio 2003 dell'ufficio Relazioni Internazionali, ha 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 S. (n. 36813/97) e C. e C. (n. 35360/00)». La nota della Procura Generale è indirizzata, oltre che ai due Ministeri, alla Corte Suprema di Cassazione – Segreteria Generale e al Consiglio Superiore della Magistratura – Comitato di Presidenza; ed illustrando puntualmente quelli che sarebbero poi stati i contenuti della sentenza in esame, così conclude: «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.».

Nelle pubbliche udienze che immediatamente seguirono il deposito della decisione in argomento, peraltro, non tutti i protagonisti della discussione orale manifestarono identiche preoccupazioni; e tra gli stessi sostituti del P.G. in udienza non tutti sostennero l'esigenza di una rilettura della legge Pinto in termini coerenti con il richiamo della CEDU.

È probabile che la decisione dica assai di meno di quello che i primi preoccupati lettori vi hanno intravisto; certo è, però, che il nostro art. 101 Cost.

---

(\*) Nella parte *Contenzioso Nazionale*, pag. 200, pubblichiamo il dossier dell'Avvocato dello Stato Antonio Palatiello: «*Il termine ragionevole del processo: le ultime pronunce, aspettando le Sezioni unite*».

– questo certamente contenente un principio supremo dell'ordinamento – impedisce al monito della CEDU di penetrare nelle aule della Corte di Cassazione, ed anzi fa obbligo a qualunque giudice di non accettarlo come tale: l'Avvocatura dello Stato ha dunque sostenuto che non sarebbe stata corretta una remissione dei ricorsi alle Sezioni Unite per ciò solo che la CEDU avesse lamentato l'incoerenza del sistema italiano con la Convenzione e con la giurisprudenza del giudice europeo. La remissione alle Sezioni Unite v'è stata, ma opportunamente è avvenuta su istanza di una delle parti private con la motivazione dell'esistenza di questioni di massima di particolare importanza (art. 374, 2° comma, u.p. C.P.C.).

Ma la pronunzia della CEDU, dicevo, contiene forse meno di quello che sembra. 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'obbligazione formale di recepire la Convenzione nel sistema giuridico interno»; l'interpretazione e l'applicazione del diritto interno va fatta, «per quanto possibile ... in modo conforme alla Convenzione».

E infatti la nostra Corte di Cassazione, fin dalle prime sentenze in argomento, ha sempre ribadito che della Convenzione e 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, in questa *Rassegna* aprile-giugno 2002, 111; *id.* 2 agosto 2002, n. 11592, *ivi*, 117: l'affermazione è consolidata).

Vi è stato, invece, un fraintendimento del merito delle decisioni giurisprudenziali adottate in applicazione della legge n. 89/01, donde il monito all'Italia di adeguare il proprio sistema normativo: la CEDU infatti sostiene che in Italia «manca il riconoscimento del diritto ad un processo in tempi ragionevoli quale diritto fondamentale dell'uomo».

Bisogna intendersi sul concetto di «diritto fondamentale dell'uomo»: la nozione della CEDU non coincide certo con quella di diritto inviolabile, in via immediata ed esclusiva accordato e tutelato dalla Costituzione (come il diritto alla vita, alla scelta religiosa etc.), perché altrimenti non avrebbe avuto senso la decisione della stessa CEDU 12 luglio 2001, F. c. Italia, in questa *Rassegna*, 2001, II, 124, dove si nega che nel processo tributario valga il principio della durata ragionevole (eppure anche quello tributario è un giudizio, dove il giudice deve essere terzo e imparziale). Diritto fondamentale, nella logica della CEDU, è quello che non può non essere accordato, secondo il sistema di produzione normativa dei singoli Stati; e da noi è stata la legge ordinaria a disciplinare quel diritto (così come è la legge ordinaria a disciplinare la maggior parte dei diritti riconosciuti dalla Convenzione).

Ed era ben noto alla CEDU che in Italia occorresse una legge introduttiva del diritto alla durata ragionevole del processo, pur conoscendo bene la nostra Costituzione i diritti inviolabili (se tra questi vi fosse stato il diritto in esame la CEDU avrebbe da sempre preteso il previo ricorso al giudice nazionale); fu, invero, 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 inserito nella costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 111» (sent. in ric. 69789/01, B. c. Italia, in questa *Rassegna*, 2001, II, 130).

Ora, è sfuggito alla CEDU che la nostra Corte di Cassazione non ha mai negato che il ripetuto diritto sia fondamentale; ha invece osservato, ben diversamente, che esso non trova diretta tutela nella Costituzione (da ult. Cass 3 aprile 2003, n. 5128, che paragona quel diritto a quello alla salute nel suo aspetto pretensivo). Non mi pare invece che la CEDU rimproveri all'Italia di non fare «applicazione diretta della Convenzione e della giurisprudenza di Strasburgo in materia di equa soddisfazione»: l'espressione serve alla CEDU per dire che in Italia si è scelta la via della legge interna, ma questa legge è insufficiente perché non è in linea con la Convenzione e con la giurisprudenza CEDU.

Non corretta appare invece l'osservazione secondo cui «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»: nella sua absolutezza questo invito non può condividersi; qui, forse, la CEDU vuol dire soltanto che la legge italiana consente, attraverso la discrezionalità che lascia al giudice, di operare liquidazioni meno lontane da quelle europee. Ma allora il problema si fa, evidentemente, diverso; e d'altra parte pure a parità di situazioni processuali non è affatto detto che la ricaduta della durata irragionevole del processo sul patrimonio o sulle persone sia eguale per tutti.

In quanto ai rapporti tra la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, recepita con la legge 4 agosto 1955, n. 848, e l'ordinamento interno, va ricordato il consolidato orientamento che distingue tra norme sufficientemente determinate, le quali sono di immediata applicazione nel nostro ordinamento, e quelle generiche per le quali occorrono successivi atti normativi di adattamento, distinzione che si fonda sui principi generali della materia (cfr., ad esempio, Cass., S.U., 8 maggio 1989, n. 15); per lo specifico tema della durata ragionevole del processo si è osservato che «la Convenzione introduce un mero principio di comportamento per il legislatore nazionale senza prefissione di termini o di sanzioni e, pertanto, non può essere invocata per far valere l'invalidità di un procedimento condotto nella osservanza delle leggi che lo contemplano» (Cass., S.U., 21 gennaio 1985, n. 365; *id.* 25 marzo 1988, n. 251; da ultimo, Cass., Sez. I, 14 giugno 2002 n. 8503; per la parallela vicenda della pubblicità dell'udienza, della precostituzione del giudice, e del diritto dell'incolpato di parlare per ultimo si vedano, rispettivamente: Cass., S.U., 1° ottobre 1986, n. 5827, *id.* 5 febbraio 1999, n. 39, tutte nel senso della non diretta applicazione della Convenzione; *contra*, per un caso di procedimento disciplinare a porte chiuse, si è fatta diretta applicazione dell'art. 6 della Convenzione, così ritenendosi abrogata la norma che prevedeva l'udienza riservata: Cass., S.U., 10 luglio 1991, n. 7662). La Corte Costituzionale, dal canto suo, ha negato la preminenza della Convenzione sulla legge in varie occasioni, pur riconoscendo la specialità del sistema ivi contenuto

(Corte Cost. n. 10/93) e con l'avvertenza che l'adeguamento automatico dell'ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10 Cost.) si riferisce soltanto alle norme di carattere consuetudinario, e non anche a quelle di carattere pattizio quali sono comunque le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte Cost., n. 153/87; n. 75/93 A; n. 75/93 B).

*Avv. Antonio Palatiello*

**Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, 27 marzo - 20 maggio 2003 - Presidente Rozakis - G. ad hoc del Tufo - S. c. Italia**

*La regola dell'esaurimento delle vie interne di ricorso, posta dall'art. 35 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, non opera quando il ricorso interno non sia né adeguato né effettivo.*

*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 è coerente con i principi della Convenzione nella parte in cui nega la natura di diritto fondamentale dell'uomo al diritto in questione, nega l'applicazione diretta della Convenzione e della giurisprudenza di Strasburgo in materia di equa soddisfazione, accorda riparazioni pecuniarie insufficienti.*

*(La traduzione dal testo francese è degli avv. ti W. Ferrante e A. Palatiello).*

«(omissis) Il Governo solleva due eccezioni.

In primo luogo, il Governo sostiene che le vie di ricorso interne non sono state esaurite dato che i ricorrenti non hanno proposto ricorso per cassazione avverso la decisione della Corte d'appello di Reggio Calabria.

Il Governo argomenta a favore dell'efficacia del ricorso per cassazione e ciò per diverse ragioni. Innanzitutto, il Governo fa osservare che la competenza della Corte di Cassazione in materia di legge Pinto è la stessa che in tutti gli altri casi di ricorsi ordinari proposti innanzi alla Suprema Corte ai sensi dell'art. 360 c.p.c.

Se è dunque vero che l'ammontare dell'indennizzo in quanto tale non può formare oggetto di ricorso per cassazione, i ricorrenti avrebbero comunque potuto dedurre innanzi alla Corte di Cassazione che il decreto della Corte d'appello non era logicamente o coerentemente motivato o avrebbero potuto contestare l'ammontare della riparazione riconosciuta in primo grado sotto il profilo della conformità alla legge dei criteri utilizzati.

Il Governo precisa inoltre che la Corte di Cassazione ha il potere di annullare una decisione e di rinviare la causa ad un nuovo giudice di merito.

Il Governo sostiene che i ricorrenti hanno contestato l'efficacia dei rimedi senza fornirne dimostrazione e che gli stessi fondano le loro pretese esclusivamente su due sentenze della Corte di Cassazione.

A tale proposito, il Governo fa osservare che la giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia è assai vasta e non ancora definitivamente consolidata in assenza di una decisione a Sezioni Unite.

Quanto all'applicazione, da parte della Corte di Cassazione, dei criteri della giurisprudenza di Strasburgo, il Governo ritiene che si tratti di un falso problema dato che si tratta di "pretesi criteri". A tale proposito, il governo osserva che la giurisprudenza di Strasburgo non indica dei "criteri" per il calcolo dell'equa riparazione, atteso che si può parlare di criteri solo in presenza di una base di calcolo che si possa tradurre in una formula matematica e che sia espressa e chiaramente identificabile. Inoltre, il Governo osserva che l'equa riparazione riconosciuta dalla Corte ha carattere facoltativo dato che può non essere accordata quando l'affermazione della violazione è considerata come sufficiente e considerato che la decisione concernente l'equa riparazione è adottata "secondo equità" e non necessita di un'approfondita motivazione.

In conclusione, il Governo ritiene che non vi è luogo di dolersi del non rispetto dei "criteri" che, da un lato, non esistono, e, dall'altro, non potrebbero esistere in quanto la natura stessa dell'apprezzamento al quale sono destinati non si presta ad una loro predeterminazione.



Inoltre, il Governo sostiene che la questione relativa al valore riconosciuto alla Convenzione nell'ordinamento giuridico italiano è irrilevante. A tale proposito, il Governo osserva che una via di ricorso interna è da considerarsi efficace se, nella sostanza, le violazioni dedotte dall'interessato possono essere rimosse. Non è necessario che si applichino formalmente le norme della Convenzione e la giurisprudenza di Strasburgo.

In ordine al *quantum*, il Governo ritiene che la Corte di Cassazione avrebbe potuto apprezzare se l'ammontare della riparazione ottenuta dai ricorrenti fosse adeguato o meno.

Sul punto, il Governo fa osservare che le due decisioni della Corte di cassazione citate dai ricorrenti sono conformi all'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, secondo il quale l'esistenza di un danno morale non viene riconosciuto automaticamente per effetto dell'affermazione del superamento della durata ragionevole. Il Governo ammette che la possibilità di ottenere la riparazione è sottoposta alla condizione che l'interessato fornisca la prova del danno o, quanto meno, degli elementi di prova che permettano al giudice un ragionamento per presunzione. A tale proposito, il Governo sottolinea che, in certe decisioni, la Corte di Cassazione ha rigettato le impugnazioni fondate proprio sull'insufficienza dell'equa riparazione perché troppo generiche e basate su semplici allegazioni.

In conclusione, il Governo ritiene che i ricorrenti avrebbero dovuto proporre ricorso per cassazione e chiede alla corte il rigetto del ricorso per effetto del non esaurimento delle vie di ricorso interne.

Il Governo solleva una seconda eccezione fondata sull'assenza della qualità di vittime dei ricorrenti.

A tale riguardo, fa osservare che, riconoscendo una somma ai ricorrenti, la Corte d'appello di Reggio Calabria ha non solo riconosciuto la violazione del diritto ad una durata ragionevole ma ha anche riparato il danno subito. Secondo il Governo, l'ammontare liquidato a titolo di equa riparazione non può essere rimesso in causa dalla Corte dato che il Giudice nazionale ha deciso secondo equità e nell'ambito dei margini di apprezzamento che sottendono alla materia di equa riparazione.

Il Governo fa osservare che l'art. 41 della Convenzione non impone alla Corte di liquidare un'equa riparazione. Secondo il Governo, la Corte sarebbe dunque libera di non riconoscere l'equa riparazione e senza obbligo di motivazione, atteso che la decisione è adottata secondo equità; inoltre, il ricorrente insoddisfatto dell'ammontare riconosciuto non potrebbe agire innanzi alla Grande Chambre.

La Corte deve preliminarmente stabilire se i ricorrenti abbiano esaurito, giusta l'art. 35, § 1 della Convenzione, le vie interne di ricorso offerte dal diritto italiano. Si tratta in particolare di verificare se essi erano tenuti a ricorrere in Cassazione contro la decisione resa dalla Corte d'Appello in materia di Legge Pinto.

La Corte rammenta che, per ciò che attiene ai ricorsi davanti alle Corti d'Appello, in recenti decisioni (*Brusco c. Italia*, n. 69789/01, 6 settembre 2001, in corso di pubblicazione in CEDH 2001; *Di Cola c. Italia*, n. 44897/98, 11 ottobre 2001), ha ritenuto che il rimedio introdotto dalla Legge Pinto deve essere considerato praticabile e che nulla fa dubitare della sua efficacia. La Corte ha poi ritenuto che, in considerazione della natura della Legge Pinto e del contesto nel quale essa è intervenuta, era giustificata la deroga al criterio generale secondo cui la sussistenza del presupposto dell'esaurimento deve essere accertata al momento della proposizione del ricorso.

La Corte ricorda che la regola dell'esaurimento delle vie interne di ricorso enunciata dall'art. 35 della Convenzione impone a coloro che intendono proporre un ricorso contro uno Stato davanti ad un organo giudiziario o arbitrale internazionale l'onere di esperire prima i ricorsi offerti dall'ordinamento di tale Stato. Questa regola si basa sul presupposto – che costituisce l'oggetto dell'art. 13 della Convenzione, con il quale presenta uno stretto collegamento – che il sistema interno offra un ricorso effettivo contro la violazione dedotta, indipendentemente dalla incorporazione o meno delle disposizioni della Convenzione nel sistema giuridico nazionale. In particolare quella regola costituisce un corollario del principio in base al quale il meccanismo di salvaguardia istituito dalla Convenzione riveste un carattere sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di garanzia dei diritti dell'uomo (sentenza *Akdivar ed altri c. Turchia*, Recueil 1996 - IV, p. 1210, 65).

Anche se gli Stati contraenti non hanno l'obbligazione formale di recepire la Convenzione nel sistema giuridico interno (sentenza *James ed altri c. Regno Unito del 21 febbraio*

1986, serie A n. 98, p. 48, § 86; *Christine Goodwin c. Regno Unito* (GC), n. 28957/95, CEDH 2002, par. 113), dal suddetto principio di sussidiarietà deriva che i giudici nazionali devono, per quanto possibile, interpretare ed applicare il diritto interno in modo conforme alla Convenzione. Infatti, pur essendo vero che tocca alle autorità nazionali interpretare ed applicare il diritto interno, la Corte è comunque chiamata a verificare se la maniera in cui il diritto interno è interpretato ed applicato produce effetti conformi ai principi della Convenzione (*Carbonara e Ventura c. Italia*, n. 24638/94, CEDH 2000-VI, par. 68; *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, (GC), numeri 34044/96, 35532/97, 44801/98, par. 49, CEDH 2001-II) di cui la giurisprudenza della Corte costituisce parte integrante.

In proposito, la Corte ricorda infine che, nel sostituire la parola "*reconnaissant*" alle parole "*s'engagent à reconnaître*" nel testo dell'art. 1, i redattori della Convenzione hanno inoltre voluto evidenziare che i diritti e le libertà del Titolo I sono direttamente riconosciuti a chiunque dipenda dalla giurisdizione degli Stati contraenti (documento H (61) 4, pp. 664-703, 733 e 927). Tale loro intenzione trova particolare fedeltà là dove la Convenzione è stata recepita nell'ordine giuridico interno (sentenza De Wilde, Ooms e Versyp del 18 giugno 1971, serie A n. 12, p. 43, par. 82; sentenza Sindacato svedese dei macchinisti di locomotive del 6 febbraio 1976, serie A, n. 20, p. 18, par. 50; sentenza Irlanda c. Regno Unito del 18 gennaio 1978 serie A, n. 25, par. 239). Peraltro la Convenzione, che vive attraverso la giurisprudenza della Corte, ha ormai applicabilità diretta praticamente in tutti gli Stati contraenti.

Giusta l'art. 35, il ricorrente deve avvalersi dei ricorsi che sono normalmente disponibili e sufficienti per permettergli di ottenere la riparazione delle violazioni che deduce. Tali ricorsi devono avere un grado di sufficiente certezza, sia in pratica che in teoria, ed essere dotati di effettività ed accessibilità. Tuttavia, nulla obbliga a sperimentare ricorsi che non siano né adeguati né effettivi. Inoltre, secondo i "*principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti*", alcune situazioni particolari possono esonerare il ricorrente dall'obbligazione di esaurire i rimedi interni disponibili. Questa regola, in particolare, non si applica più quando è dimostrata una prassi amministrativa consistente nella ripetizione di atti vietati dalla Convenzione con tolleranza ufficiale dello Stato, di modo che tutte le procedure risultino inutili o inefficaci (sentenza già citata *Akdivar ed altri*, p. 1210, parr. 66 e 67) (*omissis*).

La Corte ha effettuato un esame ragionato delle cento sentenze della Corte di Cassazione ad oggi disponibili. Ha potuto constatare che i principi stabiliti nelle due sentenze citate dai ricorrenti sono stati costantemente applicati, e cioè: mancato riconoscimento del diritto ad un processo in tempi ragionevoli quale diritto fondamentale dell'uomo; negazione della applicabilità diretta della Convenzione e della giurisprudenza di Strasburgo in materia di equa soddisfazione.

La Corte non ha rinvenuto alcun caso in cui la Corte di Cassazione abbia preso in considerazione il dedotto vizio di insufficienza delle somme accordate dalla Corte d'Appello rispetto al pregiudizio allegato o di loro inadeguatezza rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo.

La Corte ricorda che l'art. 6, par. 1, garantisce a chiunque il diritto a che un giudice conosca di tutte le contestazioni relative ai suoi diritti ed obbligazioni di carattere civile (*Golder c. Regno Unito* del 21 febbraio 1975, serie A, n. 18, p. 18, par. 36 e *Waite e Kennedy c. Germania* (GC), n. 6083/94, CEDH 1999-I, par. 50). Esso consacra, quindi, il diritto di chiunque "*a che la sua causa sia esaminata ... entro un termine ragionevole*".

Il diritto ad un "*termine ragionevole*" riconosciuto dall'art. 6, par. 1, della Convenzione, è un diritto fondamentale ed un imperativo per tutte le procedure contemplate dall'art. 6: la Convenzione sottolinea con ciò l'importanza che è attribuita al principio per cui la giustizia non deve essere resa con ritardi idonei a comprometterne l'efficacia e la credibilità (*Pelissier e Sassi c. Francia*, (GC), n. 25444/94, CEDH 1999-II, par. 74) (*omissis*).

In conclusione, la Corte ritiene che, nella fattispecie, i ricorrenti non erano tenuti, al fine di esaurire i rimedi interni, a ricorrere in Cassazione. Di conseguenza, la prima eccezione del Governo deve essere rigettata. (*omissis*).

La Corte deve poi esaminare la seconda eccezione del Governo, che è basata sull'art. 34 della Convenzione. L'accertamento se un soggetto possa ancora considerarsi vittima di una violazione della Convenzione implica necessariamente che la Corte esamini

*ex post facto* la situazione della persona interessata. A questo riguardo, riveste importanza accertare se tale persona abbia ottenuto, a titolo di risarcimento del danno, una riparazione equiparabile all'equa soddisfazione di cui parla l'art. 41 della Convenzione. Dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che qualora le autorità nazionali abbiano accertato una violazione e la loro decisione costituisca una riparazione appropriata e sufficiente di tale violazione, la parte interessata non può più considerarsi vittima nei termini di cui all'art. 34 della Convenzione.

La Corte considera inoltre che lo *status* di vittima del ricorrente può cessare per il risarcimento che gli sia stato accordato a livello nazionale per la situazione della quale si lamenta davanti alla Corte (*Andersen c. Danimarca*, ricorso n. 12860/87 e *Frederiksen ed altri c. Danimarca*, ricorso n. 12719/87, decisioni della Commissione del 3 maggio 1988; *Normann c. Danimarca*, ricorso n. 44704/98, decisione 14 giugno 2001; *Jensen e Rasmussen c. Danimarca*, ricorso n. 52620/99, decisione 20 marzo 2003) e per il fatto che le autorità nazionali abbiano riconosciuto, esplicitamente o nella sostanza, la violazione della Convenzione. Quindi, solo nel caso in cui queste due condizioni siano realizzate, la natura sussidiaria del meccanismo di protezione della Convenzione impedisce l'esame da parte della Corte (*Eckle c. Germania*, sentenza del 15 luglio 1982, serie A n. 51, p. 32, par. 69 ss.; *Jensen c. Danimarca*, decisione n. 48470/99, 20 settembre 2001). (*omissis*).

Nella specie, la Corte d'Appello di Reggio Calabria ha riconosciuto, con il suo provvedimento dell'1° luglio 2002, che la procedura instaurata dai ricorrenti aveva avuto una durata eccessiva ed ha loro accordato, complessivamente, la somma di Euro 2.450 a titolo di danno morale, e pertanto circa Euro 600 ciascuno.

Secondo questa Corte, il riconoscimento, da parte della Corte d'Appello, della eccessiva durata della procedura soddisfa, in sostanza, la prima delle condizioni enunciate dalla giurisprudenza della Corte: il riconoscimento, da parte delle autorità, della lesione di un diritto tutelato dalla Convenzione.

Per quanto concerne la seconda condizione, cioè il ristoro appropriato da parte delle autorità della violazione subita dai ricorrenti, la Corte rileva che essi hanno lamentato, davanti alla Corte medesima, che la somma accordata dalla Corte d'Appello non può essere considerata adeguata per riparare il pregiudizio e la violazione dagli stessi dedotta.

La Corte ricorda che, in relazione ai casi italiani di eccessiva durata dei giudizi, un'ampia giurisprudenza ritiene che la riparazione appropriata per questo genere di ipotesi consista sempre nell'indennizzo pecuniario. In questo contesto, in casi simili a quello in esame – ad esempio *De Pilla c. Italia*, n. 49372/99, sentenza del 25 ottobre 2001; *Tartaglia c. Italia*, n. 48402/99, sentenza del 23 ottobre 2001 – la Corte ha riconosciuto somme decisamente più consistenti. Nei due casi ricordati, infatti, la Corte ha riconosciuto, rispettivamente, Lit. 10.000.000 circa Euro 5.000) e Lit. 14.000.000 (circa Euro 7.000).

È incontestabile che l'apprezzamento circa la durata della procedura e le sue ripercussioni, in particolare per quanto riguarda il danno morale, non si presta ad una quantificazione esatta e che esso, per sua natura, dà luogo ad una valutazione equitativa. Dunque, la Corte ammette che le autorità giudiziarie o di altro tipo possano calcolare il risarcimento, in un caso di eccessiva durata della procedura, in modo tale da distaccarsi da una applicazione stretta e formalistica dei criteri adottati dalla Corte. Tuttavia, nel caso di specie, la somma accordata ai ricorrenti dalla Corte d'Appello di Reggio Calabria non presenta un rapporto ragionevole con la somma accordata dalla Corte negli analoghi casi sopra ricordati – somma che è dieci volte superiore a quella liquidata ai ricorrenti dalla Corte d'Appello.

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.

Tenuto conto degli elementi che emergono dal fascicolo, la Corte ritiene che un tale divario tra la giurisprudenza di Strasburgo da una parte e l'applicazione nel caso di specie della Legge Pinto dall'altra non sia giustificato. Pertanto, ritiene che la somma accordata ai ricorrenti non possa considerarsi adeguata e idonea a riparare la violazione dedotta.

Ne segue che i ricorrenti possono tuttora considerarsi vittime ai sensi dell'art. 34 della Convenzione e che anche la seconda eccezione del Governo deve essere rigettata (*omissis*).

Per questi motivi la Corte, all'unanimità, dichiara il ricorso ricevibile (*omissis*).

## Cioccolato e cioccolato puro

*(Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 6<sup>a</sup> sez., 16 gennaio 2003, nella causa C-14/00)*

Nel regime della direttiva n. 73/241/CEE del Consiglio del 24 luglio 1973, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti i prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, e della legge nazionale di attuazione 30 aprile 1976 n. 351, secondo la quale la denominazione «cioccolato» non poteva essere, in generale, attribuita a prodotti in cui si fossero utilizzate materie grasse diverse dal burro di cacao, le autorità italiane, pur non impedendo l'importazione e la commercializzazione in Italia di prodotti legittimamente fabbricati in altri paesi comunitari, contenenti una certa percentuale di materie grasse diverse dal burro di cacao, consentiva la messa in commercio di essi solo con la denominazione «surrogato di cioccolato».

La Corte ha ritenuto incompatibile con l'attuale art. 28 del trattato CE l'imposizione di un siffatto cambio di denominazione. Essa, nella scia della giurisprudenza *DASSONVILLE*, *CASSIS DE DIJON*, *DESERBAIS*, *SMANOR*, *MARS*, ha enunciato il principio generale secondo cui, in assenza di una normativa comunitaria di armonizzazione completa (la suddetta direttiva conteneva solo una armonizzazione parziale), gli Stati membri sono competenti a disciplinare la denominazione delle merci, ma pur sempre nel quadro del regime fondamentale del trattato CE che prevede la libera circolazione delle merci e il divieto di restrizioni quantitative o di misure di effetto equivalente. Il mutamento di denominazione di un prodotto legalmente fabbricato in un altro Stato membro è legittimo solo se le caratteristiche del prodotto si discostano da quelle di merci generalmente conosciute sotto la stessa denominazione nella Comunità in misura tale che il prodotto in questione non può essere considerato come rientrante nella medesima categoria.

La Corte ha quindi disatteso anche l'argomento del Governo italiano secondo cui l'applicazione dell'art. 28 del Trattato dovrebbe essere esclusa in quanto condurrebbe ad una discriminazione a danno delle imprese nazionali, le quali dovrebbero osservare la legislazione italiana – che vieta l'aggiunta di sostanze grasse diverse dal burro di cacao – mentre le imprese che producono in altri Stati membri potrebbero commercializzare in Italia, con la denominazione «cioccolato», prodotti contenenti anche grassi vegetali diversi dal burro di cacao. Richiamando la propria giurisprudenza precedente, *MATHOT* e *GUIMONT* la Corte ha affermato che «l'art. 30 del Trattato non è inteso a garantire che le merci di origine nazionale fruiscono, in tutti i casi, dello stesso trattamento delle merci importate» e che «una differenza di trattamento tra merci che non sia tale da ostacolare l'importazione o sfavorire la distribuzione delle merci importate non ricade sotto il divieto stabilito dal suddetto articolo».

L'inserimento nell'etichetta di un'indicazione neutra ed obiettiva che informasse i consumatori della presenza, nel prodotto, di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao sarebbe sufficiente a garantire una informazione corretta dei consumatori.

Oggi, con efficacia dal 3 agosto 2003, il problema concreto è superato, ferma rimanendo l'enunciazione di principio della Corte, valida certamente per altre circostanze similari.

La nuova Direttiva 2000/36/CE del Parlamento e del Consiglio del 23 giugno 2000, relativa ai prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, ammette in linea generale l'aggiunta di grassi vegetali in misura non superiore al 5%, ma subordina l'immissione in commercio alla condizione che l'etichettatura rechi la menzione ben visibile e chiaramente leggibile «*contiene altri grassi vegetali oltre il burro di cacao*», a partire, appunto, dal 3 agosto 2003. E così il decreto legislativo italiano 12 giugno 2003 n. 178, emesso in base alla delega di cui all'art. 28 della «legge comunitaria» 1° marzo 2002 n. 39, ha consentito – a partire dal 3 agosto 2003, anche ovviamente ai fabbricanti italiani, di utilizzare grassi vegetali diversi dal burro di cacao nelle percentuali previste, ma ha precisato che l'etichettatura di tali prodotti deve contenere, in modo evidente, la menzione «*contiene altri grassi vegetali oltre il burro di cacao*» (art. 5, commi 6 e 7) mentre i prodotti che non contengono grassi vegetali diversi dal burro di cacao, possono – essi solo – riportare nell'etichettatura la dizione «cioccolato puro» (articoli 6 e 7 comma 8).

*Avv. Oscar Fiumara*

**Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sezione 6<sup>a</sup>, 16 gennaio 2003, nella causa C-14/00 - Pres. Puissechet - Rel. Skouris - Avv. Gen. Alber - Commissione delle C.E. (ag. Valero Jordana e Bisogni) c/ Repubblica Italiana (avv. Stato O. Fiumara).**

*Vietando che i prodotti di cacao e di cioccolato che rispettano i contenuti minimi fissati all'allegato I, n. 1, punto 1.16, della direttiva del Consiglio 24 luglio 1973, 73/241/CEE, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti i prodotti di cacao e di cioccolato destinati all'alimentazione umana, ai quali sono state aggiunte sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao e che sono legalmente fabbricati negli Stati membri che autorizzano l'aggiunta di tali sostanze, possano essere commercializzati in Italia con la denominazione impiegata nello Stato membro di produzione e prevedendo che tali prodotti possano essere commercializzati solo con la denominazione «surrogato di cioccolato», la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 30 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 28 CE).*

(Direttiva 73/241/CEE del Consiglio del 24 luglio 1973; direttiva 2000/36/CE del Consiglio del 23 luglio 2000; direttiva 79/112/CEE del Consiglio del 18 dicembre 1978; legge 30 aprile 1976 n. 351).

«(omissis) *Giudizio della Corte – Sulla portata dell'armonizzazione realizzata dalla direttiva 73/241.*

43. – In via preliminare, occorre constatare che l'addebito della Commissione attinente al fatto che la normativa italiana è incompatibile con il diritto comunitario, in quanto impone restrizioni alla libera circolazione dei prodotti di cacao e di cioccolato contenenti sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao, solleva il problema della portata dell'armonizzazione realizzata dalla direttiva n. 73/241.

44. – Infatti, sebbene le parti concordino sul fatto che il problema dell'utilizzazione di tali sostanze grasse vegetali nei prodotti di cacao e di cioccolato non è stato armonizzato dalla detta direttiva, esse dissentono quanto alle conseguenze che ne derivano per la commercializzazione dei prodotti contenenti tali sostanze.

45. – Così, ritenendo che l'assenza di armonizzazione riguardante l'utilizzazione di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao nei prodotti di cacao e di cioccolato non possa escludere la commercializzazione dei prodotti contenenti tali sostanze grasse dall'applicazione del principio della libera circolazione delle merci, la Commissione conclude che le eventuali misure restrittive della libera circolazione dei detti prodotti devono essere valutate alla luce dell'art. 30 del Trattato.

46. – Il governo italiano sostiene invece che la direttiva 73/241 disciplina in modo completo il problema della commercializzazione dei prodotti di cacao e di cioccolato che ne formano oggetto, escludendo così l'applicazione dell'art. 30 del Trattato in quanto essa, da un

lato, sancisce il principio del divieto di utilizzazione di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao nella fabbricazione dei prodotti di cacao e di cioccolato e, dall'altro, instaura un regime di libera circolazione con la denominazione "cioccolato" solo per i prodotti di cacao e di cioccolato che non contengono tali sostanze grasse vegetali.

47. – Il governo italiano ne deduce che la direttiva 73/241 consente agli Stati membri la cui normativa nazionale vieta l'aggiunta di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao ai prodotti fabbricati nel loro territorio di vietare altresì la commercializzazione sul loro territorio, con la denominazione "cioccolato", di prodotti la cui fabbricazione non è conforme alla loro normativa nazionale.

48. – Occorre al riguardo rammentare che, secondo una giurisprudenza costante, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario, si deve tener conto non solo della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (v., in particolare, sentenze 19 settembre 2000, causa C-156/98, Germania/Commissione, *Racc.*, I-6857, punto 50, e 14 giugno 2001, causa C-191/99, Kvaerner, *Racc.*, I-4447, punto 30).

49. – Per quanto riguarda, anzitutto, gli scopi perseguiti dalle disposizioni di cui trattasi ed il contesto in cui esse sono inserite, occorre constatare che la direttiva 73/241 non era diretta a disciplinare definitivamente il problema dell'utilizzazione di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao nei prodotti di cacao e di cioccolato che ne formano l'oggetto.

50. – Occorre al riguardo ricordare che la detta direttiva è stata adottata dal Consiglio, deliberando all'unanimità, sulla base dell'art. 100 del Trattato CEE (divenuto, in seguito a modifica, art. 100 del Trattato CE, a sua volta divenuto art. 94 CE), relativo al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune.

51. – In particolare, adottando la direttiva 73/241, il legislatore comunitario ha voluto stabilire, come risulta dal quarto "considerando" di quest'ultima, definizioni e norme comuni per la composizione, le caratteristiche di fabbricazione, il condizionamento e l'etichettatura dei prodotti di cacao e di cioccolato, al fine di garantirne la libera circolazione all'interno della Comunità.

52. – Tuttavia, nel settimo "considerando" della direttiva 73/241, il legislatore comunitario ha chiaramente indicato che, alla luce delle disparità tra le normative degli Stati membri e dell'insufficienza delle informazioni economiche e tecniche di cui disponeva, esso non era in grado, al momento dell'adozione della direttiva stessa, di stabilire una posizione definitiva sul problema dell'impiego di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao nei prodotti di cacao e di cioccolato.

53. – Si deve ancora precisare che, come emerge dal fascicolo, il riferimento, contenuto nello stesso "considerando", a taluni Stati membri nei quali l'impiego di tali sostanze grasse vegetali era all'epoca non solo autorizzato ma addirittura largamente diffuso riguardava tre Stati membri che avevano aderito alla Comunità poco tempo prima dell'adozione della direttiva 73/241, cioè il Regno di Danimarca, l'Irlanda ed il Regno Unito, e che tradizionalmente autorizzavano l'aggiunta di tali sostanze grasse vegetali fino al 5% del peso totale ai prodotti di cacao e di cioccolato fabbricati nel loro territorio.

54. – Di conseguenza, il Consiglio, per quanto riguarda l'utilizzazione di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao, si è limitato ad instaurare un regime provvisorio, destinato ad essere riesaminato, conformemente all'art. 14, n. 2, lett. a), seconda frase, della direttiva 73/241, alla scadenza di un termine di tre anni dalla notifica di quest'ultima.

55. – È alla luce di tali elementi che occorre analizzare tanto il testo quanto la *ratio* delle disposizioni della direttiva 73/241 relative all'utilizzazione di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao nei prodotti di cacao e di cioccolato che ne formano l'oggetto.

56. – Si deve anzitutto rilevare che il divieto di aggiungere, ai diversi prodotti di cacao e di cioccolato definiti all'allegato I della direttiva 73/241, sostanze grasse e loro preparati non derivanti esclusivamente dal latte, divieto previsto all'allegato I, n. 7, lett. a), di quest'ultima, vige "senza pregiudizio delle disposizioni dell'art. 14, n. 2, lett. a)".

57. – Ora, il detto art. 14, n. 2, lett. a), prevede espressamente che la direttiva 73/241 non pregiudica le normative nazionali che consentono o vietano l'aggiunta di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao.

58. – Da tale ultima disposizione risulta quindi chiaramente che, per quanto riguarda l'utilizzazione delle dette sostanze grasse vegetali, la direttiva 73/241 non è volta a realizzare un regime di armonizzazione totale, in cui norme comuni si sostituirebbero interamente alle norme nazionali esistenti in materia, poiché essa autorizza esplicitamente gli Stati membri a prevedere norme nazionali diverse dalla regola comune da essa stessa prevista.

59. – Inoltre, dato il suo tenore letterale, tale disposizione non può essere interpretata nel senso che prevede esclusivamente una mera deroga al principio del divieto di aggiungere ai prodotti di cui trattasi grassi vegetali diversi dal burro di cacao riportate dall'allegato I, n. 7, lett. a), della direttiva 73/241.

60. – Infatti, da un lato, la disposizione dell'art. 14, n. 2, lett. a), della direttiva 73/241 non si riferisce solo alle normative nazionali che ammettono l'aggiunta di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao, ma altresì a quelle che vietano tale aggiunta.

61. – Dall'altro, tale disposizione stabilisce che il Consiglio dovrà successivamente decidere sulle possibilità e sulle modalità dell'estensione dell'impiego di tali sostanze grasse a tutta la Comunità, il che dimostra come il legislatore comunitario considerasse solo la possibilità di ammettere o negare una siffatta estensione e non di vietare la detta utilizzazione in tutta la Comunità.

62. – Risulta quindi, tanto dal testo quanto dalla *ratio* della direttiva 73/241, che essa stabilisce una norma comune, cioè il divieto previsto all'allegato I, n. 7, lett. a), e instaura, con il suo art. 10, n. 1, la libertà di circolazione per i prodotti conformi a tale norma pur riconoscendo agli Stati membri, con il suo art. 14, n. 2, lett. a), la facoltà di prevedere norme nazionali che autorizzano l'aggiunta di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao nei prodotti di cacao e di cioccolato fabbricati nel loro territorio.

63. – Ne risulta altresì che non può essere accolta l'interpretazione proposta dal governo italiano secondo cui la direttiva 73/241 vieterebbe agli Stati membri di modificare le loro normative nazionali sul problema dell'utilizzazione di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao fino al momento dell'armonizzazione della materia a livello comunitario.

64. – Infatti, oltre a non trovare alcun sostegno nel tenore letterale delle disposizioni di tale direttiva, una siffatta interpretazione non tiene conto né del carattere provvisorio né della finalità stessa del regime instaurato dalla direttiva, come descritta ai punti 48-62 della presente sentenza.

65. – Neanche l'art. 8 della direttiva 2000/36 può essere fatto valere a sostegno di tale interpretazione.

66. – Al riguardo, è sufficiente ricordare che, come risulta da una giurisprudenza consolidata, una regolamentazione di diritto derivato, come l'art. 8 della direttiva 2000/36, non può essere interpretata nel senso che autorizza gli Stati membri a introdurre o a mantenere in vigore requisiti che sarebbero contrari alle norme del Trattato relative alla libera circolazione delle merci (v., in tal senso, segnatamente, sentenze 9 giugno 1992, causa C-47/90, *Delhaize e Le Lion*, *Racc.*, I-3669, punto 26; 2 febbraio 1994, causa C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb*, cosiddetta "Clinique", *Racc.*, I-317, punto 12, e 11 luglio 1996, cause riunite C-427/93, C-429/93 e C-436/93, *Bristol-Myers Squibb e a.*, *Racc.*, I-3457, punto 27).

– *Sull'applicabilità dell'art. 30 del Trattato.*

67. – Dall'analisi che precede risulta che, contrariamente all'argomentazione sostenuta dal governo italiano, i prodotti di cacao e di cioccolato contenenti sostanze grasse non menzionate all'allegato I, n. 7, lett. a), della direttiva, ma la cui fabbricazione e commercializzazione con la denominazione "cioccolato" sono consentite in taluni Stati membri nel rispetto della stessa direttiva, non possono essere privati del beneficio della libera circolazione delle merci garantita dall'art. 30 del Trattato per il solo fatto che altri Stati membri impongono nel loro territorio la fabbricazione dei prodotti di cacao e di cioccolato secondo la norma di composizione comune prevista all'allegato I, n. 7, lett. a), di tale direttiva (v., per analogia, sentenza 12 ottobre 2000, causa C-3/99, *Ruwet*, *Racc.*, I-8749, punto 44).

68. – Infatti, come risulta da una giurisprudenza costante, l'art. 30 del Trattato è inteso a vietare ogni normativa degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari (sentenza 11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, *Racc.*, 837, punto 5).

69. – In particolare, conformemente alla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, cosiddetta "Cassis de Dijon" (*Racc.*, 649), l'art. 30 del Trattato vieta gli osta-

coli alla libera circolazione delle merci derivanti, in assenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali, dall'assoggettamento delle merci provenienti da altri Stati membri, in cui sono legalmente fabbricate e immesse in commercio, a norme che dettino requisiti ai quali le merci stesse devono rispondere (come quelle riguardanti la denominazione, la forma, le dimensioni, il peso, la composizione, la presentazione, l'etichettatura, il confezionamento), anche qualora tali norme siano indistintamente applicabili ai prodotti nazionali ed ai prodotti importati (v., segnatamente, sentenze 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e C-268/91, Keck e Mithouard, *Racc.*, I-6097, punto 15; 6 luglio 1995, causa C-470/93, Mars, *Racc.*, I-1923, punto 12, e Ruwet, *cit.*, punto 46).

70. – Ne discende che tale divieto si applica anche agli ostacoli alla commercializzazione dei prodotti la cui fabbricazione non è oggetto di un'armonizzazione integrale, ma che sono fabbricati conformemente a norme nazionali la cui esistenza è espressamente consentita dalla direttiva di armonizzazione. In questo caso una diversa interpretazione porterebbe ad autorizzare nuovamente gli Stati membri a compartimentare i rispettivi mercati nazionali per quanto riguarda i prodotti non contemplati dalle norme comunitarie di armonizzazione, in contrasto con l'obiettivo della libera circolazione delle merci perseguito dal Trattato (v., per analogia, sentenza Ruwet, *cit.*, punto 47).

71. – Non può essere accolto neanche l'argomento del governo italiano secondo cui dovrebbe essere esclusa l'applicazione dell'art. 30 del Trattato, in quanto condurrebbe ad una discriminazione a svantaggio dei produttori nazionali.

72. – Infatti, la Corte ha già dichiarato che l'art. 30 del Trattato non è inteso a garantire che le merci di origine nazionale fruiscono, in tutti i casi, dello stesso trattamento delle merci importate e che una differenza di trattamento tra merci che non sia tale da ostacolare l'importazione o sfavorire la distribuzione delle merci importate non ricade sotto il divieto stabilito dal suddetto articolo (v., segnatamente, sentenze 18 febbraio 1987, causa 98/86, Mathot, *Racc.*, 809, punto 7, e 5 dicembre 2000, causa C-448/98, Guimont, *Racc.*, I-10663, punto 15).

73. – È quindi irrilevante che l'obbligo imposto dall'art. 30 del Trattato ad uno Stato membro che vieta l'aggiunta di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao ai prodotti di cacao e di cioccolato fabbricati nel suo territorio di autorizzare la commercializzazione con la denominazione "cioccolato" di prodotti di cacao e di cioccolato contenenti siffatte sostanze grasse, legalmente fabbricati in altri Stati membri, possa svantaggiare i prodotti nazionali di tale Stato.

74. – Occorre pertanto esaminare se ed entro quali limiti l'art. 30 del Trattato osti alla normativa italiana che vieta la commercializzazione in Italia di prodotti di cacao e di cioccolato contenenti sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao con la denominazione di vendita "cioccolato", con la quale essi sono legalmente fabbricati e commercializzati nello Stato membro di produzione, e che prevede che tali prodotti possano essere commercializzati solo con la denominazione "surrogato di cioccolato".

75. – Si deve al riguardo rilevare che, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, sebbene un divieto come quello derivante dalla normativa italiana, che comporta l'obbligo di impiegare una denominazione di vendita diversa da quella impiegata nello Stato membro di produzione, non impedisca in modo assoluto l'importazione nello Stato membro interessato di prodotti originari di altri Stati membri, essa è nondimeno atta a renderne più difficile lo smercio e, di conseguenza, ad ostacolare gli scambi fra gli Stati membri (v., in tal senso, segnatamente, sentenze 26 novembre 1985, causa 182/84, Miro, *Racc.*, 3731, punto 22; 14 luglio 1988, causa 298/87, Smanor, *Racc.*, 4489, punto 12; 22 settembre 1988, causa 286/86, Deserbais, *Racc.*, 4907, punto 12, e Guimont, *cit.*, punto 26).

76. – Si deve infatti constatare che, nel caso di specie, il divieto di impiegare la denominazione di vendita "cioccolato", con cui i prodotti di cacao e di cioccolato contenenti sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao sono legalmente fabbricati nello Stato membro di produzione, può costringere gli operatori interessati a confezionare tali prodotti in maniera diversa a seconda del luogo della loro commercializzazione ed a sopportare, conseguentemente, spese supplementari di confezionamento. Sembra quindi che essa sia idonea ad ostacolare gli scambi intracomunitari (v., in tal senso, sentenze citate Mars, punto 13, e Ruwet, punto 48).

77. – Tale constatazione è tanto più veritiera in quanto la denominazione "surrogato di cioccolato", il cui impiego è reso obbligatorio dalla normativa italiana, può avere un'in-



fluenza negativa sul modo in cui i prodotti di cui trattasi sono percepiti dal consumatore, in quanto essa implica che si tratta di prodotti sostitutivi, conducendo così alla loro svalutazione (v., in tal senso, sentenze citate Miro, punto 22; Smanor, punti 12 e 13, e Guimont, punto 26).

78. – Circa la questione se una normativa siffatta possa tuttavia essere conforme al diritto comunitario, occorre ricordare la giurisprudenza costante secondo cui gli ostacoli agli scambi intracomunitari che scaturiscono da discrepanze tra le normative nazionali devono essere accettati nei limiti in cui dette normative, indistintamente applicabili ai prodotti nazionali e ai prodotti importati, possano giustificarsi in quanto necessarie per soddisfare esigenze tassative inerenti, tra l'altro, alla tutela dei consumatori. Tuttavia, per essere tollerate, è necessario che dette normative siano proporzionate all'obiettivo perseguito e che lo stesso obiettivo non possa essere raggiunto con provvedimenti che ostacolino in misura minore gli scambi intracomunitari (v., in particolare, sentenze Mars, *cit.*, punto 15; 26 novembre 1996, causa C-313/94, Graffione, *Racc.*, I-6039, punto 17; Ruwet, *cit.*, punto 50, e Guimont, *cit.*, punto 27).

79. – In tale contesto la Corte ha già dichiarato che uno Stato membro è legittimato a far sì che i consumatori siano correttamente informati sui prodotti che vengono loro offerti e che sia quindi loro data la possibilità di scegliere in base a questa informazione (v., segnatamente, sentenze 23 febbraio 1988, causa 216/84, Commissione/Francia, *Racc.*, 793, punto 11, e Smanor, *cit.*, punto 18).

80. – In particolare, secondo la giurisprudenza della Corte, allo scopo di assicurare la difesa dei consumatori, gli Stati membri possono esigere dagli interessati la modifica della denominazione di una derrata alimentare quando un prodotto presentato con una data denominazione sia talmente differente, dal punto di vista della sua composizione o della sua fabbricazione, dalle merci generalmente conosciute con la stessa denominazione nella Comunità da non poter essere considerato appartenente alla medesima categoria (v., in particolare, sentenze Deserbais, *cit.*, punto 13; 12 settembre 2000, causa C-366/98, Geffroy, *Racc.*, I-6579, punto 22, e Guimont, *cit.*, punto 30).

81. – Viceversa, nel caso di una differenza meno netta, un'etichettatura adeguata dev'essere sufficiente a fornire all'acquirente o al consumatore le informazioni necessarie (v., segnatamente, sentenze 13 novembre 1990, causa C-269/89, Bonfait, *Racc.*, I-4169, punto 15; 9 febbraio 1999, causa C-383/97, Van der Laan, *Racc.*, I-731, punto 24; Geffroy, *cit.*, punto 23, e Guimont, *cit.*, punto 31).

82. – Occorre quindi verificare se l'aggiunta ai prodotti di cacao e di cioccolato di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao comporti una modifica sostanziale della loro composizione, di modo che essi non presentino più le caratteristiche che i consumatori si aspettano acquistando prodotti recanti la denominazione "cioccolato" e che un'etichettatura che fornisce un'informazione adeguata circa la loro composizione non può essere considerata sufficiente a evitare qualsiasi confusione nella mente dei consumatori.

83. – Si deve constatare al riguardo che l'elemento caratteristico dei prodotti di cacao e di cioccolato ai sensi della direttiva 73/241 consiste nella presenza di taluni contenuti minimi di cacao e di burro di cacao.

84. – In particolare occorre ricordare che, conformemente all'allegato I, n. 1, punto 1.16, della direttiva 73/241, i prodotti rientranti nella definizione di cioccolato ai sensi di tale direttiva devono contenere almeno il 35% di sostanza secca totale di cacao, almeno il 14% di cacao secco sgrassato e il 18% di burro di cacao.

85. – Infatti, le percentuali fissate dalla direttiva 73/241 rappresentano contenuti minimi che devono essere rispettati per qualsiasi prodotto di cioccolato fabbricato e commercializzato con la denominazione "cioccolato" nella Comunità, indipendentemente dal problema di sapere se la normativa dello Stato membro di produzione autorizzi o meno l'aggiunta di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao.

86. – Occorre inoltre sottolineare che, poiché la direttiva 73/241 consente espressamente agli Stati membri di autorizzare nella fabbricazione di prodotti di cacao e di cioccolato l'impiego di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao, non si può asserire che i prodotti ai quali tali sostanze sono state aggiunte nel rispetto di tale direttiva siano snaturati al punto di non rientrare nella stessa categoria cui appartengono quelli che non contengono tali sostanze.

87. – Si deve quindi ammettere che l'aggiunta di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao a prodotti di cacao e di cioccolato che rispettano i contenuti minimi previsti dalla direttiva 73/241 non può avere l'effetto di modificare sostanzialmente la natura di tali prodotti, al punto di trasformarli in prodotti diversi.

88. – Ne consegue che l'inserimento nell'etichetta di un'indicazione neutra ed obiettiva che informa i consumatori della presenza, nel prodotto, di sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao sarebbe sufficiente a garantire un'informazione corretta dei consumatori.

89. – Di conseguenza, l'obbligo di modificare la denominazione di vendita di tali prodotti imposto dalla normativa italiana non sembra necessario a soddisfare l'esigenza imperativa attinente alla tutela dei consumatori.

90. – Da quanto precede risulta che la detta normativa, poiché impone l'obbligo di modificare la denominazione dei prodotti legalmente fabbricati e commercializzati in altri Stati membri con la denominazione di vendita "cioccolato" per il solo fatto che contengono sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao, è incompatibile con l'art. 30 del Trattato.

91. – Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve concludere che, vietando che i prodotti di cacao e di cioccolato che rispettano i contenuti minimi fissati all'allegato I, n. 1, punto 1.16, della direttiva 73/241, ai quali sono state aggiunte sostanze grasse vegetali diverse dal burro di cacao e che sono legalmente fabbricati negli Stati membri che autorizzano l'aggiunta di tali sostanze, possano essere commercializzati in Italia con la denominazione impiegata nello Stato membro di produzione e prevedendo che tali prodotti possano essere commercializzati solo con la denominazione "surrogato di cioccolato", la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 30 del Trattato (*omissis*)».

## I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CEE (\*)

**Causa C-482/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Provvedimento di espulsione di cittadino dell’Unione** – Artt. 18 e 39 CE e art. 9, n. 1 direttiva 64/221/CEE – Art. 7 Carta diritti fondamentali e art. 8 CEDU – Verwaltungsgericht Stuttgart (Germania) del 20 novembre 2001 - Iscritta il 13 dicembre 2001 (cons. 5308/02, avv. M. Fiorilli).

### IL FATTO

Il ricorso è proposto da Orfanopoulos Georgios e familiari contro il provvedimento di espulsione dal territorio federale con minaccia di allontanamento forzato in Grecia conseguente a reiterate condanne penali conseguenti al suo *status* di dipendenza dall’alcool e da droghe.

### I QUESITI

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

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

### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano ha presentato le seguenti osservazioni.

*«Secondo una costante giurisprudenza della Corte, il principio della libera circolazione delle persone deve essere interpretato estensivamente (sentenze 26 febbraio 1991, in C-292/1989, punto 11, e 20 febbraio 1997, in C-344/1995, punto 14), mentre le deroghe a tale principio devono essere, al contrario, interpretate restrittivamente (sentenze 4 dicembre 1974, in C-41/1974, punto 18; 26 febbraio 1975, in C-67/1974, punto 6, e 3 giugno 1986, in C-139/1985, punto 13). Analogamente, le disposizioni a tutela dei cittadini comunitari che eserci-*

---

(\*) Con il primo fascicolo del 2003 si conclude la rassegna dei giudizi introdotti nel 2002. A partire del prossimo numero saranno indicati i nuovi giudizi dell’anno in corso.

tano questa libertà fondamentale devono essere interpretate in loro favore. Occorre, peraltro, ricordare che tanto l'applicazione del diritto comunitario, quanto il principio di uguaglianza esigono che una disposizione del diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri (quale quella relativa al limite dello «ordine pubblico») per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dare luogo, nell'intera Comunità, ad una interpretazione autonoma ed uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa (sentenze 18 gennaio 1984, in C-327/1982, punto 11, e 19 settembre 2000, in C- 287/1998, punto 43).

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, sul punto del limite dell'«ordine pubblico» in materia di espulsione di un cittadino straniero (cittadino algerino, nato in Francia e quivi maritato, resosi colpevole di numerosi reati) considerato in relazione al rispetto del diritto della vita familiare (art. 8, § 1, della C.E.D.U.) ha precisato: «(..) 78. La Cour reconnaît qu'il incombe aux états contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux du traité, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux (...). Toutefois, leurs décisions en la matière, dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le § 1 de l'article 8, doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi» (Beldjoudi c/ France, 26 mars 1992 – série A, n. 234-A).

Secondo consolidata giurisprudenza della Corte le libertà fondamentali sancite dal Trattato costituiscono un limite all'azione dei governi nazionali anche in campo penale, settore in cui gli Stati conservano piena potestà (v. sentenza Corte di giustizia del 2 febbraio 1989, causa 186/1987, Cowan). Tale consolidata impostazione giurisprudenziale è confortata dalla presenza della disposizione contenuta nel sopra citato art. 3 n. 2 della direttiva 64/221, che anzi esclude qualsiasi ipotesi di immediata connessione tra una condanna di natura penale e un provvedimento d'espulsione nei confronti di un cittadino comunitario.

Ciò posto, risulta in evidente contrasto con la libera circolazione dei cittadini comunitari e, in particolare, con la direttiva 64/221/CEE, una qualsiasi disciplina nazionale che, in virtù dell'eccezione relativa alla tutela del proprio ordine pubblico, predisponga un meccanismo di espulsione automatica a seguito di condanna penale. Infatti, l'eccezione di ordine pubblico, che venga posta alla base di una simile normativa nazionale, «come tutte le deroghe a un principio fondamentale del Trattato, deve essere... interpretata in modo restrittivo» (sentenza 19 gennaio 1999, causa C-348/1996, Calfa). In termini più generali, la Corte di giustizia ha precisato che il principio della libera circolazione delle persone deve essere interpretato estensivamente (sentenza 26 febbraio 1991, C-292/1989, Antonissen e sentenza 20 febbraio 1997, C-344/1995,

*Commissione/Belgio*), mentre le deroghe a tale principio devono essere al contrario interpretate restrittivamente (sentenza 4 dicembre 1974, causa 41/1974, *Van Duvt*; sentenza 26 febbraio 1975, 67/1974, *Bonsignore*; sentenza 3 giugno 1986, 139/1985, *Kempf*).

La nozione di ordine pubblico, come contenuta nell'art. 39 n. 3 TCE, può essere richiamata solamente in caso di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività (v. sentenza 27 ottobre 1977, causa 30/1977, *Boucherau*), «di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie» (causa *Rutili*, citata).

Proprio la difesa dei diritti dei cittadini comunitari e l'accezione restrittiva della nozione di ordine pubblico portano la Corte di giustizia ad esplicitare quanto già chiaramente previsto nell'art. 3 della Direttiva 64/221/CEE, sancendo che «la legittimità dei provvedimenti a tutela dell'ordine pubblico va valutata alla luce dell'intera normativa comunitaria avente ad oggetto, in primo luogo, di limitare il potere discrezionale degli Stati membri in materia e, in secondo luogo, di garantire la difesa dei diritti dei singoli, nei cui confronti vengono applicati provvedimenti restrittivi» (causa *Bonsignore*, citata), in un'ottica, quindi, esclusivamente di prevenzione speciale, cui devono rimanere estranee le finalità deterrenti generali della norma penale. «Considerate nel loro complesso, tali restrizioni dei poteri degli Stati membri in materia di polizia relativa agli stranieri appaiono come la manifestazione specifica di un principio più generale, sancito dagli articoli 8, 9, 10 e II della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata da tutti gli Stati membri, e dall'art. 2 del protocollo n. 4 della stessa Convenzione, firmata a Strasburgo il 16 settembre 1963, i quali stabiliscono, in termini identici, che le restrizioni apportate, in nome delle esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica, ai diritti tutelati dagli articoli testè citati non possono andare oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze in una società democratica» (causa *Rutili*, citata).

Riassuntivamente, con riguardo ai cittadini comunitari cui si applichi ex se la disciplina derivante congiuntamente dall'art. 39 TCE e dalla direttiva 64/221, le premesse generali per affrontare la questione sono le seguenti:

a) per valutare se una disposizione nazionale, restrittiva della libera circolazione dei cittadini/lavoratori comunitari, sia riconducibile a una delle deroghe contemplate dall'art. 39 n. 3 TCE, la nozione di ordine pubblico che sia posta a fondamento di tale disposizione deve essere conforme alla corrispondente interpretazione che di tale nozione viene data a livello comunitario;

b) i mezzi restrittivi della circolazione che colpiscano un singolo cittadino comunitario non possono essere giustificati da motivi di ordine generale rinvenibili in norme di natura penale;

c) le restrizioni della libera circolazione dei cittadini comunitari non possono superare i limiti di proporzionalità ricavabili dalla disciplina comunitaria e valutabili dal giudice comunitario.

*Stando a tali generali premesse, sembra doversi concludere che la normativa tedesca in materia di stranieri non risulta conforme al diritto comunitario nella misura in cui dispone l'espulsione automatica di un cittadino di un altro Stato membro sulla base della sola condanna penale (art. 3, Direttiva 64/221/CEE).*

*Per quanto attiene ai mezzi procedurali predisposti dal legislatore tedesco, si ricorda che la Corte di giustizia ha già indicato che il mezzo prefigurato nell'art. 9 della direttiva 64/221 è di natura complementare rispetto al ricorso giurisdizionale previsto dal precedente art. 8 della stessa direttiva, specificando le minime garanzie procedurali che con tale mezzo ciascuno Stato membro deve comunque assicurare ai cittadini comunitari sottoposti a un provvedimento restrittivo della loro libertà di circolare. Più in particolare, il mezzo procedurale contemplato dall'art. 9 deve prevedere un esame completo dei fatti, compresi i motivi di opportunità su cui si fonda il provvedimento considerato, prima che esso venga definitivamente adottato (sentenze 22 maggio 1980, causa 131/1979, Santillo; 18 maggio 1982, cause riunite 115/1981 e 116/1981, Adoui e Cornuaille; 30 novembre 1995, causa C-175/1994; 17 giugno 1997, C-65/1995 e C-111/1995, Mann Singh Shingara e Abbas Radiom). Pertanto, la questione pregiudiziale attinente all'interpretazione dell'art. 9 della direttiva 64/221 sembra doversi risolvere nel senso che, poiché il rinvio è stato proposto nell'ambito di un ricorso giurisdizionale (anche se amministrativo), il diritto tedesco prevede comunque un mezzo riconducibile all'art. 8 della direttiva, posto che ogni altro mezzo predisposto ai sensi dell'art. 9 della stessa si presenta quale opzione procedurale «minima» imposta agli Stati a tutela del diritto di difesa del cittadino comunitario sottoposto a provvedimenti restrittivi della libertà di circolare sul territorio di uno Stato membro. Ciò che eventualmente andrebbe valutato dal giudice comunitario è se il ricorso in sede giurisdizionale amministrativa, ai sensi dell'art. 8 dir. 64/221, consenta una valutazione di merito del provvedimento di espulsione: in caso contrario, vale a dire di esclusivo sindacato di legittimità dell'atto da parte del giudice, dovrebbe trovare applicazione la garanzia di tutela minima dell'art. 9 dir. 64/221.*

*Su tali presupposti, si propone di rispondere ai quesiti interpretativi sottoposti alla Corte dal giudice amministrativo tedesco nei seguenti termini:*

*A) non è conforme al diritto comunitario una normativa nazionale che disponga l'espulsione automatica di un cittadino di un altro Stato membro sulla base della sola condanna penale;*

*B) non è conforme all'ordinamento comunitario una normativa nazionale che non consenta in caso di ricorso avverso un provvedimento di espulsione di un cittadino di un altro Stato membro un controllo del provvedimento sotto il profilo del merito e della proporzionalità rispetto alla situazione personale e familiare dell'espulso. (f.to Avv. Maurizio Fiorilli).*

**Causa C-182/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Annullamento del decreto n. 2000-754 del 1 agosto 2000, concernente le date di apertura e chiusura della caccia agli uccelli acquatici e alla selvaggina di passaggio – Violazione dell'articolo 7, n. 4 della direttiva 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979 - Ordinanza del Conseil d'Etat (Francia) del 25 gennaio 2002 – Iscritta il 16 maggio 2002 (cons. 12350/02, avv. M. Fiorilli).**

#### IL FATTO

I ricorrenti chiedono l'annullamento per eccesso di potere di un decreto concernente le date per la caccia agli uccelli selvatici, assumendo la violazione dell'art. 7, n. 4, della direttiva n. 79/409/CEE.

#### I QUESITI

1. – Se l'art. 9, n. 1, lett. c) della direttiva del Consiglio 2 aprile 1979, n. 79/409, permetta ad uno Stato membro di derogare alle date di apertura e chiusura della caccia fissate in considerazione degli obiettivi menzionati all'art. 7, n. 4, della medesima.

2. – In caso di risposta affermativa, quali siano i criteri che permettono di determinare i limiti di tale deroga.

#### NOTA

Secondo quanto disposto dall'art. 7, n. 4, della direttiva n. 79/409/CEE «*Gli Stati membri si accertano che l'attività venatoria, compresa eventualmente la caccia col falco, quale risulta dalla applicazione delle disposizioni nazionali in vigore, rispetti i principi di una saggia utilizzazione e di una regolazione ecologicamente equilibrata delle specie di uccelli interessate e sia compatibile per quanto riguarda il contingente numerico delle medesime, in particolare delle specie migratrici, con le disposizioni derivanti dall'art. 2. Essi provvedono in particolare a che le specie a cui si applica la legislazione della caccia non siano cacciate durante il periodo della nidificazione né durante le varie fasi della riproduzione e della dipendenza. Quando si tratta di specie migratrici, essi provvedono in particolare a che le specie soggette alla legislazione della caccia non vengano cacciate durante il periodo della riproduzione e durante il ritorno al luogo di nidificazione. Gli Stati membri trasmettono alla Commissione tutte le informazioni utili sull'applicazione pratica della loro legislazione sulla caccia*».

L'art. 9, n. 1, lett. C), dispone che, sempre che non vi siano altre soluzioni soddisfacenti, gli Stati membri possono derogare agli art. 5, 6, 7 e 8 per consentire, in condizioni rigidamente controllate e in modo selettivo, la cattura, la detenzione o altri impieghi misurati di determinati uccelli in piccole quantità.

Per valutare la legittimità delle disposizioni introdotte dal decreto riguardo alle date di apertura e chiusura della caccia agli uccelli introdotte dal decreto riguardo alle date di apertura e chiusura della caccia agli uccelli di passaggio e alla selvaggina acquatica, occorre fare riferimento alla interpretazione dell'art. 7, n. 4, della direttiva n. 79/409/CEE data dalla Corte di Giustizia, in particolare nelle sentenze 19 gennaio 1994 in C-435/1992 e 7 dicembre 2000 in C-39/1999. Da esse risulta, in particolare, che la tutela prevista per tali specie, sia per il periodo di nidificazione e le varie fasi della

riproduzione e della dipendenza, sia per il tragitto di ritorno delle specie migratorie al proprio luogo di nidificazione, deve concretizzarsi in una protezione completa, che escluda i rischi di confusione tra specie differenti. La determinazione di date scaglionate in funzione delle diverse specie, inoltre, è legittima solo se si può dimostrare, alla luce di dati scientifici e tecnici, che tale scaglionamento è compatibile con l'obiettivo della protezione completa.

**Causa C- 203/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Tutela banca dati – diritto *sui generis* – Utilizzo di banca dati – Estrazione e coimpiego di parti sostanziali e non sostanziali della banca dati – Direttiva 96/199 CE – Ordinanza della Court of Appeal – Civil Division – England & Wales – Iscritta il 3 giugno 2002. (Cons. 14629/02, avv. M. Fiorilli).**

#### IL FATTO

L'ordinanza è stata pronunciata nel corso di un procedimento promosso da tre società inglesi che svolgono varie funzioni amministrative nell'ambito dell'industria delle corse ippiche nel Regno Unito – la *BHB*, la *Jockey Club* e la *Weatherbys* – nei confronti della società *William Hill*, uno dei principali allibratori fuori ippodromo che opera nel Regno Unito ed in altri Paesi. Le ricorrenti svolgono funzioni concernenti la sovrintendenza, la regolamentazione, il controllo sulla regolarità, sulla concessione delle licenze, sulla disciplina e sulla sicurezza delle corse ippiche, nonché la raccolta e la gestione dei relativi dati, mentre la convenuta, con le sue consociate, offre quotazioni per un gran numero di eventi fornendo servizi di scommesse ai suoi clienti, inglesi ed internazionali, attraverso una rete a livello nazionale di agenzie autorizzate di scommesse, un servizio di scommesse per telefono e attraverso internet. Le ricorrenti sostengono di essere titolari di un diritto *sui generis* sulla banca dei dati da essi costituita (banca dati elettronica *BHB* in cui, a partire dal 1999, sono confluiti tutti i dati raccolti e gestiti dalle tre società ricorrenti) ed accusano la convenuta di fare un uso non autorizzato di questi dati nella sua attività via internet, asserendo, altresì, che le attività della *William Hill* violano il loro diritto *sui generis* sotto un duplice profilo: in primo luogo perché l'uso quotidiano dei dati tratti dai giornali o da altri mezzi di informazioni predisposti dalle ricorrenti costituisce una estrazione od un reimpiego di una parte *sostanziale* dei contenuti della loro banca dati (in contrasto con quanto disposto dall'art. 7, n. 1, della direttiva n. 96/9) e, in secondo luogo, perché, anche se i singoli estratti non costituiscono una parte sostanziale della banca dati *BHB*, tuttavia l'insieme delle attività della convenuta equivale ad una ripetuta e sistematica estrazione od un reimpiego di parti *non sostanziali* dei contenuti della loro banca dati (in contrasto con l'art. 7, n. 5, della precitata direttiva). Al contrario, la *William Hill*, a sostegno del proprio diritto di utilizzare i dati in oggetto, asserisce che il diritto *sui generis* non tutela l'informazione o l'uso di informazioni in quanto tali bensì quelle caratteristiche di una banca di dati che la rendono, appunto, una banca di dati. Queste caratteristiche, come indicato nell'art. 1.2 della direttiva n. 96/6, sono il fatto che gli elementi di informazione sono «sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie



a mezzi elettronici o in altro modo». La convenuta sostiene, altresì – tra l'altro – di aver utilizzato una minima quantità delle informazioni contenute nella banca dati BHB e non una parte sostanziale o rilevante della banca dati BHB, e che, per lo stesso motivo, non vi sarebbe stato alcun investimento rilevante delle ricorrenti nella parte della banca dati BHB da essa usata.

#### I QUESITI

1. – Se l'una o l'altra delle espressioni:
  - (a) «parte sostanziale del contenuto di una banca di dati»; o
  - (b) «parte non sostanziale del contenuto di una banca di dati»,di cui all'art. 7 della direttiva possa includere opere, dati o altri elementi ricavati dalla banca di dati, ma che non sono sistematicamente o metodicamente disposti come nella banca di dati e che non offrono le stesse possibilità di accesso individuale che presenta la banca di dati.
2. – Che cosa si intenda con il termine «conseguimento» di cui all'art. 7, n. 1, della direttiva. In particolare, se i fatti e le circostanze descritti ai punti 24-31 *supra*, possano costituire un simile conseguimento.
3. – Se la «verifica» di cui all'art. 7, n. 1, della direttiva sia limitata a garantire a intervalli di tempo che l'informazione contenuta in una banca di dati sia, o continui a essere, corretta.
4. – Che cosa si intenda all'art. 7, n. 1, della direttiva, con le espressioni:
  - (a) «una parte sostanziale (*del contenuto di una banca dati*) valutata in termini qualitativi» e
  - (b) «una parte sostanziale (*del contenuto di una banca di dati*) valutata in termini quantitativi».
5. – Che cosa si intenda all'art. 7, n. 5, della direttiva, con l'espressione «parti non sostanziali del contenuto della banca dati».
6. – In particolare in ciascun caso:
  - (a) se «sostanziale» significhi qualcosa di più di «insignificante» e, in caso affermativo, che cosa;
  - (b) se «non sostanziale» significhi implicitamente che non è «sostanziale».
7. – Se il termine «estrazione» di cui all'art. 7 della direttiva si riferisca solo al trasferimento di contenuti di una banca di dati direttamente dalla banca di dati ad un supporto o se riguardi anche il trasferimento di opere, dati o altri elementi che sono indirettamente ricavati dalla banca di dati, senza avere accesso diretto alla banca dati.
8. – Se il termine «reimpiego» di cui all'art. 7 della direttiva si riferisca solo alla messa a disposizione del pubblico dei contenuti della banca di dati direttamente a partire dalla stessa o se comprenda anche la messa a disposizione del pubblico di opere, dati o altri elementi che sono ricavati indirettamente dalla banca di dati, senza accesso diretto alla stessa.
9. – Se il termine «reimpiego» di cui all'art. 7 della direttiva sia limitato al primo atto con cui il contenuto della banca di dati è messo a disposizione del pubblico.
10. – Che cosa si intenda all'art. 7, n. 5, della direttiva con «operazioni contrarie alla normale gestione della banca di dati o che arrechino un pregiu-

dizio ingiustificato ai legittimi interessi del costituente della banca di dati». In particolare se i fatti e le circostanze descritti ai punti 40-47 *supra*, considerati alla luce dei fatti e delle circostanze di cui ai punti 32-35 *supra*, possano costituire operazioni di tale natura.

11. – Se l'articolo 10 n. 3 della direttiva significhi che, in ogni caso di «modifica sostanziale» del contenuto di una banca di dati, che consenta di attribuire alla banca di dati, risultante da tale modifica, una propria specifica durata di protezione, la banca di dati risultante debba essere considerata come una nuova e distinta banca di dati in relazione all'obiettivo dell'art. 7, n. 5.

**Causa C- 239/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Prodotti del caffè – Raccomandazioni mediche – Pubblicità ed etichettatura – Direttive del Consiglio n. 99/4/CE e 2000/13/CE – Art. 28 Trattato (cons. 16272/02, avv. M. Fiorilli).**

#### IL FATTO

La società Douwe Egberts NV (parte ricorrente) produce e smercia caffè sul mercato belga; la società Westrom Pharma NV produce un supplemento alimentare denominato «DynaSvelte Koffie»; tale prodotto è composto da caffè solubile, fruttosio e cromo (parte convenuta).

La società Souranis Christophe ha distribuito tale prodotto sul mercato belga fino al 31 dicembre 2001. La società Bvba Fics-World, a partire dal 1° gennaio 2002, è la nuova distributrice del medesimo prodotto di cui sopra. La parte ricorrente lamenta che le menzioni figuranti sul boccale, sulla confezione e sulle avvertenze d'uso del «DynaSvelte Koffie» violano le norme sulla pubblicità e sull'etichettatura di tale tipo di prodotti: la pubblicità effettuata dalle convenute e le confezioni e le avvertenze d'uso da loro utilizzate hanno la potenzialità di indurre i consumatori in errore circa l'identità, il tipo, la composizione, l'origine del prodotto e circa l'identità e le qualità del venditore. Inoltre, i riferimenti alla «diminuzione dell'eccesso di grasso» e alla «formula brevettata negli USA per mano del dott. Ann de Wees Allen, membro del Glycémie Research Institute», che compaiono sul boccale, sulla confezione, sulle avvertenze e sulla pubblicità, costituiscono rinvii illeciti al dimagrimento e a raccomandazioni mediche, certificati, citazioni, pareri, o a dichiarazioni di approvazione. La parte ricorrente chiede pertanto la declaratoria di colpevolezza nei confronti delle società convenute per aver svolto un'attività in contrasto con le oneste pratiche commerciali e chiede la cessazione d'uso degli elementi equivoci presenti nella pubblicità e nell'offerta in vendita del prodotto. La parte chiamata nell'intervento coatto risponde con domanda riconvenzionale con cui chiede la declaratoria che la ricorrente si è resa colpevole di atti in contrasto con le oneste pratiche commerciali utilizzando il termine «caffè» nella pubblicità di propri prodotti venduti in forma macinata e nell'offerta in vendita degli stessi e chiede la cessazione dell'uso di tale denominazione. Inoltre, chiede che venga sottoposta questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea circa la corretta trasposizione nel

diritto belga della direttiva n. 1999/4/CE, riguardante gli estratti di caffè e gli estratti di cicoria, e della direttiva n. 2000/13/CE riguardante l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari e la relativa pubblicità.

## I QUESITI

### *Quanto alla direttiva del Consiglio n. 99/4/CE:*

1. – Se l'art. 2 della direttiva n. 1999/4/CE concernente estratti di caffè ed estratti di cicoria debba essere interpretato nel senso che per i prodotti menzionati nell'allegato della direttiva possono essere utilizzate soltanto le denominazioni commerciali menzionate nell'allegato stesso, senza che oltre a tali denominazioni possano essere utilizzate anche altre denominazioni (per esempio, un'espressione di fantasia o commerciale), oppure se l'art. 2 debba essere interpretato nel senso che soltanto per i prodotti menzionati nell'allegato della direttiva possono essere utilizzate le denominazioni commerciali menzionate nello stesso allegato, anche se oltre a dette denominazioni per gli stessi prodotti possono essere utilizzate anche altre denominazioni (per esempio, un'espressione di fantasia o commerciale).

2. – Qualora la Corte di Giustizia delle Comunità europee consideri che l'art. 2 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1999/4/CE, concernente estratti di caffè ed estratti di cicoria, deve essere interpretato nel senso che per i prodotti menzionati nell'allegato di detta direttiva possono essere utilizzate soltanto le denominazioni commerciali menzionate nell'allegato stesso, senza che oltre a tali denominazioni possano essere utilizzate anche altre denominazioni (per esempio, un'espressione di fantasia o commerciale), se da ciò discenda che detta direttiva è in contrasto con l'art. 28 del Trattato CE, che stabilisce un divieto di restrizioni quantitative all'importazione e di misure di effetto equivalente fra gli Stati membri della Comunità europea, per il motivo che tale direttiva, in applicazione della suddetta interpretazione, per i prodotti che rispondono alla definizione degli estratti di caffè contenuta nel suo allegato: – esclude l'uso di denominazioni diverse da «estratto di caffè» o da «caffè istantaneo», come la denominazione «caffè»; – conseguentemente riserva l'uso della denominazione «caffè» ad un'unica forma di «caffè, vale a dire al caffè in grani; – e pertanto protegge artificialmente il mercato del caffè dai prodotti concorrenti composti da tipi di caffè diversi dal caffè in grani, come fra l'altro gli estratti di caffè e il caffè istantaneo.

### *Quanto alla direttiva del Consiglio n. 2000/13/CE:*

1. – Se l'art. 18, n. I, e 18, n. 2, della direttiva n. 2000/13/CE debbano essere interpretati nel senso che disposizioni nazionali in materia di etichettatura e di presentazione di prodotti alimentari, nonché in materia di pubblicità effettuata al riguardo, non armonizzate, le quali vietano determinate menzioni come i riferimenti «al dimagrimento», e i «riferimenti a raccomandazioni mediche, certificati, citazioni, pareri o a dichiarazioni di approvazione», nell'etichettatura e/o nella presentazione di prodotti alimentari e/o nella relativa pubblicità, mentre tali menzioni non vengono vietate dalla direttiva, costituiscano violazioni della stessa direttiva, tenendo conto del

fatto che nell'ottavo considerando della direttiva si afferma che l'etichettatura più adeguata è quella che meno ostacola gli scambi commerciali e del fatto che pertanto dette disposizioni nazionali non possono essere applicate.

2. – Se l'art. 18, n. 2, della direttiva n. 2000/13/CE debba essere interpretato nel senso che devono essere intese volte alla «tutela della salute delle persone» le disposizioni nazionali in materia di etichettatura e di presentazione di prodotti alimentari, nonché in materia di pubblicità effettuata al riguardo, non armonizzate, che vietano determinate menzioni come i «riferimenti al dimagrimento», e i «riferimenti a raccomandazioni mediche, certificati, citazioni, pareri o a dichiarazioni di approvazione».

3. – Se l'art. 28 del Trattato CE debba essere interpretato nel senso che disposizioni nazionali in materia di etichettatura e di presentazione di prodotti alimentari, nonché in materia di pubblicità effettuata al riguardo, non armonizzate a livello comunitario e che si discostano dalla direttiva n. 2000/13/CE, nella parte in cui vietano determinate menzioni nell'etichettatura e/o nella presentazione dei prodotti alimentari e/o nella pubblicità quali i «riferimenti al dimagrimento» e i «riferimenti a raccomandazioni mediche, certificati, citazioni, pareri o a dichiarazioni di approvazione», debbano essere considerate come misure di effetto equivalente e/o come restrizioni quantitative all'importazione fra gli Stati membri della Comunità europea, in quanto dette disposizioni nazionali: – da un lato, stabiliscono un onere supplementare all'importazione di prodotti alimentari per rendere tali prodotti conformi alla normativa nazionale e conseguentemente ostacolano gli scambi commerciali fra gli Stati membri; e – dall'altro, non si applicano a tutti gli operatori commerciali interessati che svolgono la loro attività sul territorio nazionale, nel senso che vi sono prodotti del tutto analoghi (per esempio, i prodotti cosmetici), cui non si applicano tali disposizioni, né altre disposizioni analoghe, e se, di conseguenza, le stesse disposizioni non possono essere applicate dal giudice nazionale.

**Causa C-309/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Imballaggio per bibite – Imballaggi a perdere o recuperabili – Sistema di restituzione e smaltimento**  
 – Art. 1, n. 2; art. 7 e art. 18 direttiva 94/62/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio) – Art. 28 CE – Ordinanza del Verwaltungsgericht Stuttgart (Germania) del 21 agosto 2002 – Iscritta il 3 settembre 2002 (avv. M. Fiorilli).

## IL FATTO

Il caso di specie riguarda due ditte austriache produttrici di bibite che esportano i loro prodotti in Germania. Come previsto dalla normativa tedesca esse hanno beneficiato di un sistema che – a condizione che risultasse assicurato in misura sufficiente un regolare ritiro degli imballaggi di vendita presso il consumatore privato finale – le esonerava dall'obbligo del deposito previsto per il commercio delle bibite confezionate in imballaggi a perdere, nonché dall'obbligo di provvedere al ritiro ed al recupero degli imballaggi utilizzati.

Una rilevazione sulla quota degli imballaggi reimpiegabili di bibite effettuata nel periodo maggio 2000 - aprile 2001 evidenziava che la percentuale degli imballaggi reimpiegati era scesa al di sotto del livello di riferimento (72%), circostanza che faceva scattare la revoca dall'esenzione cauzionale a partire dal gennaio 2003. Tale modifica ha per effetto che le ricorrenti sarebbero obbligate, a partire dal gennaio 2003, ad imporre sulla maggior parte dei loro imballaggi per bibite vendute in Germania, la cauzione prescritta dalla normativa ed a ritirare e recuperare gli imballaggi utilizzati.

### I QUESITI

1. - Se l'art. 1, n. 2, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 dicembre 1994 sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio (*GU CE* L 365, pag. 10) debba essere interpretato nel senso che faccia divieto agli Stati membri di favorire sistema di riutilizzo di imballaggi per bibite nei confronti degli imballaggi a perdere recuperabili prescrivendo che, se la quota a livello federale degli imballaggi reimpiegabili scenda al di sotto del 72%, viene meno la possibilità di esecuzione dall'obbligo di ritiro, di smaltimento e di imporre una cauzione sugli imballaggi a perdere per bibite svuotati e subentra la partecipazione ad un sistema di restituzione e smaltimento per i settori delle bibite, nei quali la quota degli imballaggi reimpiegabili è scesa al di sotto della quota stabilita nell'anno 1991.

2. - Se l'art. 18 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 dicembre 1994, n. 94/62, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio (*GU CE* L 365, pag. 10), debba essere interpretato nel senso che faccia divieto agli Stati membri di ostacolare la messa in circolazione di bibite confezionate in imballaggi a perdere prescrivendo che, se la quota a livello federale di imballaggi reimpiegabili scende al di sotto del 72%, viene meno la possibilità di esenzione dall'obbligo di ritiro, di smaltimento e di imporre una cauzione sugli imballaggi a perdere per bibite svuotati e subentra la partecipazione ad un sistema di restituzione e smaltimento per settori delle bibite, nei quali la quota degli imballaggi reimpiegabili è scesa al di sotto della quota stabilita nell'anno 1991.

Se l'art. 7 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 dicembre 1994, n. 94/62, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio (*GU CE* L 365, pag. 10), debba essere interpretato nel senso che al produttore e al venditore di bevande confezionate in imballaggi a perdere recuperabili venga assicurata la partecipazione ad un sistema di ritiro e di smaltimento di imballaggi per bibite usati già istituito affinché venga così soddisfatto un obbligo imposto per legge di imporre cauzioni sugli imballaggi per bibite a perdere e di restituire gli imballaggi per bibite usati.

Se l'art. 28 del Trattato CE debba essere interpretato nel senso che tale disposizione faccia divieto agli Stati membri di adottare norme, secondo le quali, nel caso in cui la quota a livello federale di imballaggi per bibite reimpiegabili scende al di sotto del 72%, venga meno la possibilità di esenzione dall'obbligo di restituzione, di smaltimento e di imporre una cauzione sugli

imballaggi per bibite a perdere svuotati e subentra la partecipazione ad un sistema di ritiro e smaltimento per i settori delle bibite, nei quali la quota degli imballaggi reimpiegabili è scesa al di sotto della quota stabilita nell'anno 1991.

#### NOTA

Si riportano le osservazioni predisposte dall'Avvocatura dello Stato:

«... (...) 2. – È pregiudiziale all'esame dei quesiti posti dal giudice amministrativo tedesco la ricostruzione della disciplina degli imballaggi dettata dal Regolamento in chiave concorrenziale, che costituisce oggetto del quarto quesito posto alla Corte. Il regolamento distingue tra imballaggi reimpiegabili, non soggetti a cauzione, ed imballaggi a perdere recuperabili, soggetti a cauzione. Dispone l'esonero dal pagamento della cauzione sugli imballaggi a perdere recuperabili nel caso in cui l'operatore economico che li utilizza aderisca ad un sistema che si estende su tutto il territorio servito dal venditore obbligato che assicuri in misura sufficiente un regolare ritiro degli imballaggi di vendita presso il consumatore privato finale o nelle sue vicinanze e che integri i requisiti elencati nell'allegato I del Regolamento. L'esonero viene a cessare ove il sistema di adesione perda le qualità richieste o l'utilizzo di imballaggi riutilizzabili scenda al di sotto della percentuale del 72% del quantitativo previsto dal Regolamento.

Le ricorrenti assumono la illegittimità della imposizione della cauzione sugli imballaggi a perdere recuperabili, in quanto discriminante rispetto agli importatori nella Repubblica federale. Tanto sostengono con due ordini di argomentazioni. In primo luogo, questi deducono di dovere affrontare costi più elevati rispetto ai produttori nazionali se smerciano i loro prodotti in Germania in imballaggi reimpiegabili, da ciò il loro interesse commerciale all'utilizzo degli imballaggi a perdere recuperabili. E ciò, in quanto nel caso di utilizzo di imballaggi non a perdere devono affrontare maggiori spese per il ritiro degli imballaggi in Germania e il trasporto al luogo di produzione per il riempimento, oltre alle spese per l'utilizzo di due tipi di imballaggi per i medesimi prodotti ("a perdere" e "a reimpiego") in relazione al luogo di commercializzazione. In secondo luogo, sostengono che la previsione normativa di una percentuale di imballaggi riutilizzabili che se non raggiunta determina l'obbligo di pagare una cauzione per ogni imballaggio a perdere recuperabile, indipendentemente dalla adesione ad un sistema di raccolta e recupero, determina le imprese operanti nel commercio tedesco delle bibite a non far scendere al di sotto della prescritta quota del 72% il quantitativo degli imballaggi reimpiegabili, con la conseguenza che i prodotti che vengono commercializzati esclusivamente in imballaggi a perdere non verrebbero acquistati.

L'impostazione del problema non è corretta e le argomentazioni dedotte sono inconferenti.

L'imposizione di una cauzione per ogni imballaggio a perdere recuperabile non comporta un costo aggiuntivo, in quanto la cauzione viene restituita allorché l'imballaggio viene restituito (par. 8, art. 1 del Regolamento: «... La cauzione deve essere imposta a ogni successivo venditore in ogni stadio del commercio, fino alla consegna al consumatore finale. La cauzione deve essere restituita di

*volta in volta al momento della restituzione dell'imballaggio, ai sensi del paragrafo 6, artt. 6 e 2»). L'imposizione della cauzione non comporta uno svantaggio concorrenziale in termini di costo del prodotto, in quanto il mancato rimborso è frutto di una scelta discrezionale del consumatore finale. La mancata restituzione comporta che l'imballaggio a perdere non sia recuperabile e, quindi, un aggravio del carico dei rifiuti smaltiti, con l'effetto che legittimamente il costo dell'aggravio del carico complessivo di rifiuti rimane a carico del consumatore finale, autore dell'inquinamento. E ciò in applicazione del principio: «chi inquina paga».*

*La previsione di una cauzione a garanzia del rispetto delle norme armonizzate in materia di rifiuti resiste ad ogni valutazione di compatibilità con i principi generali di logicità delle disposizioni normative nazionali di recepimento.*

*È la qualità del «rifiuto» che viene gravata della cauzione a garanzia del suo corretto trattamento e in ciò non vi è alcun aspetto anticoncorrenziale, in quanto la previsione non è selettiva. Il costo dell'imballaggio a perdere recuperabile è inferiore rispetto a quello dell'imballaggio riutilizzabile, per il che il suo utilizzo non è privo di conseguenze economiche.*

*Si può quindi concludere che il regime normativo degli imballaggi del Regolamento non contrasta con l'articolo 28 C.E. e non è, quindi, censurabile sotto il profilo concorrenziale.*

3. - *Il primo quesito posto alla Corte è del seguente tenore:*

*«Se l'art. 1, n. 2 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 dicembre 1994 sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio (GUCE L 365, pag. 10) debba essere interpretato nel senso che faccia divieto agli Stati membri di favorire il sistema di riutilizzo di imballaggi per bibite nei confronti degli imballaggi a perdere recuperabili prescrivendo che se la quota a livello federale degli imballaggi reimpiegabili scende la di sotto del 72% della quota stabilita nel 1991, viene meno la possibilità di esecuzione dell'obbligo a carico del venditore di ritiro e smaltimento mediante la partecipazione ad un sistema di restituzione e smaltimento per i settori delle bibite e l'esenzione dalla cauzione sugli imballaggi a perdere per bibite svuotate».*

*Il quesito non è correttamente formulato, in quanto dà per presupposto che la cessazione dell'esonero dal pagamento della cauzione a garanzia del ritiro dell'imballaggio e del suo corretto recupero o smaltimento costituisca strumento di discriminazione tra tipi diversi di imballaggi. Tanto appare il frutto di una non corretta interpretazione dell'atto normativo di recepimento della Direttiva.*

*Il sistema del Regolamento è nel senso che il venditore deve ritirare gratuitamente gli incarti di vendita usati e svuotati dal consumatore finale nel luogo dell'effettiva consegna o nelle immediate vicinanze, e quindi procedere al recupero dell'incarto conformemente alle prescrizioni elencate nell'allegato I (par. 6, artt. 1 e 2). Le condizioni prescritte per il recupero possono essere soddisfatte anche con il reimpiego.*

*L'obbligo di ritiro e di recupero non sussistono in caso di imballaggi per i quali il produttore o il venditore è associato a un sistema che si estende su tutto il territorio servito dal venditore obbligato, che assicura in misura sufficiente un regolare ritiro degli imballaggi di vendita presso il consumatore privato finale*

o nelle sue vicinanze e che integra i requisiti soggettivi prescritti. L'adesione al sistema è volontaria e non obbligatoria. Il sistema deve essere autorizzato e armonizzato con i sistemi di raccolta e di recupero del soggetto di diritto pubblico incaricato dello smaltimento dei rifiuti nel cui ambito territoriale viene istituito (par. 6, art. 3). L'autorizzazione è revocata se si accerti che il sistema non mantiene i requisiti organizzativi e di operatività prescritti. (par. 6, art. 4).

I venditori che pongono in commercio alimenti allo stato liquido in imballaggi per bibite che non sono reimpiegabili sono obbligati a imporre ai clienti che ritirano presso di loro le dette confezioni una cauzione che sarà restituita al momento della restituzione dell'imballaggio (par. 8, art. 1). Vi è esenzione dall'obbligo di cauzione se il venditore o il produttore partecipa ad un sistema di ritiro e recupero. L'esenzione è collegata alla operatività del sistema di raccolta e recupero, per il che nei casi in cui il «sistema» venga revocato per sopravvenuta perdita dei requisiti prescritti dal Regolamento o nel caso in cui «nel corso di un anno civile, la quota delle bevande confezionate in imballaggi reimpiegabili per birra, acqua minerale (...), bevande addizionate con anidride carbonica, succhi di frutta (...) scenda complessivamente al di sotto del 72%» di quella accertata nel 1991 (par. 9, art. 2).

I ricorrenti sostengono che la direttiva pone una pari importanza gerarchica tra il «riutilizzo» degli imballaggi per le bevande ed il loro «recupero», mentre il Regolamento privilegia il «riutilizzo» rispetto al «recupero» imponendo per gli imballaggi a perdere recuperabili una cauzione oltre all'obbligo del ritiro e del recupero comune a tutti i tipi di imballaggi.

L'imposizione della cauzione (per sua natura temporanea) non è discriminante in quanto strumento per assicurare il contenimento del carico ambientale dello smaltimento dei rifiuti. Invero, mentre per gli imballaggi reimpiegabili può fondatamente farsi affidamento che non vengano abbandonati dal venditore-produttore, che ha tutto l'interesse in relazione al costo dell'imballaggio a ritirarlo dal consumatore finale e reimpiegarlo, per gli imballaggi a perdere recuperabili può, al contrario, supporre che il venditore-produttore non abbia alcun interesse al ritiro e al recupero, in quanto tali operazioni comportano un costo aggiuntivo conglobato nel prezzo di vendita, che diviene una sopravvenienza attiva in caso di violazione dell'obbligo di ritiro e di smaltimento o recupero del rifiuto (e tale è perché il consumatore finale «vuole disfarsi» dell'involucro dopo l'utilizzo). In tale ultima ipotesi l'imposizione della cauzione annulla gli effetti positivi della violazione dell'obbligo. L'obbligo di corresponsione della cauzione ed il diritto alla sua restituzione incide anche sul comportamento del consumatore finale, inducendolo a non disperdere nell'ambiente l'involucro della bibita dopo lo svuotamento.

L'obbligo di ritiro e recupero è imposto dalla Direttiva per tutti i tipi di imballaggi ed è imposto indiscriminatamente ai venditori e produttori dei prodotti imballati: e l'osservanza dell'obbligo assicura il conseguimento delle finalità della medesima. La prescrizione che abbia per effetto utile l'osservanza dell'obbligo è legittima. Se un effetto di discriminazione tra gli strumenti prescritti dalla Direttiva per conseguire la finalità del contenimento della produzione di imballaggi ai fini di prevenzione ambientale deriva da una disposizione che pre-



*scriva un quantitativo minimo di imballaggi per consentire l'esonero dalla costituzione di un deposito cauzionale presso il venditore-produttore al momento della consegna della confezione, questo non è illegittimo, in quanto si può parlare di discriminazione solo nelle ipotesi di trattamento diverso per situazioni identiche. Gli imballaggi reimpiegabili e gli imballaggi a perdere recuperabili sono ontologicamente diversi e sono sottoposti ad un trattamento normativo diverso.*

*L'imballaggio reimpiegabile non deve necessariamente essere reimpiegato, ma deve necessariamente, al pari dell'imballaggio a perdere recuperabile, essere raccolto e recuperato. Il reimpiego è, invero, considerato dal Regolamento alternativamente rispetto al recupero.*

*Su tali premesse, si suggerisce di rispondere al quarto quesito dichiarando che l'articolo 1 della direttiva non è di ostacolo ad una normativa nazionale che prescriva per il caso di utilizzo di imballaggi a perdere recuperabili la prestazione di una cauzione restituibile al momento della restituzione dell'imballaggio svuotato e che subordini la sospensione dell'obbligo di prestazione della cauzione alla adesione ad un sistema di raccolta e recupero autorizzato e, in ogni caso, alla utilizzazione nel territorio dello Stato membro di un determinato quantitativo annuo di imballaggi reimpiegabili.*

*4. - Il secondo quesito posto alla Corte è del seguente tenore:*

*«Se l'articolo 18 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 dicembre 1994, n. 94/62, sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, debba essere interpretata nel senso che faccia divieto agli Stati membri di ostacolare la messa in circolazione di bibite confezionate in imballaggi a perdere prescrivendo che se la quota a livello federale di imballaggi reimpiegabili scende al di sotto del 72% della quota stabilita nel 1991 viene meno la possibilità di esenzione dall'obbligo di ritiro, di smaltimento partecipando ad un sistema di restituzione e smaltimento per i settori delle bibite ed imposto l'obbligo di prestazione di una cauzione sugli imballaggi a perdere per bibite svuotati».*

*È da premettere che tra le finalità della Direttiva vi è quella della riduzione dei rifiuti da imballaggi attraverso la riduzione degli imballaggi («secondo considerando»). La misura più appropriata per ottenere un tale effetto è quella di incentivare la produzione e l'uso di imballaggi «riutilizzabili». Il «riutilizzo» e il «recupero» incidono sul carico complessivo di rifiuti prodotti dal commercio da smaltire, ma in misura del tutto differenziata. Il «riutilizzo» abbatte nella misura in cui si realizza in assoluto lo smaltimento, in quanto riduce anche il carico di rifiuti prodotto dal recupero. La parità tra «riutilizzo» e «recupero» non rileva, dunque, nemmeno con riferimento allo smaltimento: questo trova conferma esplicita nell'ottavo «considerando» della Direttiva, laddove si legge: «... che valutazioni del ciclo di vita devono essere portate a termine il più presto possibile per giustificare una precisa gerarchia tra gli imballaggi riutilizzabili, riciclabili e recuperabili» da leggere in parallelo con il secondo «considerando» («... il modo migliore per prevenire la creazione dei rifiuti di imballaggio è quello di ridurre la quantità globale di imballaggi»). A sostegno della interpretazione, si può ulteriormente argomentare dal nono («considerando che la prevenzione dei rifiuti di imballaggio deve essere attuata mediante adeguate misure,*

comprese le iniziative adottate nell'ambito degli Stati membri conformemente agli obiettivi della presente direttiva») e decimo («considerando che gli Stati membri possono favorire, in conformità con il Trattato, sistemi di reimpiego di imballaggi che possono essere reimpiegati in modo ecologicamente sano, al fine di avvalersi del contributo di tali sistemi alla tutela ambientale») «considerando» da leggere in parallelo con la disposizione contenuta nell'art. 176 del Trattato. Sotto questo ultimo profilo manca la prova che la cauzione dovuta sugli involucri non riutilizzabili, ma recuperabili incida sulle esportazioni nella Repubblica Federale. La esenzione collegata alla partecipazione al «sistema» non è significativa, in quanto comporta unicamente una partita di giro che non incide astrattamente sulla redditività del produttore.

La disposizione contenuta nell'art. 18 della Direttiva, non può essere interpretata nel senso che l'espressione «imballaggi conformi alla presente direttiva» copra non solo la composizione e la conformazione, ma anche la loro qualità in relazione allo smaltimento. La direttiva non è discriminante sul punto della riutilizzabilità o meno dell'imballaggio, mira unicamente al contenimento della sua produzione in relazione alla finalità di contenere il carico complessivo dei rifiuti di imballaggio sull'ambiente, ponendo un limite alla adozione di provvedimenti per una protezione ancora maggiore rispetto a quella dei provvedimenti adottati dalla Comunità ai sensi dell'art. 175 del Trattato per il conseguimento degli obiettivi della politica comunitaria in materia ambientale, unicamente per «garantire il funzionamento del mercato interno e prevenire l'insorgere di ostacoli agli scambi nonché distorsioni e restrizioni alla concorrenza nella Comunità» (primo «considerando»). Se la imposizione di una «cauzione» non è discriminatoria degli imballaggi a perdere recuperabili, in quanto ragionevolmente è strumentale a permettere la «ricuperabilità» dell'involucro usato e, quindi, la realizzazione delle finalità della direttiva, la revoca della esenzione connessa alla partecipazione ad un «sistema» per il ritiro e il recupero, non più autorizzato in presenza dell'accertamento della mancata realizzazione del quantitativo di riferimento di imballaggi riutilizzabili, non costituisce un elemento di discriminazione che incide sul corretto funzionamento del mercato interno. Invero, la partecipazione al «sistema» è volontaria e, quindi, la scelta dell'imprenditore che utilizza involucri a perdere è già discriminante nell'interno della categoria, per cui illogicamente si oppone la sussistenza di una discriminazione (non dimostrata) nella ipotesi in cui venga meno per fatti oggettivi, previsti dalla legge, la possibilità di una scelta imprenditoriale (la partecipazione al «sistema») che già è produttiva di discriminazione nell'ambito di una categoria di imprenditori.

Si suggerisce, pertanto, di rispondere al quesito dichiarando che l'art. 18 è da interpretarsi nel senso che l'obbligo imposto agli Stati membri ha riferimento unicamente agli imballaggi che soddisfino tutti i requisiti essenziali di cui all'art. 9, compreso l'allegato II («Requisiti essenziali concernenti la composizione e la riutilizzabilità e la ricuperabilità – in particolare la riciclabilità – degli imballaggi») della Direttiva.

5. – Il terzo quesito posto alla Corte è del seguente tenore: «Se l'art. 7 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 dicembre 1994,

n. 94/62 debba essere interpretato nel senso che al produttore e al venditore di bevande confezionate in imballaggi a perdere recuperabili venga assicurata la partecipazione ad un sistema di ritiro e di smaltimento di imballaggi per bibite usati già istituito.

*La direttiva prescrive che vengano istituiti «sistemi» «affinché venga così soddisfatto un obbligo imposto per legge di imporre cauzioni sugli imballaggi per bibite a perdere e di restituire gli imballaggi per bibite usati».*

*La direttiva prescrive che vengano istituiti «sistemi ad hoc» relativamente alle operazioni inerenti gli «imballaggi usati e/o dei rifiuti di imballaggio» anche se importati, e che tali «sistemi» siano aperti alla «partecipazione degli operatori economici dei settori interessati e alla partecipazione delle competenti autorità pubbliche, non che la partecipazione agli stessi sia obbligatoria e incondizionata. Il senso della disposizione è che devono essere apprestati sistemi relativo ai rifiuti che tengano conto della considerazione particolare prestata agli imballaggi usati e/o dei rifiuti di imballaggio. Tanto non è strumentale all'interesse del produttore o venditore di prodotti contenuti in involucri, ma alla gestione degli involucri medesimi. Vi sarebbe, dunque, infrazione comunitaria unicamente nel caso in cui non venissero assicurati dal sistema nazionale relativo ai rifiuti i risultati che la direttiva si prefigge. Questo non è il caso della Repubblica Federale, per il che la revoca della sospensione dalla prestazione della cauzione sugli involucri «a perdere» recuperabili per bibite connessa alla inibizione di accedere all'apprestato «sistema ad hoc» di iniziativa privata per detti rifiuti non può essere ritenuto contrario alle finalità della direttiva, quali sono garantite dalla previsione normativa in esame.*

*Si suggerisce, pertanto, di rispondere al quesito dichiarando che l'interpretazione dell'art. 7 della direttiva è che la disposizione impone agli Stati membri di garantire un sistema differenziato di trattamento del «rifiuto» da imballaggio rispetto a quello generale relativo ai «rifiuti», aperto alla partecipazione degli operatori dei settori interessati, in quanto utilizzatori di imballaggi e finalizzato alla gestione dei rifiuti più appropriata e al reimpiego o recupero, incluso il riciclaggio degli imballaggi e/o dei rifiuti di imballaggio raccolti. (f.to avv. Maurizio Fiorilli)».*

**Causa C-338/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Calendari di incontri sportivi – Banca dati – Tutela – Direttiva 96/9/CE – Ordinanza del Hogsta Domstolen di Stoccolma (Svezia) del 10 settembre 2002 – Registrata il 23 settembre 2002 (avv. M. Fiorilli).**

## IL FATTO

Il calcio professionistico a livello di divisioni superiori è organizzato in Inghilterra da *The F.A. Premier League Limited* e da *The Football League Limited* e in Scozia da *The Scottish Football League*. Prima dell'inizio di ogni stagione calcistica vengono predisposti i calendari degli incontri che saranno disputati in ciascuna divisione nel corso della stagione. I dati vengono registrati elettronicamente e sono individualmente accessibili. I calendari degli incontri sono presentati, tra l'altro, in opuscoli stampati, sia in ordine cronologico sia con riferimento ad ogni squadra compresa nelle diverse serie.

In Inghilterra ogni divisione comprende una ventina di squadre. Ogni squadra gioca contro ciascuna delle altre squadre due volte. Nel corso di una stagione calcistica sono disputate più di 2000 partite. In Scozia le divisioni comprendono un numero inferiore di squadre. Queste ultime si incontrano quattro volte per stagione. In totale vengono disputate circa 700 partite. L'attività di raccolta dei dati che saranno contenuti nei calendari degli incontri si protrae per oltre un anno prima che venga decisa la versione definitiva degli stessi.

Gli organizzatori del calcio inglese e scozzese hanno designato la società scozzese *Football Fixures Limited* a gestire lo sfruttamento dei calendari degli incontri, tra l'altro attraverso la concessione di licenze. La *Fixures Marketing Limited*, a sua volta, è titolare di un diritto contrattuale di rappresentanza dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale sui calendari degli incontri.

La società *AB Svenska Spel* gestisce in Svezia alcuni giochi d'azzardo in cui si può scommettere sui risultati di partite di calcio, tra l'altro del campionato di calcio inglese e scozzese. Le partite dei campionati sono riportate su schedine nei giochi *Stryktips* e *Maltips* e in un programma specifico nel gioco *Odds*.

La *Fixures Marketing Limited* afferma che le due banche di dati – una per tutte le divisioni in Inghilterra e l'altra per tutte le divisioni in Scozia – contenenti dati su cui sono basati i calendari degli incontri, sono tutelate dall'art. 49 della *lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk* [legge sul diritto d'autore su opere letterarie e artistiche] e che l'impiego da parte della *AB Svenska Spel* di dati tratti dai calendari degli incontri costituisce una violazione dei diritti di proprietà intellettuale di cui sono titolari le società *The F.A. Premier League Limited*, *The Football League Limited* e *The Scottish Football League*.

## I QUESITI

1. – Se, per valutare se una banca di dati sia il risultato di un «notevole investimento» ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 marzo 1996, 96/9/CE, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati (direttiva sulle banche di dati) debba essere preso in considerazione un investimento, compiuto dal costituente di una banca di dati che mira principalmente alla costituzione di qualcosa che è autonomo rispetto alla banca di dati e che di conseguenza non riguarda esclusivamente il «conseguimento, la verifica e la presentazione» del contenuto di una banca di dati. Se, in tal caso, abbia una qualche importanza, il fatto che l'investimento o parti di esso costituiscano ciò nondimeno un presupposto della banca di dati.

2. – Se una banca di dati goda della tutela della direttiva sulle banche di dati esclusivamente per attività che rientrano nello scopo che il costituente della banca di dati voleva conseguire con la costituzione della stessa.

3. – Che cosa si intenda con la nozione di «parte sostanziale del contenuto [di una banca di dati] valutata in termini qualitativi o quantitativi» di cui all'art. 7, n. 1?

4. – Se la tutela della direttiva ai sensi dell'art. 1, n. 1 e dell'art. 7, n. 5, contro l'«estrazione e/o reimpiego» del contenuto di una banca dati sia limitata a quegli impieghi che implicano uno sfruttamento diretto della banca di dati oppure se la tutela riguarda anche una forma di impiego in cui il contenuto si trova in un'altra fonte (fonte secondaria) oppure è reso accessibile al pubblico.

5. – Come debbano essere interpretate le nozioni di «normale gestione», di «pregiudizio ingiustificato» di cui all'art. 7, n. 5.

#### NOTA

*Circa la normativa applicabile occorre riferirsi alla legge sul diritto di autore, che accorda, all'articolo 49, una tutela specifica alle raccolte di dati che siano quantitativamente significanti (comprendano cioè un gran numero di dati) o che abbiano richiesto un notevole investimento. La tutela si sostanzia nell'attribuire all'autore un diritto esclusivo di riprodurre esemplari del lavoro e di diffonderli in pubblico.*

*La disposizione in parola risulta il frutto delle modifiche intervenute nel 1998 per adeguare la normativa alla direttiva dell'11 marzo 1996, 96/9/CE, ed è perciò alla luce di quest'ultima che essa va interpretata.*

*La direttiva dell'11 marzo 1996, adottata in materia di diritto di autore, riguarda nello specifico le banche dati. Essa tutela tutte le banche dati, qualunque ne sia la forma, che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell'ingegno propria del loro autore.*

*La direttiva attribuisce al costituente di una banca-dati un diritto sui generis – a prescindere dalla tutelabilità della banca stessa o del suo contenuto a titolo del diritto autore – che si sostanzia nel «vietare operazioni di estrazione o reimpiego della totalità o di parte sostanziale del contenuto, valutata in termini quantitativi o qualitativi, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione dello stesso attestino un investimento rilevante sotto il profilo quantitativo o qualitativo».*

*Tale diritto speciale si atteggia quale diritto esclusivo, paragonabile ad una forma di monopolio legale simile a quello costituito con il brevetto dell'invenzione. È in facoltà del titolare trasferirlo, cederlo o concedere licenza relativamente allo stesso.*

*Appare chiara la voluntas legis sottesa alla menzionata previsione, consistente nel contemperare, da un lato, l'interesse dei produttori di banche dati ad essere tutelati dalla estrazione di copie e, dall'altro, l'interesse degli utilizzatori ad avere accesso ad adeguate infrastrutture di informazione globale.*

*Se quindi si consente il libero accesso al pubblico, contestualmente si precisano i limiti dello stesso ed in particolare si vietano l'estrazione e/o il reimpiego ripetuti e sistematici di parti sostanziali del contenuto di una banca di dati, nonché (art. 7 n. 5 della direttiva) «di parti non sostanziali che presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione della banca-dati o arrechino un pregiudizio ingiustificato agli interessi legittimi del costituente».*

*I problemi interpretativi sollevati dalla normativa concernono rispettivamente la definizione di «notevole investimento», «parte sostanziale», di «normale gestione» e di «pregiudizio ingiustificato».*

*Con riguardo al primo problema interpretativo, in assenza di una apposita esplicitazione normativa, non è dato ritenere che il «notevole investimento» di cui si fa menzione all'articolo 7 della direttiva sulle banche di dati, richieda una finalizzazione specifica, e che, pertanto, esso possa essere finalizzato tanto al conseguimento, alla verifica e alla presentazione del contenuto della banca, quanto alla costituzione di qualcosa che è autonomo rispetto alla banca stessa e che nella fattispecie risulta consistere nell'elaborazione dei calendari degli incontri di calcio.*

*In ordine alla seconda questione, atteso che per valutare se l'utilizzo della banca dati investa una «parte sostanziale» della stessa occorrono parametri sia di tipo quantitativo che qualitativo, si ritiene che si ricada nell'ambito del disposto normativo non soltanto quando i dati utilizzati siano quantitativamente significativi rispetto alla totalità di quelli raccolti, ma altresì quando si sfrutti da un punto di vista qualitativo l'elaborazione che è alla base della raccolta.*

*Nel caso di specie non soltanto sembra integrato il primo requisito, vista la consistente percentuale dei dati utilizzati, ma viene altresì sfruttata l'elaborazione dei calendari degli incontri calcistici, che ha comportato un lavoro e un investimento pecuniario notevole.*

*Nella fattispecie che ha dato luogo alle questioni in esame, la società svedese non sembra procedere ad uno sfruttamento *a tantum* di una parte sostanziale della banca-dati, pur tuttavia, reiterando nel tempo l'utilizzo di parti non sostanziali finisce per raggiungere il medesimo risultato.*

*Sembra pertanto corretta l'impostazione fornita dal progetto di legge sul diritto di autore laddove lo stesso, nell'adeguarsi alla direttiva, assimila l'impiego reiterato di parti di per sé non sostanziali di un'opera all'impiego di una parte sostanziale della stessa. Non basta evidentemente frazionare nel tempo le operazioni di estrazione e reimpiego per ritenersi esclusi dalla sfera di applicazione della normativa di tutela. L'intento esclusivo sarebbe palese e pertanto non avallabile.*

*L'organizzazione ad opera di soggetti diversi dal costitutore della banca dati (unico titolare del diritto esclusivo) di una attività lucrativa che si avvalga, presupponendola, dell'elaborazione dei dati contenuta nella banca, difficilmente può essere fatta rientrare nella «normale gestione» della stessa, ed inevitabilmente reca un «pregiudizio ingiustificato», ovvero non giustificato mediante corresponsione di un equo compenso dovuto in ragione dello sfruttamento.*

*Quanto all'incidenza del fattore «scopo», non sembra potersi correttamente ritenere che la direttiva, così come la legge sul diritto di autore, apprestino una tutela in considerazione dello scopo per il quale si realizza la banca-dati: i due requisiti richiesti ai fini della tutela, consistenti nella raccolta di un gran numero di dati o nell'effettuazione di un notevole investimento, sono indicativi di una precisa volontà legislativa di voler proteggere rispettivamente il lavoro (impiego di energie fisiche e mentali) e l'impegno pecuniario che sono investiti nell'elaborazione di una banca-dati, qualunque sia lo scopo contingente per il quale si procede alla stessa.*

*È perciò da ritenere che ulteriori e diversi reimpieghi che altri vogliano porre in essere non possano avvenire in assenza di apposita licenza concessa dal costitutore della banca-dati, a meno di non voler veder sostanzialmente svuotato il diritto *sui generis* ad esso accordato dalla direttiva.*

*Per lo stesso ordine di motivi, infine, a nulla rileva che i dati siano stati ricavati da fonti diverse, allorché, come nel caso di specie, la fonte originaria o comunque la fonte principale è costituita dalla banca dati de qua.*

**Causa C – 372/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Prestazioni di disoccupazione – Servizio militare obbligatorio svolto in Paese d’origine – Equiparazione ad attività lavorativa in Paese di residenza – Regolamento n. 1408/1971/CEE – Ordinanza del «Bundessozialgericht» (Germania) emessa il 15 agosto 2002 e notificata il 14 gennaio 2003 (cons.746/03, avv. A. Cingolo).**

#### IL FATTO

L’attore, cittadino spagnolo residente fin dalla nascita in Germania, dove abitualmente lavorava, dopo avere assolto in Spagna il servizio militare di leva, rientrava in Germania chiedendo le prestazioni di disoccupazione del sistema tedesco, essendosi iscritto nelle liste di collocamento locali per la ricerca di un nuovo lavoro.

L’Ente federale competente, convenuto e ricorrente per riesame, aveva rifiutato le prestazioni suddette per difetto dei requisiti, sia ai sensi delle leggi tedesche che del diritto comunitario.

Le legislazioni di ciascuno Stato membro prevedono condizioni particolari per l’accesso alle prestazioni nazionali di disoccupazione involontaria dei lavoratori dipendenti. La regolamentazione comunitaria di sicurezza sociale, a sua volta, stabilisce regole di ordine generale e particolari regole di coordinamento di tali legislazioni.

#### I QUESITI

1. – A quale legislazione debba essere soggetta una persona che, successivamente all’espletamento del servizio militare obbligatorio in Spagna, rientri in Germania e chieda prestazioni al sistema tedesco di assicurazione contro la disoccupazione;
2. – Se il servizio militare obbligatorio assolto in Spagna sia equiparabile, ai fini del diritto a dette prestazioni, all’ultima occupazione svolta nel territorio di altro Stato membro ai sensi del regolamento comunitario n. 1408/1971;
3. – Se l’ultima occupazione svolta nel territorio di altro Stato membro debba essere presa in considerazione e a quali condizioni, sempre al fine di stabilire il diritto a dette prestazioni di disoccupazione.

**Causa C-377/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Banane – Organizzazione comune del mercato – Contingente di importazione – Regolamenti nn. 404/1993/CEE, 1637/1998/CE, 2362/1998/CE, 2806/1998/CE, 102/1999/CE – Artt. I e XIII dell’Accordo GATT (1994) – Ordinanza del Raad Van State, Afdeling Administratie (Belgio) emessa il 7 ottobre 1999 – Iscritta il 21 ottobre 2002. (cons. 3270/03, avv. M. Fiorilli).**

#### IL FATTO

I ricorsi sono diretti contro decisioni con cui sono stati negati alla ricorrente titoli d’importazione per un diverso trimestre del 1999. La ricorrente in entrambe le cause fonda l’illegittimità delle decisioni impugnate sull’invali-

dità dei regolamenti europei che disciplinano l'importazione di banane nella Comunità europea. Le parti invocano nella presente fattispecie le seguenti disposizioni di diritto internazionale:

– l'Accordo generale sulle tariffe e il commercio 15 aprile 1994 (abbreviato GATT 1994), che costituisce l'allegato 1A dell'Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) sottoscritto a Marrakech il 15 aprile 1994 e approvato con legge 23 dicembre 1994, costituito, tra l'altro, dall'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio 30 ottobre 1947 (abbreviato in GATT), i cui art. I e XIII, sono del seguente tenore:

– Articolo 1

*«Trattamento generale della nazione più favorita.»*

1. Tutti i vantaggi, benefici, privilegi o immunità accordati da una parte contraente ad un prodotto originario di o destinato a qualsiasi altro paese saranno immediatamente e senza condizioni, estesi a tutti i prodotti similari originali del o destinati al territorio di tutte le altre parti contraenti. Questa disposizione riguarda i dazi doganali e le imposizioni di qualsiasi genere che colpiscono le importazioni o le esportazioni, o che sono percepiti in occasione di importazioni o di esportazioni, così come quelli che colpiscono i trasferimenti internazionali di fondi effettuati in regolamento delle importazioni o delle esportazioni, nonché, per ciò che concerne il modo di percezione di tali dazi ed imposizioni, l'insieme della regolamentazione e delle formalità afferenti alle importazioni o alle esportazioni, come pure tutte le questioni oggetto dei paragrafi 2 e 4 dell'art. III.

2 (...)

– Articolo XIII

*«Applicazione non discriminatoria delle restrizioni quantitative.»*

1. Nessun divieto o restrizione sarà applicato da una parte contraente all'importazione del prodotto originario del territorio di un'altra parte contraente (...) a meno che divieti o restrizioni simili non siano applicati all'importazione del prodotto similare originario da qualsiasi paese terzo (...).

2. Nell'applicazione delle restrizioni all'importazione di un prodotto qualsiasi, le parti contraenti si sforzeranno di pervenire ad una ripartizione del commercio di tale prodotto che si avvicini nella massima misura possibile a quella che, in assenza di restrizioni, le diverse parti contraenti avrebbero il diritto di attendersi ed osserveranno a tal fine le seguenti disposizioni:

a) ogniqualvolta sarà possibile, saranno stabiliti dei contingenti che rappresentino l'ammontare totale delle importazioni autorizzate (suddivise o meno tra i paesi fornitori) e tale ammontare sarà pubblicato conformemente alla lettera b) del paragrafo 3 del presente articolo;

b) quando non sarà possibile stabilire dei contingenti globali, le restrizioni potranno essere applicate mediante licenze o permessi di importazione senza contingente globale;

c) a meno che non si tratti di mettere in opera i contingenti ripartiti conformemente alla lettera d) del presente paragrafo, le parti contraenti non stabiliranno l'utilizzo di licenze o permessi d'importazione per l'importazione del prodotto considerato proveniente da una fonte di rifornimento o da un paese determinato;



d) qualora un contingente venga suddiviso tra i paesi fornitori, la parte contraente che applica le restrizioni potrà accordarsi circa la ripartizione del contingente con qualsiasi altra parte contraente che abbia un interesse sostanziale alla fornitura del prodotto considerato. Laddove non fosse effettivamente possibile applicare tale metodo, la parte contraente in questione attribuirà alle parti contraenti che abbiano un interesse sostanziale alla fornitura del prodotto, delle quote in proporzione al contributo apportato da dette parti contraenti al volume totale od al valore totale delle importazioni del prodotto in questione nel corso di un periodo di riferimento precedente, tenuto debitamente conto di tutti i fattori speciali che hanno potuto o possono influenzare il commercio di tale prodotto.

3. e 4. (*omissis*)

5. Le disposizioni di questo articolo non saranno applicate a qualsiasi quota tariffaria istituita o mantenuta in vigore da una qualsiasi parte contraente (...).

- Accordo quadro di cooperazione tra la Comunità economica europea e l'accordo di Cartagena e i suoi paesi membri, la Repubblica della Bolivia, la Repubblica della Colombia, la Repubblica dell'Ecuador, la Repubblica del Perù e la Repubblica del Venezuela, firmato il 23 aprile 1993 a Copenaghen, il cui art. a è del seguente tenore:

«Nelle loro relazioni commerciali, le parti contraenti si concedono il trattamento della nazione più favorita, in conformità delle disposizioni dell'accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT). Le due parti ribadiscono inoltre la loro volontà di effettuare gli scambi commerciali conformemente a detto accordo».

## I QUESITI

1. - Se il regolamento (CEE) del Consiglio 13 febbraio 1993, n. 404, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore della banana, come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 20 luglio 1998, n. 1637, il regolamento (CE) della Commissione 28 ottobre 1998, n. 2362, recante modalità d'applicazione del regolamento (CEE) n. 404/1993 del Consiglio, con riguardo al regime d'importazione delle banane nella Comunità, il regolamento (CE) della Commissione del 23 dicembre 1998, n. 2806, relativo al rilascio dei titoli d'importazione per le banane nel quadro dei contingenti tariffari e delle banane tradizionali ACP per il primo trimestre del 1999 e alla presentazione di nuove domande, il regolamento (CE) della Commissione 15 gennaio 1999, n. 102, relativo al rilascio di titoli d'importazione di banane nel quadro dei contingenti tariffari e delle banane ACP tradizionali per il primo trimestre del 1999 (secondo periodo) e il regolamento (CE) n. 608/1999 della Commissione del 19 marzo 1999 relativo al rilascio dei titoli d'importazione di banane nel quadro dei contingenti tariffari e delle banane ACP tradizionali per il secondo trimestre del 1999 e alla presentazione di nuove domande, violano gli artt. I, XIII, nn. 1 e 2, lett. d), del GATT 1994, letti separatamente o in combinato disposto, in quanto essi:

- istituiscono a favore di dodici paesi nominati nell'allegato del regolamento n. 1637/1998, un contingente comune per un massimo di 857.700 kg

di banane («banane ACP tradizionali») e, in subordine, in quanto tale contingente, nei limiti in cui è inteso nel sistema attuato dal regolamento n. 1637/1998 nel quale l'importazione di banane viene disciplinata solo in base al contingente tariffario, non è conforme ad una ripartizione che si avvicina al commercio senza restrizioni:

– costituiscono un contingente tariffario per un quantitativo totale di 2.535.000 tonnellate per gli stati terzi e per le banane ACP non tradizionali e successivamente ripartiscono percentualmente tale contingente tariffario in base ad un periodo non rappresentativo, considerato che il commercio di banane negli anni 1994–1996 era già assoggettato a talune condizioni limitative;

2. – Se i regolamenti menzionati supra, al n. 1, violino l'art. 4 dell'Accordo quadro 23 aprile 1993 tra la Comunità economica europea e l'accordo di Cartagena e i suoi paesi membri, in quanto con tale disposizione la Comunità europea si è impegnata a far regolare le sue relazioni con l'Ecuador dalle disposizioni del GATT e a riconoscere a tale paese il trattamento di nazione più favorita;

3. – Se i regolamenti della Comunità menzionati supra, al n. 1, violino il principio del legittimo affidamento e il principio di buona fede nel diritto pubblico internazionale e nel diritto consuetudinario internazionale, in quanto la Commissione non ottempera agli obblighi derivanti alla Comunità dal GATT 1994, in quanto la Commissione ha abusato di procedure giuridiche e non tiene conto della pronuncia di un organo internazionale di conciliazione e in quanto essa, nonostante le dichiarazioni rilasciate all'atto dell'adozione del regolamento n. 1637/1998, non ha elaborato un regime in cui le licenze d'importazione sono concesse ai «veri importatori».

– Se la Commissione abbia ecceduto le competenze attribuitele dal regolamento del Consiglio n. 404/1990, modificato dal regolamento n. 1637/1998, stabilendo un contingente tariffario per l'importazione di banane senza tener conto degli obblighi che derivano alla Comunità dal GATT 1994 e dal GATS, o che devono essere, eventualmente, considerati una norma giuridica positiva integrata nel diritto comunitario in conseguenza dell'intenzione manifestata di adeguare ai vigenti accordi O.M.C. il regime per l'importazione delle banane.

Le norme dell'O.M.C. non hanno effetto diretto nell'ordinamento giuridico comunitario e, pertanto, non possono essere invocate dai singoli. Da una giurisprudenza costante risulta che le disposizioni del GATT del 1947 erano sprovviste di carattere incondizionato e che non si poteva riconoscere loro il valore di norme di diritto internazionale direttamente applicabili negli ordinamenti giuridici interni dei contraenti (v. sentenza della Corte 5 ottobre 1994, causa C-280/1993, Germania/Consiglio. Tale giurisprudenza potrebbe essere applicata anche all'Accordo O.M.C. e ai suoi allegati giacché tali testi presentano le stesse particolarità che hanno indotto a negare l'effetto diretto alle disposizioni del GATT del 1947.

In ogni caso, così come si legge nel dispositivo della citata sentenza C-280/1993: «*Le particolarità dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio, che si caratterizza per una grande flessibilità delle sue disposizioni,*

*in particolare di quelle che riguardano le possibilità di deroga, i provvedimenti che possono essere presi in presenza di difficoltà eccezionali e la composizione di controversie tra i contraenti (...) mostrano che le norme dell'Accordo generale sono sprovviste di carattere incondizionato e che l'obbligo di riconoscere loro il valore di norme di diritto internazionale direttamente applicabili negli ordinamenti giuridici interni dei contraenti non può essere fondato sullo spirito, sulla struttura o sulla lettera dell'Accordo. In assenza di un siffatto obbligo derivante dall'Accordo stesso, solo nell'ipotesi in cui la Comunità abbia inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito del GATT o in quella in cui l'atto comunitario rinvii espressamente a precise disposizioni dell'Accordo generale la Corte è tenuta a controllare la legittimità dell'atto comunitario di cui trattasi alla luce delle norme del GATT».* (v. sentenze 22 giugno 1989, causa 70/1987, Fediol, e 7 maggio 1991, causa C-69/1989, Nakajima/Consiglio).

**Causa C-381/02 (domanda pregiudiziale) – Agricoltura – Organizzazione comune dei mercati ortofrutticoli – Fiera biologica – Organizzazioni di produttori – Imposizioni di contributi a produttori non aderenti – Regolamenti n. 72/1035 CEE e n. 83/3284/CEE – Ordinanza della Cour d'Appel de Caen – Sezioni Riunite del 17 ottobre 2002 (cons. 643/03, avv. M. Fiorilli).**

#### IL FATTO

La causa riguarda il pagamento dei contributi alle organizzazioni agricole da parte di produttori non aderenti che operano nel mercato biologico. Nella fattispecie il ricorrente, un'organizzazione di produttori francese, agisce in giudizio contro due produttori di ortaggi provenienti dall'agricoltura biologica per il pagamento dei contributi relativi alla produzione di cavolfiori degli anni 1992-1993. Il Tribunale di primo grado di Morlaix respinge le richieste del ricorrente, ma la Corte d'Appello di Rennes, annullando tale decisione, condanna i convenuti al pagamento dei contributi maggiorati del tasso di interesse.

#### IL QUESITO

Se uno Stato membro può, senza violare il principio di non discriminazione, applicare le disposizioni dell'art. 15 ter, nn. 1 e 8 del regolamento (CEE) del Consiglio 18 maggio 1972, n. 1035, rendendo talune norme sulla produzione e sulla commercializzazione obbligatorie per i produttori stabiliti nella circoscrizione di un Comitato economico e non aderenti a quest'ultimo, ed assoggettandoli al pagamento di tutti o parte dei contributi versati dai produttori aderenti, senza distinguere a seconda che detti produttori non aderenti partecipino o meno ad una filiera regolamentata a norma di legge che, quale la filiera biologica, renderebbe l'attività del Comitato economico, per quanto li riguarda, priva d'interesse, o di interesse soltanto occasionale e marginale.

#### NOTA

*I comitati economici, riconosciuti dal Ministero dell'Agricoltura francese, hanno come obiettivo l'armonizzazione nell'ambito di una determinata regione e per un medesimo settore produttivo delle regole stabilite dalle associazioni di*

*produttori. Essi hanno il potere di emanare norme vincolanti per le organizzazioni che ne sono membri e per i loro aderenti e sono autorizzati, da un lato, al prelievo, nei confronti dei membri, di un diritto di iscrizione e dall'altro a chiedere ai propri aderenti diversi contributi al fine di assicurare il proprio funzionamento, il sostegno dei mercati e le azioni di interesse generale.*

*Il regolamento 18 maggio 1972, n. 1035, riguardante l'organizzazione comune dei mercati nel settore degli ortofrutticoli, così come modificato e completato dal regolamento (CEE) del Consiglio 14 novembre 1983, n. 3284, stabilisce, all'art. 15 ter, che gli Stati membri possono, a talune condizioni, estendere all'insieme dei produttori non aderenti stabiliti in una circoscrizione economica determinata talune norme, quali le disposizioni in materia di ritiro dal mercato, di conoscenza della produzione, di produzione e di commercializzazione, adottate per i suoi membri da un'organizzazione di produttori considerata rappresentativa della produzione e dei produttori di questa circoscrizione. Il n. 8 di tale articolo prevede che, per quanto riguarda l'applicazione del paragrafo 1, lo Stato membro interessato può decidere che i produttori non aderenti sono debitori verso l'organizzazione o, all'occorrenza, verso l'associazione, del totale o di una parte delle quote versate dai produttori aderenti, nella misura in cui queste siano destinate a coprire.*

*Il regolamento del Consiglio (CEE) 14 novembre 1983, n. 3285, fissa, inoltre, le norme generali relative all'estensione, elencando le condizioni preliminari e le regole suscettibili di essere estese ai produttori non aderenti.*

*Investita di una domanda pregiudiziale, nell'ambito di una distinta controversia tra lo stesso ricorrente ed un diverso convenuto, la Corte di giustizia ha dichiarato (sentenza 13 luglio 2000, UNILET e CERAFEL, causa C-117/1999), che l'art. 15 ter n. 8, del regolamento 1035/1972/CEE, deve essere interpretato nel senso che, qualora uno Stato membro che abbia applicato il n. 1 di questa norma rendendo talune norme di produzione e di commercializzazione emanate da un'organizzazione di produttori, obbligatorie per produttori stabiliti nella circoscrizione e non aderenti a tale organizzazione, esso ha il diritto, per un medesimo prodotto, di non assoggettare taluni di tali produttori non aderenti all'obbligo di versare contributi, ove la loro produzione non sia destinata al mercato del prodotto fresco, ma alla trasformazione industriale.*

*Per le sue concrete peculiarità, l'agricoltura biologica è soggetta a regole di produzione e commercializzazione specifiche. L'attività del ricorrente non è rivolta agli agricoltori che partecipano alla filiera biologica, anche se essi possono beneficiare, occasionalmente e marginalmente, delle sue azioni. Le norme emanate dal ricorrente hanno, sostanzialmente, il fine di sostenere il mercato, fortemente eccedentario, dei prodotti derivanti dall'agricoltura convenzionale. Al contrario, il mercato dei prodotti derivanti dall'agricoltura biologica è deficitario e, di conseguenza, i produttori che hanno scelto il metodo di produzione biologico non beneficiano delle iniziative condotte dal ricorrente relativamente al sostegno dei mercati, alle modalità d'intervento e all'applicazione del prezzo di ritiro. I convenuti, pertanto, sostengono che imporre loro un obbligo di contribuzione nei confronti dell'ente ricorrente, comporterebbe la conseguenza che essi dovrebbero sopportare i costi del sostegno e della regolamentazione di un mercato sul quale non intervengono.*

*In tale caso sarebbe, dunque, ravvisabile una violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 34, n. 2 del Trattato di Roma. Tale principio impone, infatti, di non trattare situazioni analoghe in maniera differenziata e situazioni diverse in maniera uguale, a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato.*

**Causa C-396/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Tariffa Doganale Comune – Veicoli destinati al trasporto e scarico di materiali – Qualifica di *dumper* – Voce 8704 TDC regolamento 92/396/CEE – Ordinanza del «Gerechtshof» (Paesi Bassi) emessa l'8 novembre 2002, notificata il 14 gennaio 2003 (cons. 4135/03, avv. A. Cingolo).**

#### IL FATTO

La società Maveco Maschinel Hendelsgesellschaft mbh di Fend (D) nel periodo 1995/1996 ha presentato all'Ufficio doganale di Rotterdam due dichiarazioni doganali di immissione in libera pratica per i «*minitrac*» tipi 709, 1005 e 1302, le merci in questione sono state dichiarate dalla ditta importatrice sotto la voce 8704 10 19 della Tariffa doganale Comune, mentre la dogana le ha classificate alla voce Doganale 8704 21 91.

La parte ricorrente sostiene che, secondo la tariffa vengono classificati come «*dumper*» veicoli costruiti con materiali robusti e solidi (a prescindere dalle loro dimensioni) che servono per il trasporto di sabbia, ghiaia, pietra, terra e simili e sono provvisti di cassone ribaltabile oppure apribile dal basso.

Nel caso di specie si tratta dei cosiddetti «*Minitrac*».

Tuttavia la parte ricorrente sostiene che esistono versioni leggere per trasporti leggeri e versioni pesanti per lavori di movimento di terra. Gli autocarri ribaltabili oggetto della controversia sono destinati a lavori pesanti che però hanno una funzione analoga ai «*dumper*» e quindi è errato ritenere che un autocarro ribaltabile debba avere una determinata struttura e forma, e che il ribaltamento del cassone debba avvenire mediante un apparato semplice (meccanico e manuale).

#### IL QUESITO

Se sia o meno possibile utilizzare la qualifica di *dumper* – di cui alla voce 8704 10 della Tariffa doganale Comune – per autoveicoli progettati per essere usati fuori della rete stradale, destinati al trasporto e allo scarico di materiale e provvisti, in particolare, a tal fine di un meccanismo di ribaltamento complesso, flessibile e preciso.

**Causa C-400/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Indennità di transizione erogata da Stato membro diverso da quello di residenza – Base di calcolo – Imposta sul reddito fittizia – Art. 39 Trattato CE – Ordinanza del «Bundesarbeitsgericht» (Germania) emessa il 27 giugno 2002, notificata il 28 gennaio 2003 (cons. 4309/03, Avv. A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Il ricorrente è cittadino francese e risiede in Alsazia, fino al 30 novembre 1999 è stato dipendente delle forze armate di stationamento francesi a Baden-Baden. Il suo rapporto di lavoro è cessato nella predetta data, a

seguito dello scioglimento delle forze armate di stazionamento. Il ricorrente, lavoratore transfrontaliero, è esentato dal versamento dell'imposta sui redditi tedesca in quanto i suoi redditi sono soggetti alla relativa imposta in Francia con l'aliquota ivi prevista.

A seguito della cessazione del rapporto di lavoro, egli percepisce le prestazioni di disoccupazione francese dal febbraio 2000. Inoltre percepisce dalla Repubblica Federale di Germania, ai sensi del contratto collettivo del 31 agosto 1971 relativo alla previdenza sociale dei lavoratori delle forze armate di stazionamento sul territorio della RFT, una «indennità di transizione» il cui scopo è quello di favorire l'inserimento nel mercato del lavoro tedesco dei lavoratori non occupati, in modo da realizzare la parità di trattamento di tutti i lavoratori legittimati.

Ai fini della determinazione dell'indennità suddetta, il competente Ente tedesco ha dettato dalla base di calcolo l'imposta dei redditi fittizia prevista dalla legge tedesca ed ha aggiunto all'indennità di transizione il sussidio di disoccupazione francese.

Il ricorrente sostiene che i calcoli effettuati dalla parte resistente si sono illegittimamente basati unicamente sulla legge tedesca senza tener conto del fatto che egli risiede in Francia dove è già soggetto ad imposta. In virtù della convenzione contro le doppie imposizioni, il ricorrente risulta esentato dall'imposta sui redditi in Germania, pertanto, la detrazione fittizia dell'imposta sui redditi operata per la determinazione dell'indennità di transizione sarebbe illegittima. Il ricorrente, a seguito dei calcoli così effettuati, sarebbe soggetto ad un doppio onere impositivo e ciò comporterebbe una violazione del diritto comunitario (art. 39 CE).

#### IL QUESITO

Se costituisca violazione dell'art. 39 CE il fatto che ai fini della determinazione della base di calcolo dell'indennità di transizione di cui al paragrafo 4, n. 1, lettera *b*) TV SozSich, occorra fare riferimento all'imposta sui redditi tedesca fittizia (ai sensi del paragrafo 4, n. 3, lettera *b*), secondo capoverso, TV SozSich), quando l'ex lavoratore risieda all'estero e sia ivi soggetto ad imposta.

**Causa C – 425/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Trasferimento d'impresa – Diritti dei lavoratori – Passaggio da cedente privato a cessionario pubblico** – Direttive numeri 77/187/CEE e 2001/23/CE – Ordinanza della «Cour Administrative» (Lussemburgo) del 21 novembre 2002, notificata il 14 gennaio 2003 (cons. 2938/03, avv. A. Cingolo).

#### IL FATTO

La sig.ra Delahaye, dipendente della società Foprogest, ceduta dal socio privato ad un acquirente pubblico, ha impugnato un provvedimento amministrativo volto a mutare lo *status* giuridico ed economico di cui era precedentemente titolare, al fine di omologarlo al diverso (e ritenuto pregiudizievole) *status* giuridico ed economico degli altri dipendenti pubblici spettante alle società controllate dall'acquirente pubblico.

L'acquirente pubblico ha fondato tale modifica delle condizioni della lavoratrice Delahaye sulla eccezione di cui all'art. 36 della legge 24 maggio 1989 (attuativa della direttiva n. 77/187 come modificata), la quale consente di attuare il trasferimento di diritti ed obblighi del personale «solo nei limiti della compatibilità delle norme di diritto pubblico». Poiché il trattamento economico dei lavoratori in Lussemburgo è dettato da inderogabili norme di legge, il Granducato ha ritenuto di dover così adeguare anche il trattamento della ricorrente Delahaye.

#### IL QUESITO

Se, alla luce delle disposizioni delle direttive numeri 77/187/CEE, 98/50/CE e 2001/23/CE, in caso di trasferimenti di impresa da un'associazione senza fini di lucro, persona giuridica di diritto privato, verso lo Stato, quest'ultimo, in qualità di cessionario, possa essere ammesso a realizzare l'assunzione dei diritti e degli obblighi del cedente solo nei limiti in cui questi siano compatibili con le sue norme di diritto pubblico, in particolare in materia di retribuzione, in cui le modalità e gli importi degli assegni sono fissati mediante regolamento granducale, considerato peraltro che dallo *status* di impiegato pubblico derivano, per i dipendenti di cui trattasi, vantaggi giuridici, segnatamente in materia di sviluppo di carriera e di stabilità dell'impiego, e che gli agenti di cui trattasi, in caso di dissenso sulle «modifiche sostanziali» del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 4, n. 2, delle direttive, conservano il diritto di chiedere la rescissione di tale rapporto secondo le modalità menzionate al testo in questione.

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

*«Il Governo Italiano ritiene che le questioni pregiudiziali poste dal giudice lussemburghese debbano essere risolte nel senso che, fermo il principio generale per cui il trasferimento o la cessione di azienda da un titolare all'altro non può determinare una modifica peggiorativa del trattamento economico e giuridico per i lavoratori ceduti, nel caso di passaggio a datore di lavoro statale con inserimento nella relativa organizzazione, l'acquisizione dello status di pubblico dipendente costituisce di per se stessa adeguata garanzia di un trattamento complessivamente non deteriore rispetto a quello di provenienza.*

*Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza 26 settembre 2000 C-175/1999 e del 15 ottobre 1996 C-298/1994) gli articoli 1, n. i e 2, lett. b), della direttiva n. 77/187/CEE e successive modifiche si riferiscono espressamente alla ipotesi del trasferimento di un'attività economica da una società privata ad una persona giuridica di diritto pubblico. Esulano invece dalla sfera di applicazione della direttiva le ipotesi di riorganizzazione di strutture della Pubblica Amministrazione o il trasferimento di funzioni amministrative tra Pubbliche Amministrazioni.*

*L'applicabilità delle direttive numeri 77/187/CEE, 9850CE e 2001/23/CE ai casi di trasferimento da imprese private a soggetti pubblici è espressamente contemplato nell'art. 1, n. 1, lett. c), della direttiva n. 9850/CE, laddove si prevede che «la presente direttiva si applica alle imprese pubbliche o private che*

*esercitano un'attività economica, che perseguano o meno uno scopo di lucro. Una riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici o il trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici non costituisce trasferimento ai sensi della presente direttiva.*

*Inoltre l'art. 2 definisce il cessionario come «ogni persona fisica o giuridica che, in conseguenza di un trasferimento a norma dell'art. 1, paragrafo i, acquisisce la veste di imprenditore rispetto all'impresa, allo stabilimento o a parte dello stabilimento.*

*In linea generale, dunque, secondo il diritto comunitario le disposizioni volte a garantire la continuità dei rapporti di lavoro per i lavoratori ceduti sono applicabili anche nel caso di trasferimento o di cessione di azienda da soggetto privato a soggetto pubblico.*

*Peraltro, come chiarito dalla Corte di Giustizia nella ricordata sentenza 26 settembre 2000 (C-175/1999 Mayeur) il principio stesso trova applicazione solo allorquando «l'entità ceduta conservi la propria identità», rimanendo quindi autonoma e distinta, sul piano oggettivo, rispetto all'attività pubblica in generale.*

*Ciò comporta che se, invece, l'attività precedentemente svolta in forma privatistica viene riorganizzata attraverso un procedimento di «pubblicizzazione», in esito al quale essa viene a far parte dei compiti istituzionali dell'azienda statale, non vi è ragione di ritenere applicabile il principio di continuità in questione.*

*Tale conseguenza non deriva da una esenzione soggettiva dello Stato dal principio stesso – esenzione che non troverebbe alcuna accettabile giustificazione – quanto invece dalla diversa natura assunta dall'attività precedentemente esercitata in forma privatistica, nel momento in cui essa viene ad essere assorbita nell'organizzazione generale dello Stato.*

*Da un lato, infatti, ciò significa che si tratta di attività ritenuta essenzialmente pubblica, dall'altro il suo inserimento nell'organizzazione statale esclude che il trattamento dei dipendenti provenienti dall'impresa privata possa restare in qualche modo differenziato, e ciò per evidenti ragioni di parità sia soggettiva che oggettiva rispetto agli altri dipendenti statali.*

*Tale conclusione coincide, del resto, con quanto affermato nella richiamata direttiva n. 98/50/CE laddove precisa che la riorganizzazione amministrativa non costituisce trasferimento agli effetti della direttiva stessa: non vi è ragione logica per doversi escludere l'applicabilità di tale deroga nel caso di passaggio di un'attività dal privato allo Stato.*

*In ragione di quanto sin qui considerato e dedotto, il Governo Italiano suggerisce di rispondere al quesito posto dal giudice lussemburghese nei seguenti termini.*

*«Non è incompatibile con l'ordinamento comunitario una normativa nazionale che, in ipotesi di trasferimento dell'attività svolta da una impresa privata allo Stato, consenta al medesimo di assumere i diritti e gli obblighi del cedente verso i lavoratori solo nei limiti delle norme sullo status generale dei pubblici dipendenti. (f.to avv. Antonio Cingolo)».*



**Causa C-428/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – IVA – Locazione posti barca – Nozione di locazione beni immobili – Art. 13, parte B, lett. b), n. 2 direttiva n. 77/388/CEE – Ordinanza del «Vestre Landsret» (Danimarca) emessa il 15 novembre 2002 (cons. 1811/03, avv. A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Con la predetta ordinanza è stato chiesto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, sull'interpretazione dell'art. 13, parte B, lett. b), n. 2 della sesta direttiva IVA (Consiglio 77/377/CEE), con successive modifiche.

Il caso concerne due cause riunite riguardanti la questione se i proventi della locazione di posti barca in un porto per imbarcazioni da diporto, nonché di posti a terra per la rimessa invernale di imbarcazioni da diporto, debbano essere inclusi nella base imponibile per il calcolo dell'IVA.

#### I QUESITI

- 1 – Se l'espressione «locazione di beni immobili» comprende la locazione di un posto barca;
- 2 – Se il termine «*koretojer*» comprende le barche.

**Causa C-429/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Pubblicità di bevande alcoliche attraverso il mezzo televisivo – Direttiva 89/522/CEE detta «Televisione senza frontiere» – Art. 49 trattato C.E. – Ordinanze della Cour de Cassation (Francia) del 19 novembre 2002 – Iscritta il 27 novembre 2002 (cons. 2942/03, avv. M. Fiorilli).**

#### IL FATTO

La questione *de qua* risulta nata nell'ambito di una controversia legale tra la società Bracardi-Martini che, per la promozione delle bevande alcoliche dalla stessa commercializzate, decideva di avvalersi di pannelli pubblicitari ubicati in particolare intorno agli stadi sportivi e la società TF1 nonché quelle che per conto di questa negoziano i diritti di ritrasmissione televisiva delle partite di calcio, per avere queste ultime esercitato pressioni sui club stranieri inducendoli a rifiutare l'accesso dei marchi Bacardi-Martini ai pannelli pubblicitari situati intorno agli stadi.

La normativa francese (cosiddetta legge Evian) proibisce la pubblicità televisiva di bevande alcoliche, per ragioni legate alla protezione della salute.

#### I QUESITI

1. – Se la direttiva 3 ottobre 1989, 89/552/CEE, detta «Televisione senza frontiere», nella versione anteriore a quella risultante dalla direttiva 30 giugno 1997, 97/36/CE, si opponga a che una normativa interna come gli articoli L. 17 – L. 21 del codice francese delle rivendite di bevande e l'art. 8 del decreto 27 marzo 1992, n. 92280 proibisca, per ragioni legate alla protezione della salute e con la minaccia di sanzioni penali, la pubblicità alla televisione per le bevande alcoliche, siano esse di origine nazionale o proven-

gano da altri Stati membri dell'Unione, sia che si tratti di spot pubblicitari ai sensi dell'art. 10 della direttiva o di pubblicità indiretta risultante dall'apparizione in televisione di pannelli che promuovono bevande alcoliche senza costituire tuttavia la pubblicità clandestina di cui all'art. 1, lettera c), della direttiva.

2. – Se l'art. 49 del Trattato CE e il principio di libera circolazione delle emissioni televisive all'interno dell'Unione debbano essere interpretati nel senso che essi si oppongono a che una normativa nazionale, come quella di cui agli artt. L. 17 – L. 21 del codice francese delle rivendite di bevande e all'art. 8 del decreto 27 marzo 1992, n. 92280, che proibisca, per ragioni legate alla protezione della salute e con la minaccia di sanzioni penali, la pubblicità alla televisione per le bevande alcoliche, siano esse di origine nazionale o provengano da altri Stati membri dell'Unione, sia che si tratti di spot pubblicitari ai sensi dell'art. 10 della direttiva o di pubblicità indiretta risultante dall'apparizione in televisione di pannelli che promuovono bevande alcoliche senza costituire tuttavia la pubblicità clandestina di cui all'art. 1, lettera c), della direttiva, abbia come effetto che gli operatori incaricati della diffusione e della distribuzione dei programmi televisivi:

a) si astengano dal procedere alla diffusione di programmi televisivi, quali, in particolare, la ritrasmissione di incontri sportivi, che abbiano luogo in Francia o in altri Paesi dell'Unione, poiché vi figurano pubblicità proibite ai sensi del codice francese delle rivendite di bevande;

b) o vi procedano alla condizione che non appaiano le pubblicità proibite ai sensi del codice francese delle rivendite di bevande, impedendo così la conclusione di contratti pubblicitari relativi alle bevande alcoliche, siano esse di origine nazionale o provengano da altri Stati membri dell'Unione.

#### NOTA

*La normativa francese (c.d. legge Evian) proibisce la pubblicità televisiva di bevande alcoliche per ragioni legate alla protezione della salute.*

*In linea di principio detta normativa non si pone in contrasto con il diritto comunitario, atteso che in una sentenza del 25 luglio 1991 la Corte di giustizia, adita in forza dell'art. 177 del Trattato, dichiarava che «la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata soltanto da norme giustificate da motivi imperativi di pubblico interesse», e, che la stessa Corte ha annoverato tra i predetti motivi imperativi la lotta contro l'alcolismo, sotto tutte le sue forme, e la protezione della salute.*

*Tuttavia, ad una analisi più attenta del diritto comunitario che sull'argomento prende posizione attraverso la direttiva 89/552/CEE, la soluzione della questione potrebbe non essere così lineare. La direttiva in parola, infatti, attraverso formulazioni sufficientemente precise e incondizionate, tali pertanto da produrre effetto diretto, dopo avere enunciato a livello di principio «gli Stati membri assicurano la libertà di ricezione e non ostacolano la ritrasmissione sul proprio territorio di trasmissioni televisive provenienti da altri Stati membri» precisa le condizioni alle quali è ammissibile la pubblicità televisiva di bevande alcoliche, condizioni che sembrano rispettate dalla società Bacardi nella promozione dei suoi prodotti.*

*Alla luce di quanto innanzi esposto sarebbe da affermare che alla Francia, come ad ogni altro Stato membro dell'Unione, è concessa piena libertà di limitare o piuttosto vietare in modo assoluto ogni sorta di pubblicità afferente alle bevande alcoliche, inserendosi una simile scena nell'ambito di una politica di protezione della salute e lotta all'alcolismo.*

*Senonché, se risultasse, conforme a verità che parallelamente si è consentito ad altre società interessate nella commercializzazione di bevande alcoliche la medesima pubblicità vietata alla Bacardi, non si potrebbe che concludere per una violazione dell'art. 49 del Trattato CE nonché della direttiva sopra richiamata, non sorretta dalla giustificazione della sussistenza di motivi imperativi di interesse pubblico, e quindi non avallabile alla stregua del diritto comunitario.*

*Il problema della libera prestazione dei servizi, con riferimento al rifiuto di affiggere messaggi pubblicitari per bevande alcoliche nel corso di eventi sportivi oggetto di trasmissione televisiva in un altro Stato membro, è già stato sottoposto all'attenzione della Corte nel corso di un procedimento contenzioso sorto nel Regno Unito fra Bacardi-Martini S.a.s. & Collier de Dauphin c/Newcastle U. Football Company Ltd – causa C-318/00 – avente ad oggetto la compatibilità della c.d. legge Company Ltd – causa C-318/00 – avente ad oggetto la compatibilità della c.d. legge Evin con l'art. 49 TCE. La relativa sentenza, tuttavia, non ha fornito elementi utili alla soluzione del caso in esame in quanto la Corte ha dichiarato irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale a suo tempo formulata dal giudice inglese poiché: « si deve constatare che la Corte non dispone di elementi da cui emerga la necessità di pronunciarsi sulla compatibilità con il Trattato di una normativa di uno Stato membro (la Francia) diverso da quello del giudice del rinvio» (punto 53 della sentenza 21 gennaio 2003).*

**Causa C-435/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Libero esercizio di attività professionale ed imprenditoriale – S.a.s. editrice di giornali – Pubblicità dei bilanci – Soggetti legittimati – Direttiva 90/605/CEE – Art. 47 della direttiva 78/660/CEE – Ordinanza del «Landegericht» (Germania) emessa il 25 novembre 2002, notificata il 5 febbraio 2003 (cons. 3809/03, avv. O. Fiumara)**

#### IL FATTO

Nel caso di specie la ricorrente – una s.a.s. editrice di giornali avente quale socio personalmente responsabile una s.r.l. – ha proposto appello contro la decisione della pretura di Essen che, su istanza di un'altra casa editrice, le ha inflitto una pena pecuniaria per la mancata pubblicazione dei bilanci.

Il codice di commercio tedesco (cd. HGB) impone ai legali rappresentanti della società di capitali di redigere un bilancio annuale, accompagnato da una relazione sulla gestione, e di depositarlo presso il Registro del commercio (cfr. § 325, n. 1, prima frase, HGB). La disposizione si applica anche alle s.n.c. e alle s.a.s. in cui nessuno dei soci personalmente responsabili sia una persona fisica o una s.n.c., una s.a.s., o qualsiasi altra società di persone che preveda una persona fisica quale socio personalmente responsabile (cfr. § 264a, n. 1, HGB). Da qui l'estensione della disci-

plina al ricorrente. Pertanto, in tale normativa, non è prevista alcuna limitazione della legittimazione di accesso all'informazione, sicché chiunque sarebbe legittimato in tal senso.

L'art. 47, n. 1, della direttiva 78/660/CEE dispone: «*I conti annuali regolarmente approvati e la relazione sulla gestione, nonché la relazione redatta dalla persona incaricata dalla revisione di conti, formano oggetto di una pubblicità effettuata nei modi prescritti dalla legislazione di ogni Stato membro conformemente all'art. 3 della direttiva 68/151/CEE*».

#### I QUESITI

Sono state sottoposte le seguenti questioni pregiudiziali:

1. – Se la direttiva 90/605/CEE (che modifica le direttive 78/660/CE e 83/349/CEE, relative rispettivamente ai conti annuali e ai conti consolidati per quanto riguarda il loro campo d'applicazione), in combinato disposto con l'art. 47 della direttiva 78/660/CEE, sia compatibile con le norme comunitarie in materia di libero esercizio di attività professionale e imprenditoriale, nonché con quelle sulla libertà di stampa e sulla libera diffusione di programmi radiofonici e televisivi. La normativa in questione infatti non prevede alcuna limitazione relativamente all'ambito dei soggetti legittimati a prendere visione dei bilanci.

2. – Se la direttiva 90/605/CEE sia compatibile con il principio di uguaglianza. La s.a.s. avente per accomandatario una s.r.l. sarebbe infatti pregiudicata rispetto alla s.a.s. il cui socio accomandatario è una persona fisica.

**C-440/02 (Commissione c/o. Repubblica Italiana) – Ricorso per inadempimento Attività professionali disciplinate da direttive di liberalizzazione e da direttive recanti misure transitorie – Meccanismi di riconoscimento delle qualifiche – Sistema generale di riconoscimento qualifiche – Direttiva 99/42/CEE (cont. 663/03, avv. 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, o comunque notificato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 1999/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 giugno 1999, che istituisce un meccanismo di riconoscimento delle qualifiche per le attività professionali disciplinate dalle direttive di liberalizzazione e dalle direttive recanti misure transitorie e che completa il sistema generale di riconoscimento delle qualifiche, è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in virtù di tale direttiva.

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

«*L'asserito inadempimento all'obbligo di attuazione dell'articolo 14 della direttiva n. 1999/42/CE non sussiste, avendo il legislatore italiano provveduto all'adeguamento (trenta giorni prima della proposizione del ricorso da parte della Commissione CE) con il decreto legislativo 20 settembre 2002, n. 229, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 22 ottobre 2002, n. 248.*

*Con l'emissione di tale decreto legislativo – il cui testo si produce in allegato al presente atto – è stato ultimato il complesso iter per la recezione della direttiva, già peraltro intrapreso e comunicato fin nel corso del 2001, come risulta dalla corrispondenza intercorsa in proposito con la Commissione, e che pure si produce in atti.*

*Essendo stata data attuazione alla direttiva ed essendo così venuta meno, nella sostanza, la materia del contendere, il Governo Italiano invita la Commissione a rinunciare al ricorso proposto, nel consueto spirito di collaborazione. In diversa ipotesi conclude chiedendo che il ricorso stesso sia respinto, perché non fondato. (f.to avv. Antonio Cingolo)».*

**Causa C-444/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Banche dati – Calendari di campionato di calcio – Diritto *sui generis* – Estrazione e reimpiego di parti sostanziali e non sostanziali della banca dati – Art. 7 direttiva 96/99/CE – Ordinanza del Monomeles Protodixeio (Grecia) dell'11 luglio 2002 – Iscritta il 9 dicembre 2002 (cons. 5028/03, avv. M. Fiorilli).**

#### IL FATTO

Le questioni sollevate traggono origine dal ricorso proposto dalla società «*Football Fixtures Limited*» – concessionaria del diritto di gestione e sfruttamento, al di fuori della Gran Bretagna, dei diritti di proprietà intellettuale sui calendari dei campionati di calcio delle leghe calcistiche britanniche – avverso la società greca OPAP, che avrebbe senza autorizzazione estratto ripetutamente un gran numero di dati riportandoli in bollettini dalla stessa pubblicati.

#### I QUESITI

1. – Che cosa si intende per banca di dati e qual'è l'ambito di applicazione della direttiva 96/99/CEE, e in particolare del suo art. 7, che fa riferimento al diritto *sui generis*.

2. – Alla luce della delimitazione dell'ambito di applicazione della direttiva, se i calendari dei campionati di calcio meritino tutela in quanto banche di dati sulle quali vi è un diritto *sui generis* del costituente, e a quali condizioni.

3. – In che modo esattamente viene lesa il diritto sulla banca di dati e se tale diritto sia tutelato in caso di modifica del contenuto della banca di dati.

#### NOTA

*La direttiva 96/99/CEE tutela (artt. 1 e 3) tutte le banche di dati, qualunque ne sia la forma – purché consistenti in «una raccolta di opere, dati o elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a metodi elettronici o in altro modo» che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell'ingegno del proprio autore.*

*Parallelamente al diritto di proprietà intellettuale, e a prescindere dallo stesso, la direttiva attribuisce al costituente di una banca di dati un diritto *sui generis* (art. 7) che si sostanzia nel vietare l'estrazione e il reimpiego ripetuti e sistematici di parti sostanziali, da un punto di vista quantitativo o qualitativo, del contenuto*

della banca di dati, qualora a fronte della sua elaborazione sia intervenuto un investimento notevole di energie fisiche, mentali e/o di risorse economiche, nonché di «parti non sostanziali» *qualora ne derivi un «pregiudizio ingiustificato» per il suo costituente. In altri termini, si vieta l'organizzazione, ad opera di soggetti diversi dal costituente, di un'attività lucrativa che si avvalga, presupponendola, dell'elaborazione dei dati contenuta nella banca laddove essa comporti un «pregiudizio ingiustificato», ovvero non giustificato dalla corresponsione di un equo compenso dovuto in ragione dello sfruttamento.*

*Il diritto sui generis previsto dalla direttiva si atteggia, infatti, quale diritto esclusivo, paragonabile ad una forma di monopolio legale simile a quello costituito con il brevetto dell'invenzione, diritto che in quanto tale verrebbe sostanzialmente snaturato se chiunque potesse trarre profitto da un suo sfruttamento in assenza di apposita autorizzazione del titolare.*

**Causa C-450/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Lavoratori distaccati sul territorio di altro Stato membro – Ritenuta alla fonte – Esenzione – Art. 40 CE – Ordinanza del «Bundesfinanzhof» (Germania) emessa il 4 settembre 2002, notificata l'11 febbraio 2003 (cons. 4825/03, avv. A. Cingolo).**

#### IL FATTO

La ricorrente (e resistente in Cassazione) è una società di capitali con sede in Gran Bretagna che ha distaccato sul territorio tedesco lavoratori britannici a seguito di regolare autorizzazione ottenuta dall'Ufficio del lavoro competente in base alla legge tedesca relativa al distacco dei lavoratori. La ricorrente, tuttavia, non possiede un proprio stabilimento sul territorio nazionale tedesco.

In ordine ad uno dei propri dipendenti, residente in Gran Bretagna e distaccato in Germania nel periodo compreso tra il 30 ottobre ed il 16 novembre 1996, la ricorrente ha chiesto la certificazione di esenzione dall'imposta ai sensi della legge tedesca in materia di imposte sui redditi e della Convenzione contro le doppie imposizioni conclusa tra Regno Unito e Repubblica Federale di Germania (Convenzione RFT-G.B.).

Il competente Ufficio delle imposte tedesco ha respinto la richiesta ritenendo che i lavoratori distaccati in Germania fossero soggetti all'obbligo di ritenuta alla fonte delle imposte sui redditi.

Ai sensi della Convenzione RFT-G.B. – articolo XI, secondo comma – il reddito è imponibile unicamente nello Stato di residenza, mentre qualora l'attività di lavoro venga svolta nel territorio dell'altro Stato contraente a titolo non transitorio è imponibile nel suddetto Stato. Il lavoratore svolge attività lavorativa a titolo transitorio quando il suo soggiorno sul territorio dell'altro Stato contraente non supera i 183 giorni.

Nel caso di specie, il soggiorno è stato inferiore a 183 giorni e la retribuzione non è stata erogata da uno stabilimento o da una sede fissa della ricorrente in Germania; risulta, pertanto, rilevante accertare quale soggetto sia da considerare datore di lavoro del lavoratore distaccato in Germania.

Il Bundesfinanzhof, secondo la propria giurisprudenza ha ritenuto di dover interpretare la nozione di datore di lavoro alla luce della Convenzione RFT-G.B.; ai sensi di tale Convenzione, si può considerare quale datore di lavoro il soggetto che provveda, sotto il profilo economico, alla retribuzione per l'attività di lavoro dipendente svolta, sia che la retribuzione venga direttamente versata al lavoratore interessato, sia che un'altra impresa provveda ad anticiparla al lavoratore per conto del datore stesso. Nel caso di specie, quindi, il datore di lavoro è da considerare la ricorrente.

#### IL QUESITO

Se costituisca violazione dell'art. 49 del Trattato CE (divenuto art. 40 CE) il fatto che, nel caso in cui la retribuzione versata ad un lavoratore dipendente debba essere esentata dalle imposte sui redditi in base ad una Convenzione contro le doppie imposizioni, uno Stato membro esenti dall'obbligo di effettuazione della ritenuta alla fonte il datore di lavoro nazionale ma non il datore di lavoro straniero che distacchi propri lavoratori sul territorio dello Stato medesimo.

**Causa C-456/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) - Diritto di soggiorno - libera circolazione - Cittadinanza dell'Unione - Diritto al *minimex* - Art. 39, 49 e 49 CE - Regolamento 1612/68 - Direttiva 90/364/CE - Ordinanza del «Tribunal du travail» (Belgio) emessa il 21 novembre 2002, notificata il 28 gennaio 2003 (cons. 3313/03, Avv. A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Un cittadino francese, residente legalmente in Belgio, si è visto negare dal Centre public d'aide sociale (di seguito CPAS) di Bruxelles, la concessione di un *minimex* (cioè un minimo di mezzi di sussistenza). L'attore esegue delle prestazioni a vantaggio della casa d'accoglienza presso cui dimora, ricevendo in cambio delle controprestazioni in natura che soddisfano i suoi bisogni vitali. Tali controprestazioni non legittimano, a giudizio del convenuto CPAS, la concessione del diritto di soggiorno, e di conseguenza, nemmeno l'attribuzione del *minimex*. Il convenuto infatti eccepisce che il diritto di soggiorno non è assoluto: coloro che non sono o non sono più lavoratori subordinati devono disporre di risorse sufficienti per non risultare un onere per il Paese ospitante.

L'attore, impugnando la decisione del CPAS, sostiene la violazione delle norme del Trattato ed, in particolare, una violazione dell'art. 12 CE che vieta ogni discriminazione effettuata in base alla cittadinanza, nonché degli articoli 17 e 18 CE relativi alla cittadinanza dell'Unione ed ai diritti di libera circolazione e di soggiorno riconosciuti ai cittadini dell'Unione stessa.

#### I QUESITI

1. – Se un cittadino dell'Unione che soggiorni legalmente in un altro Stato membro, che non disponga di risorse sufficienti ma che esegua delle prestazioni per le quali riceve delle controprestazioni in natura, possa rivendicare un diritto di soggiorno:

a) in qualità di lavoratore ai sensi dell'art. 39 del trattato CEE o dell'art. 7 del Regolamento n. 1912/68, o

b) in qualità di lavoratore che esercita un'attività non salariata ai sensi dell'art. 43 del Trattato CEE, o

c) in qualità di prestatore o di destinatario, beneficiario di prestazioni di servizi, ai sensi dell'art. 49 del Trattato CE, o

d) semplicemente per il fatto che egli partecipi ad un progetto finalizzato al suo inserimento professionale.

2. – In caso di risposta negativa al precedente quesito, se egli possa invocare direttamente l'art. 18 del Trattato, in quanto cittadino europeo, e in tal caso:

a) come vadano interpretate le limitazioni imposte dalla direttiva 90/364/CE, che subordina la concessione del diritto di soggiorno al possesso di un'assicurazione malattia e di risorse sufficienti.

3. – Se, ritenendo il diritto di soggiorno automaticamente acquisito sulla base della cittadinanza dell'Unione, lo Stato ospitante possa revocare tale diritto per la mancanza di risorse sufficienti.

4. – Se, nel valutare la mancanza di risorse sufficienti, lo Stato ospitante possa limitarsi a desumere tale mancanza dalla richiesta di un *minimex*, oppure debba tener conto, per esempio, del principio di proporzionalità.

**Causa C-457/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Materiale ferroso destinato al recupero – Nozione di rifiuto – Direttiva 75/442/CEE e Direttiva 91/156/CEE – Tribunale penale di Terni – Ordinanza 20 novembre 2002 – Iscritta il 18 dicembre 2002 (cons.7269/03, avv. M. Fiorilli).**

#### IL FATTO

Il Nucleo Operativo e Radiomobile dei Carabinieri della Compagnia di Terni in data 18 luglio 2000, procedeva in Terni al sequestro di un semirimorchio di proprietà della I.L.F.E.R. S.p.a. in quanto lo stesso al momento del controllo, risultava sprovvisto del formulario di identificazione dei rifiuti, come previsto dal d.lgs. n. 22/1997 articoli 15 e 52, nonché la mancata iscrizione all'Albo articoli 33 e 51 dello stesso decreto poiché i rifiuti trasportati consistevano in materiali ferrosi destinati al recupero. Della ILFER risultava legale responsabile Niselli Antonio. Dall'esame delle iscrizioni all'Albo Nazionale delle Imprese che effettuano la gestione dei rifiuti, sezione regionale dell'Umbria, n. PG/130/S del 17 aprile 2000 emergeva che il suddetto rimorchio non era iscritto allo stesso Albo.

Lo stesso mezzo si presentava in condizioni fatiscenti, con fuoriuscita di olio nella parte posteriore, sversandolo sulla carreggiata.

Il mezzo con i rifiuti trasportati veniva affidato in giudiziale custodia a Niselli Antonio, legale rappresentante della ditta ILFER che lo avrebbe tenuto nel deposito sito in Strada Maratta Bassa al civico 53 nel Comune di Narni su un area impermeabilizzata per la messa in sicurezza.



## I QUESITI

1. – Se è possibile che la nozione di rifiuto dipenda tassativamente dalla seguente condizione: che le parole: «si disfi», «abbia deciso» o «abbia l'obbligo di disfarsi» recepite in Italia dall'art. 6, comma 1, lettera *a*), del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, siano interpretate come segue:

*a*) «si disfi»: qualsiasi comportamento attraverso il quale in modo diretto o indiretto una sostanza, un materiale o un bene sono avviati o sottoposti ad attività di smaltimento o di recupero, secondo gli allegati B e C del decreto legislativo n. 22;

*b*) «abbia deciso»: la volontà di destinare ad operazioni di smaltimento e di recupero, secondo gli allegati B e C del decreto legislativo n. 22, sostanze, materiali o beni;

*c*) «abbia l'obbligo di disfarsi»: l'obbligo di avviare un materiale, una sostanza o un bene ad operazioni di recupero o di smaltimento, stabilito da una disposizione di legge o da un provvedimento delle pubbliche autorità o imposto dalla natura stessa del materiale, della sostanza e del bene o dal fatto che i medesimi siano compresi nell'elenco dei rifiuti pericolosi di cui all'allegato D del decreto legislativo n. 22.

2. – Se è possibile che tassativamente non ricorre la nozione di rifiuto per beni o sostanze e materiali residuali di produzione o di consumo ove sussista una delle seguenti condizioni:

*a*) se gli stessi possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, senza subire alcun intervento preventivo di trattamento e senza recare pregiudizio all'ambiente;

*b*) se gli stessi possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, dopo aver subito un trattamento preventivo senza che si renda necessaria alcuna operazione di recupero tra quelle individuate nell'allegato C del decreto legislativo n. 22/1997 vigente in Italia (che ha trasposto pedissequamente l'allegato III B alla direttiva 91/156/Cee).

## LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano ha presentato le infrascritte osservazioni.

*«I.– La domanda di pronuncia pregiudiziale mira ad ottenere la interpretazione della direttiva 75/442/CEE, come modificata dalla direttiva 91/156/CEE, relativa ai rifiuti e, specificamente, cosa debba intendersi per «rifiuto». – (omissis).*

## V. DISAMINA DELLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1. – *Il giudice remittente in buona sostanza nella forma della questione pregiudiziale propone alla Corte una questione principale di inadempimento del Governo Italiano.*

*Pervero, duplica la procedura di infrazione n. 2002/2213, richiamata nella motivazione della ordinanza di rimessione delle questioni pregiudiziali interpretative che nella formulazione coincidono letteralmente con l'articolato dell'articolo 14 del decreto-legge 138/2002.*

*La domanda deve essere dichiarata inammissibile.*

*A titolo informativo, a dimostrazione del fatto che la giurisprudenza di legittimità italiana non ravvisa le difficoltà interpretative rappresentate dal giudice remittente, che conseguentemente ha proposto questioni di rilievo puramente teorico, si produce copia della sentenza della Corte Suprema di Cassazione – sezione terza penale – 12 dicembre 2002-24 febbraio 2003.*

2. – *La definizione di «rifiuto» è presupposto per la applicazione della normativa comunitaria in termini di controllo e di smaltimento di «sostanze» o «oggetti» che presentino un accertato pericolo per la salute umana e l'ambiente, inteso come ecosistema e come paesaggio. La potenzialità del pericolo si concretizza quando la «sostanza» o l'«oggetto» esca dal controllo del soggetto che la utilizza nel proprio interesse. L'interesse del soggetto detentore per la «sostanza» o l'«oggetto» attribuisce ad essi la connotazione di «beni». Questi, nella considerazione della coscienza sociale fatta propria dal diritto, vengono valutati sempre con riferimento ai soggetti e con riguardo alla loro specifica attitudine a soddisfare bisogni della vita di relazione. Si può, quindi, con espressione sintetica, affermare che la «sostanza» o il «prodotto» perde la qualità di «bene» e diviene «cosa» allorché si esaurisce la sua specifica caratteristica di soddisfare un interesse economicamente apprezzabile e cessa di necessità l'apprezzamento del suo detentore. L'azione conseguente a tale «consumazione» della utilità intrinseca del bene è quella dell'abbandono. L'abbandono si connota come «non» trasferimento volontario della cosa (divenuta «rifiuto» perché ha esaurito la propria specifica attitudine a soddisfare interessi) o del «bene» (cioè della cosa che mantenga in tutto o in parte la propria concreta e specifica qualità di soddisfare bisogni della vita di relazione) ad altro soggetto. La «cosa» abbandonata è «rifiuto» e contestualmente trova applicazione la normativa che garantisce che l'astratto pericolo per la salute umana e/o l'ambiente costituito dalla sua condizione di abbandono non si concretizzi in un vulnus effettivo alla salute umana e/o all'ambiente.*

*Nell'ambito di tale ricostruzione trovano collocazione tutte le ipotesi in cui il detentore si disfi della cosa o debba disfarsene, cioè deve affidarla alla filiera dei rifiuti, pena la comminazione di sanzioni, in quanto il bene è considerato ex lege come «cosa» in relazione al livello di sfruttamento cui è stato sottoposto.*

*La categoria residuale contenuta nell'elenco dei rifiuti di cui alla decisione 94/3 è riempibile applicando il criterio sopra delineato.*

3. – *Il Governo italiano ritiene che dinanzi ad ogni fattispecie occorra verificare se sussistano proprio i requisiti del «disfarsi, di avere deciso di disfarsi o di avere l'obbligo di disfarsi» per «includere» tale materiale nell'ambito dei rifiuti. Inoltre, si è dell'avviso, che un materiale destinato allo smaltimento dal detentore è sempre e comunque un rifiuto proprio in quanto il detentore sicuramente se ne disfa.*

4. – *L'assunto di una presunzione generale di rifiuto, salvo dimostrazione contraria in ordine all'assenza dell'atto del disfarsi da parte del detentore, non è neppure supportata dalla dizione letterale della definizione di rifiuto.*

*In base a tale definizione infatti rifiuto è «qualsiasi sostanza od oggetto che rientra nelle categorie riportate nell'allegato A della direttiva 91/156 e di cui il*

*detentore si disfi o abbia deciso di disfarsi o abbia l'obbligo di disfarsi». Le condizioni quindi sono due strettamente connesse tra loro e non alternative in quanto la preposizione tra loro interposta è «e» e non «o» e consistono nel:*

*rientrare nelle categorie riportate nell'allegato A della direttiva 91/156: tale condizione peraltro, come rilevato ripetutamente anche dalla stessa Corte di giustizia, è del tutto pleonastica in quanto, come noto, il punto Q16 dell'allegato I della direttiva 91/156 appare omnicomprensivo e ricomprende «qualsiasi sostanza, materia o prodotto che non rientri nelle categorie sopra elencate»;*

*sussistere in capo al detentore del requisito del «si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi».*

*È evidente che le due condizioni devono entrambe sussistere perché un materiale possa definirsi un rifiuto; va peraltro dimostrato in base al secondo requisito citato che il detentore del materiale si sia disfatto o abbia deciso di disfarsi o abbia avuto l'obbligo di disfarsi.*

*Ove esistesse una presunzione generale e fosse posto a carico del detentore l'onere della prova di dimostrare di non essersi disfatto, di non aver deciso o non avere l'obbligo di disfarsi, la direttiva avrebbe dovuto esprimersi in modo diverso. Inoltre, ove in materia fosse stata posta una presunzione di «rifiuto» per ogni materia o oggetto impiegato concretamente, si costringerebbe ogni operatore economico detentore di un materiale a dimostrare per qualsiasi materia impiegata nel processo produttivo, caso per caso, che non vi sia l'atto di disfarsi o la decisione di disfarsi o l'obbligo di disfarsi del materiale stesso. Tutto questo appare eccessivo e forse non sarebbe neppure sufficiente. Va infatti considerato che l'atto di disfarsi è collegato nella direttiva 91/156 al detentore: tale soggetto che nella direttiva originaria 75/442 coincideva con il produttore iniziale dei rifiuti, ai sensi della 91/156 – che ha integrato la prima – viene ad identificarsi non solo con il produttore iniziale ma anche con la «persona fisica o giuridica che li detiene», successivamente. Poiché la nozione di rifiuto fa riferimento al «detentore» (termine usato al singolare), si deve dedurre che, nel caso si succedano diversi detentori, il «detentore» la cui azione/decisione incide sulla definizione, è colui che detiene il materiale nel momento in cui si deve valutare la qualifica di rifiuto o meno.*

*In altri termini, un primo detentore può compiere l'atto di disfarsene ma un altro detentore che ne venga in possesso successivamente può non avere l'intenzione di disfarsene. Tale ipotesi si complica ancora di più quando ci si trovi in presenza di volta in volta di più detentori susseguentisi l'uno all'altro: a quale dei detentori occorrerebbe allora fare riferimento al primo detentore o a quale dei successivi?*

*Ed in quale misura, nell'ipotesi del succedersi di vari detentori, i detentori subentranti sono responsabili del comportamento dei precedenti detentori ed in particolare di quelli, sempre nel caso di più detentori nel ciclo di utilità del materiale, con i quali non vi è stato alcun diretto rapporto?*

5. – *Le questioni pregiudiziali proposte mirano, al pari della contestazione della Commissione, a sostenere che la legge italiana sia volta ad escludere dalla normativa sui rifiuti dei materiali già definibili come rifiuti in quanto dei medesimi il detentore si è disfatto o ha deciso di disfarsi o ha l'obbligo di disfarsi.*

6. – Contrariamente a quanto acriticamente ritenuto, la norma italiana in esame interviene invece in una fase precedente, interpretando proprio la nozione sottesa all'atto del detentore, espressa dalle locuzioni «si disfi» o «abbia deciso» di disfarsi o «“abbia l'obbligo” di disfarsi». Il sussistere di tale presupposto è l'elemento decisivo per capire se si è in presenza di un rifiuto o meno.

7. – Si sostiene che la norma contenuta nell'articolo 14 del decreto-legge n. 138 del 2002 avrebbe l'effetto di restringere l'ambito di applicazione della direttiva, in quanto si porrebbe in contrasto con il noto orientamento della Corte di Giustizia: «il verbo “disfarsi”» deve essere interpretato anche alla luce dell'articolo 174, n. 2, CE, secondo il quale la politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela ed è fondata in particolare sui principi della precauzione e dell'azione preventiva. Ne consegue che la nozione di rifiuto non può essere interpretata in senso restrittivo». Questa impostazione è nota al Governo italiano, che la condivide. Il Governo italiano ritiene però che l'orientamento della Corte non possa essere usato per statuire che un materiale è rifiuto fino a prova contraria, a prescindere dal fatto che il detentore se ne disfi, abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsene.

8. – La tesi dello Stato italiano anzidetta trova riscontro certo nella lettura della norma di legge che, lungi dall'introdurre il concetto di «non rifiuto» per materiali di cui il detentore si disfa, precisa invece che l'impiego di un materiale in un processo produttivo, senza che intervengano operazioni di recupero, non corrisponde a quell'azione del «disfarsi» che è condizione essenziale perché il materiale sia considerato «rifiuto». Questa interpretazione appare del tutto conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, come illustrato di seguito.

9. – È fuori discussione che la norma italiana non ha in alcun modo inteso restringere non solo la nozione di rifiuto ma neppure l'applicabilità di tale nozione: vero è invece che con la norma si indicano dei criteri per verificare se, nel caso concreto, il detentore si sia disfatto del materiale, abbia deciso di disfarsene o abbia l'obbligo di disfarsene. E tali criteri non sono limitati alla sola fase preliminare di destinazione del materiale ma anche alla riprova successiva della «effettiva e oggettiva» utilizzazione del medesimo. La ratio legis quindi non è di dettare criteri che non riguardano le condizioni di esistenza di un rifiuto, ma si riferisce proprio a tali condizioni. Non si tratta, in altri termini, di escludere dalla normativa inerente la gestione dei rifiuti alcuni rifiuti già riconosciuti come tali, ma di accertare in via preliminare se esistono le condizioni previste dall'art. 6 comma 1 lett. a) del D.lgs 22/1997 (che ha ripreso integralmente l'art. 6 comma 1 lett. a) della direttiva 91/156) per qualificare una sostanza come rifiuto.

10. – L'art. 14 della legge 178/2002 va letto nel suo complesso e in relazione al combinato disposto dei commi 1 e 2 in base al quale proprio il comma 2 fornisce i criteri interpretativi per aiutare a verificare se sussistono le tre condizioni alternative del «disfarsi» di cui al comma 1, secondo i corretti principi dell'ermeneutica giuridica; le condizioni poste nel dispositivo dell'interpretazione autentica si realizzano e si completano definitivamente solo all'atto dell'effettivo riutilizzo in un ciclo produttivo, che costituisce quindi l'evidenza della mancata intenzione /decisione del «disfarsi» da parte del detentore. Al contrario quindi di quanto assunto del tutto immotivatamente dal giudice remittente circa un asserito carattere di presunzione «iuris et de iure» della norma italiana.

11. – *Tale ultima considerazione, non è infatti pertinente alla natura e allo scopo della norma posta dall'art. 14, la quale non ha inteso introdurre né ha introdotto una disciplina processuale sui mezzi di prova circa la ricorrenza o meno, in concreto, della nozione di rifiuto (ovvero, più specificamente, delle prove logiche presuntive, in senso relativo o assoluto, per ammettere o escludere, nella singola fattispecie storica, la sussistenza di un residuo/rifiuto o di un residuo/non rifiuto).*

12. – *Neppure ha previsto per la prima volta – come risulta evidente dal suo tenore – prove legali e/o tipiche dalla cui applicazione, nell'ordinamento interno, risulterebbe ristretto l'ambito di applicazione della direttiva o frustrate le sue finalità.*

*Diversamente, l'art. 14, pur autoqualificandosi norma interpretativa, opera su un piano sostantivo e definitorio della nozione giuridica di rifiuto. Trattasi quindi di norma definitoria – di natura sostanziale e non processuale – che demarca automaticamente i confini giuridici e la portata della nozione del residuo/rifiuto e del residuo/non rifiuto .*

13. – *In definitiva, quindi, il legislatore italiano ha cercato di individuare «l'ambito di applicazione della nozione di rifiuto» che secondo ormai una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia europea (v. da ultimo sentenza 18 dicembre 1997, causa C-129/1996, InterEnvironnement, punto 26 e 18 aprile 2002, C-9/00, Palin Granit OY ed altri, punto 22) «... dipende dal significato del termine «disfarsi»».*

14. – *Resta da rimarcare che la contestazione fatta propria dal giudice remittente troverebbe applicazione nei confronti di qualsiasi interpretazione del termine disfarsi a prescindere dai suoi contenuti e avrebbe quindi l'effetto di impedire qualsiasi azione degli Stati membri volta a fornire agli operatori e alle autorità di controllo, le necessarie specificazioni normative del termine disfarsi, con il risultato di limitare la facoltà di questi ultimi – stabilita nel Trattato – di definire le modalità di applicazione delle direttive.*

15. – *Per completezza di argomentazione, necessaria per evitare che la limitatezza dello apprezzamento del giudice remittente della questione della compatibilità comunitaria della norma «esplitativa» della secca definizione contenuta nella normativa comunitaria comprometta una considerazione globale della dibattuta questione è opportuno sottolineare che la legislazione italiana non esclude dall'applicazione della nozione di rifiuto le operazioni di smaltimento e di recupero non ricomprese negli allegati II A e II B della direttiva 91/156. La norma in esame invece ha inteso precisare che, relativamente alle attività di cui agli allegati IIA e IIB della direttiva 91/156, i criteri interpretativi per verificare la sussistenza delle condizioni del «disfarsi» di cui alla nozione di rifiuto, sono quelli contenuti nel comma 2.*

16. – *Va sottolineato che la Commissione UE nel corso degli 11 anni trascorsi dall'emanazione della direttiva 91/156 non ha mai esemplificato nessun altro caso aggiuntivo alle attività di cui agli allegati IIA e IIB: questo anche perché tali attività negli anzidetti allegati sono espresse in termini del tutto generici e tali da ingenerare rilevanti incertezze tra le operazioni di recupero dei rifiuti veri e propri e il normale trattamento dei materiali non qualificabili come rifiuti (v. sentenza della Corte della Giustizia 18 dicembre 1997, punto 33 e sentenza 17 luglio 2002, punto 27).*

17. – *Tale carenza di indicazioni e ne è riprova evidente lo svolgimento del ragionamento più volte condotto dalla Corte di giustizia (v. in particolare nell'ultima sentenza 18 aprile 2002) – ha portato la Corte stessa ad avvertire la necessità di fornire taluni criteri del tutto esemplificativi e limitati e mai esauritivi, caso per caso e riferibili al complesso delle circostanze. Va anche aggiunto che la Corte stessa – e non la Commissione – pare maggiormente rendersi conto della necessità per ogni Stato membro di applicare in pratica una norma che «non propone alcun criterio per individuare la volontà del detentore di disfarsi di una sostanza o di un determinato oggetto» (v. sentenza 18 aprile 2002 in C-9/00 punto 25). E proprio la Corte giunge a conclusioni spesso sostanzialmente diverse da quelle prospettate dalla Commissione nelle memorie d'udienza. Così ad esempio mentre per la Commissione non sono significativi ai fini della qualifica di un materiale come rifiuto l'assenza di una trasformazione preliminare ovvero la natura o meno di residuo di produzione di una sostanza ovvero il valore economico di tale residuo, per la Corte (v. sentenza 18 luglio 2002 in C-9/00 punto 37) «appare quindi evidente che oltre al criterio derivante dalla natura o meno di residuo di produzione di una sostanza, il grado di probabilità di riutilizzo di tale sostanza senza operazioni di trasformazione preliminare costituisce un secondo criterio utile ai fini di valutare se essa sia o meno un rifiuto ai sensi della direttiva 75/442. Se, oltre alla mera possibilità di riutilizzare la sostanza, il detentore consegue un vantaggio economico nel farlo, la probabilità di tale riutilizzo è alta. In un'ipotesi del genere la sostanza in questione non può più essere considerata un ingombro di cui il detentore cerchi di disfarsi, bensì un autentico prodotto».*

18. – *Deve giungersi ad identica conclusione per il caso ancor più eclatante di un detentore che abbia acquisito un materiale a titolo oneroso (e cioè con un esborso economico) e, credibilmente, non per disfarsene. Si ricorda al riguardo che a quanto risulta dalla normativa del Lussemburgo (legge 17 giugno 1994 art. 3 lett. a) «i rifiuti recuperati sono considerati rifiuti finché essi non sono reintrodotti nel circuito economico»; similmente la disciplina inglese considera rifiuto solo ciò che esce dal circuito di utilità.*

19. – *Va anche aggiunto che non appare né dal testo della direttiva né dalle indicazioni della Commissione la volontà di individuare altre operazioni da inserire negli Allegati IIA e IIB della direttiva stessa, in relazione alle quali si possa verificare la sussistenza dei requisiti del «disfarsi» propri della definizione di rifiuto.*

20. – *Quanto al primo aspetto (testo letterale), si ricorda che art. 3 comma 1 lett. b) della direttiva prevede che gli Stati membri debbano adottare le misure appropriate per promuovere «il recupero dei rifiuti mediante riciclo, reimpiego, riutilizzo o ogni altra azione intesa ad ottenere materie prime secondarie». A parte il fatto che la nozione di materie prime secondarie chiaramente distinguibile da quella di rifiuto, sia per la lettera della direttiva che per l'orientamento della Corte, non è mai stata chiarita dalla Commissione malgrado le numerose richieste avanzate, la norma della direttiva testè citata indica chiaramente che qualsiasi «altra azione» condotta sui rifiuti non può che essere ricompresa nell'ambito del recupero e quindi ricondotta nell'ambito dell'allegato IIB della direttiva.*

21. – Infatti «ogni altra azione» è una delle modalità del recupero nell'ambito dell'art. 3 comma 1 lettera b): poiché la definizione di recupero di cui all'art. 1 comma 1 lettera f) della direttiva comprende solo «tutte le operazioni previste dall'allegato IIB» per un evidente semplice sillogismo «ogni altra azione» non può che essere ricondotta nell'ambito dell'allegato IIB, che allo stato, deve essere quindi considerato esaustivo. E ciò, a meno di chiarimenti, ancora mai forniti e tutti da dimostrare, che pervengano da parte della Commissione, la quale deve anche chiarire la ragione della definizione diversa dei termini di «riutilizzo» e «riciclaggio» utilizzata nella direttiva 91/156 CEE sui rifiuti e nella direttiva 94/62 CEE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio: forme di recupero nella prima e figure autonome e distinte dal recupero nella seconda.

22. – La direttiva 94/62 CEE inoltre esclude dalla tradizionale nozione di rifiuto anche «i residui di produzione»: forse ai fini del computo del raggiungimento o meno degli obiettivi di recupero e di riciclaggio secondo le intenzioni di taluno ma proprio dalla nozione di rifiuto secondo la lettera della norma. Tutto ciò malgrado i rifiuti di imballaggio siano chiaramente una tipologia di rifiuto. È l'ulteriore riprova che alle presunte intenzioni del legislatore non ha fatto seguito una chiara formulazione e tale circostanza non potrà che ingenerare ulteriore contenzioso.

23. – È opportuno rammentare che la Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 luglio 2002, che istituisce il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente, all'art. 8 indica tra le azioni prioritarie da attuare nell'ambito della disciplina dei rifiuti la «... precisazione della distinzione fra ciò che è rifiuto e ciò che non lo è e lo sviluppo di criteri adeguati per l'ulteriore elaborazione degli allegati IIA e IIB della Direttiva quadro sui rifiuti». È chiaro quindi che la stessa Commissione non mostra alcuna intenzione di operare, ai fini di distinguere fra ciò che è rifiuto e ciò che non lo è, al di fuori degli allegati IIA e IIB, almeno a quanto indicato nella frase testè citata. Si chiede alla Commissione in relazione a tanto, quali azioni siano state intraprese nei riguardi di norme di recepimento della direttiva che contengono «sic et simpliciter» la stessa disposizione con riferimento esclusivo agli allegati IIA e IIB della direttiva (v. decreto sui rifiuti tedesco del 27 settembre 1994 art. 3 lett. i), norma tuttora vigente nonostante la condanna pronunciata dalla Corte a carico della Germania il 10 maggio 1995). Si sottolinea, con l'occasione, che più oltre, al successivo sottopunto b), la stessa norma stabilisce che «l'opinione del detentore deve essere usata come base per valutare la finalità dell'impiego del materiale tenendo conto dell'accettazione del mercato».

24. – Ovviamente lo Stato italiano è disponibilissimo a cooperare con la Commissione per individuare eventuali operazioni «estrane» a quelle ricomprese negli allegati IIA e IIB a cui ovviamente, ove individuate, andrà applicata senza eccezione alcuna la nozione di rifiuto, per verificare se sussista per esse l'atto del «disfarsi». È chiaro però, sin d'ora, che qualsiasi regola in materia – come qualsiasi criterio interpretativo in ordine alla non chiara definizione di rifiuto – una volta concordati con tutti gli Stati membri dovranno essere recepiti e applicati alla lettera e senza eccezione alcuna in tutti gli Stati membri al fine di non creare distorsioni di concorrenza e sotto il profilo ambientale e sotto

quello economico anche in relazione alla necessità di garantire una uniforme applicazione del regolamento transfrontaliero dei rifiuti di cui al Regolamento 259/1993 e successive modifiche ed integrazioni che si basa sulla stessa definizione fornita dalla direttiva ma ha natura giuridica ben diversa ed è molto più strettamente vincolante rispetto alla direttiva stessa. Allo stato attuale non può che ragionarsi in termini di operazioni ricomprese negli allegati IIA e IIB.

25. – Con l'atto normativo cui fa riferimento il giudice remittente per articolare le questioni pregiudiziali, il legislatore italiano ha inteso riferire la nozione di «disfarsi»: a) a tutte quelle «operazioni di recupero o smaltimento» che siano elencate – o non «esplicitamente elencate – negli allegati B e C», conoscendo e condividendo il convincimento della Commissione secondo cui detti elenchi sono notoriamente aperti e «non esaustivi di tutte le possibili operazioni di smaltimento o di recupero»; b) fondando l'eventuale esclusione dei residui produttivi o di consumo, dall'area dei rifiuti, non sulla mancata, esplicita previsione di determinate operazioni (di recupero o smaltimento) negli allegati citati, ma sul fatto che i residui siano «effettivamente ed oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo» senza essere «disfatti» (cioè senza essere «avviati o sottoposti ad attività di smaltimento o di recupero, secondo gli allegati B e C cit.», ai sensi del comma 1, lett. a), dell'art. 14).

26. – Tanto si desume, infatti, con sufficiente chiarezza, anche dal comma 2, dell'art. 14, dove le esclusioni della fattispecie del «disfarsi» sono subordinate alle seguenti, esclusive evenienze condizioni:

– lett. a): della assenza di qualsiasi operazione di trattamento di recupero, in senso proprio, di cui all'allegato C (inteso in senso aperto, secondo la prassi) il quale riproduce l'Allegato II B, della direttiva 156 cit.;

– lett. b): della possibile presenza di «trattamenti preliminari» che non assurgono però a vere e proprie «operazioni di recupero completo», come sub a «dopo aver subito un trattamento preventivo senza che si renda necessaria alcuna operazione di recupero tra quelle individuate nell'allegato C del decreto legislativo n. 22».

27. – Alla luce di quanto sopra detto non sono condivisibili:

– gli asseriti e non dimostrati intenti della norma italiana di escludere gran parte dei rifiuti recuperabili dall'ambito di applicazione della direttiva;

– l'intento di ricondurre nella categoria dei rifiuti tutta una serie di materiali, a prescindere dalla dimostrazione che dei medesimi il detentore si disfi o abbia deciso di disfarsi o abbia l'obbligo di disfarsi.

La norma italiana interviene nella fase precedente alla catalogazione del singolo materiale per indicare criteri di prova della sussistenza dei requisiti del disfarsi assolutamente necessari e propedeutici per configurare l'esistenza di un rifiuto.

Lo Stato italiano ritiene che dinanzi ad ogni fattispecie occorra verificare se sussistano proprio i requisiti del «disfarsi, di avere deciso di disfarsi o di avere l'obbligo di disfarsi» per «includere» tale materiale nell'ambito dei rifiuti. Inoltre, si è dell'avviso, che un materiale destinato allo smaltimento dal detentore è sempre e comunque un rifiuto proprio in quanto il detentore sicuramente se ne disfa.



28. - *L'art. 14 va letto nel suo insieme. Con questa norma si è inteso fornire criteri interpretativi positivi per l'inclusione tra i rifiuti di materiali dei quali il detentore «si disfi o abbia deciso di disfarsi o abbia l'obbligo di disfarsi». La lista normalizzata non esaurisce la categoria dei rifiuti, in quanto saranno ritenuti tali quei materiali nei confronti dei quali per se stessi o per essere assoggettati ad attività diverse da quelle indicate dalle operazioni di recupero di cui all'allegato C del D.lgs 22/1997 (allegato II B della direttiva 91/156), si possa dimostrare che il detentore «si disfi o abbia deciso di disfarsi o abbia l'obbligo di disfarsi». In questo contesto, ove sussistano tali articolazioni normative del «disfarsi», qualsiasi prodotto o materia prima o sottoprodotto diventa rifiuto. In altri termini è necessario anche attraverso criteri interpretativi certi fornire una lista positiva dei rifiuti e non partire dal presupposto che tutto è rifiuto tranne quello per cui si possa dimostrare che il detentore non si disfi o non abbia deciso di disfarsi o non abbia l'obbligo di disfarsi. Occorre però che tali materiali e tali attività siano individuati.*

29. - *L'assunto di una presunzione generale di rifiuto, salvo dimostrazione contraria in ordine all'assenza dell'atto del disfarsi da parte del detentore, non è neppure supportata dalla dizione letterale della definizione di rifiuto.*

In base a tale definizione infatti rifiuto è «qualsiasi sostanza od oggetto che rientra nelle categorie riportate nell'allegato A della direttiva 91/156 e di cui il detentore si disfi o abbia deciso di disfarsi o abbia l'obbligo di disfarsi». Le condizioni quindi sono due strettamente connesse tra loro e non alternative in quanto la preposizione tra loro interposta è «e» e non «o» e consistono nel:

*rientrare nelle categorie riportate nell'allegato A della direttiva 91/156: tale condizione peraltro, come rilevato ripetutamente anche dalla stessa Corte di giustizia, è del tutto pleonastica in quanto, come noto, il punto Q16 dell'allegato I della direttiva 91/156 appare omnicomprensivo e ricomprende «qualsiasi sostanza, materia o prodotto che non rientri nelle categorie sopra elencate»;*

*sussistere in capo al detentore del requisito del «si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi».*

*È evidente che le due condizioni devono entrambe sussistere perché un materiale possa definirsi un rifiuto; va peraltro dimostrato in base al secondo requisito citato che il detentore del materiale si sia disfatto o abbia deciso di disfarsi o abbia avuto l'obbligo di disfarsi.*

*Ove invece fosse esistita una presunzione generale e fosse stato posto a carico del detentore l'onere della prova di dimostrare di non essersi disfatto, di non aver deciso o non avere l'obbligo di disfarsi, la direttiva avrebbe dovuto esprimersi in modo diverso.*

30. - *A conferma di quanto dedotto appare utile richiamare le linee tendenziali della giurisprudenza comunitaria in materia. La sentenza 18 dicembre 1997 in C-129/1996 contiene una prima messa a punto dei problemi esistenti in tema di definizione di rifiuto. Sostanzialmente la Corte afferma che l'esistenza di un rifiuto è collegata al concetto di disfarsi e che tale concetto trova realizzazione in presenza di operazioni di smaltimento o di recupero di una sostanza od oggetto (punti 26 e 27). Dopo aver ribadito che, in linea di principio, non*

può escludersi dalla nozione di rifiuto alcun tipo di materiali di scarto (punto 28) aggiunge però che «tale conclusione non pregiudica la distinzione che occorre effettuare, come giustamente hanno sostenuto i Governi belga tedesco, olandese e del Regno Unito tra il recupero dei rifiuti ai sensi della direttiva 75/442 Cee come modificata ed il normale trattamento industriale dei prodotti che non costituiscono rifiuti a prescindere dalla difficoltà di tale distinzione» e che per prodotti non si devono intendere i manufatti finali ma le materie prime.

Pur nel linguaggio complesso pare orientarsi nella conclusione – d'altro canto contenuta, come già rilevato, nello stesso art. 3 comma 1 lettera b) della Direttiva 91/156 – che occorre sincerarsi se vi sia la necessità per l'impiego nel processo produttivo di una azione di recupero o meno.

Con sentenza 15 giugno 2000 in C-418/1997 e C-419/1997 è stata esaminata la questione della classificazione di sostanze destinate ad essere usate come combustibile nell'industria cementiera o per produrre energia elettrica. Va preliminarmente osservato che secondo un orientamento relativamente consolidato e a livello giurisprudenziale e a livello di Commissione europea e di Stati membri, sembrava sinora abbastanza pacifico che dovesse trattarsi di rifiuti atteso che mentre dalle altre operazioni di recupero si ottiene una materia prima secondaria, la categoria R9 dell'allegato B della Direttiva 91/156 ha come titolo – riferibile ad un rifiuto – «Utilizzazione principale come combustibile o altro mezzo per produrre energia». Le conclusioni della Corte sono invece diverse da quelle sino ad ora espresse, secondo le quali si doveva presumere l'atto del disfarsi ove si fosse resa necessaria una preventiva operazione di recupero (che pareva sussistere automaticamente in caso di combustione come visto per la lettera del punto R9 citato, anzi si ricorda che la Commissione più volte ha cercato inutilmente di trasferire tale voce «combustione» dall'ambito delle operazioni di recupero a quelle di smaltimento).

Secondo la Corte infatti (v. punti 45, 49, 50, 51, 82 e conclusione riassuntiva n. 1 per la causa 418/1997) dal semplice fatto che su una sostanza venga eseguita l'operazione secondaria menzionata dagli allegati IIA e IIB della Direttiva del Consiglio 15 giugno 1975, 75/442/Cee, relativa ai rifiuti come modificata dalla Direttiva 18 marzo 1991, 91/156/Cee, non discende che l'operazione consiste nel disfarsene e che pertanto la detta sostanza va considerata rifiuto ai sensi della Direttiva. L'esistenza di tale operazione di recupero è solo uno degli elementi che vanno presi in considerazione per stabilire se tale sostanza sia ancora un rifiuto ma non consente di trarre una conclusione definitiva. L'esistenza di un rifiuto deve essere accertata sulla scorta del complesso delle circostanze, alla luce della definizione di cui all'art. 1 a) della Direttiva, cioè dal fatto che il detentore della sostanza se ne disfi, ovvero abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsene, tenendo conto della direttiva ed in modo da non pregiudicarne l'efficacia (punti 83, 88 ).

A tali conclusioni la Corte principalmente arriva in quanto:

– «l'ambito di applicazione della nozione di rifiuto dipende dal significato del termine disfarsi» (v. punto 36, 46 e 52 ).

– nell'ambito dell'allegato IIB della Direttiva «.. benché le descrizioni di taluni dei metodi facciano riferimento esplicito ai rifiuti, altre invece sono formulate in termini più astratti, potendo essere applicate a materie prime che non

sono rifiuti». Ecco perché secondo la Corte, non è automaticamente deducibile l'atto del disfarsi per la presenza di una delle operazioni di recupero di cui all'allegato IIB» (v. punto 50).

Vengono al riguardo poi evidenziate le del tutto distoniche fra di loro prese di posizione dei vari Stati membri intervenuti al dibattimento – punti 60, 76 e 80 Danimarca, Austria e Commissione – punti 61 e 77 Germania, punti 62 e 78 Inghilterra punto 62 e Olanda punti 63 e 79.

Tale elencazione di diversità normative comprova la contraddittorietà della tesi della Commissione circa la chiarezza della definizione di rifiuto e la necessità di una armonizzata applicazione della definizione in ambito europeo (in esatta contrapposizione con quanto poi affermato nella memoria presentata dalla Commissione stessa nella Causa C-103). Segue a questo punto una elencazione delle circostanze indicative ma che non possono essere considerate determinanti per risolvere in via definitiva il dilemma se una cosa sia rifiuto o meno) fra le quali si ricordano:

- la destinazione futura del materiale (punto 64 );
- la potenziale riutilizzabilità del materiale anche in modo compatibile con le esigenze di tutela ambientale e senza trasformazioni radicali (punti 65 e 68);
- l'impatto ambientale e sanitario derivante dalla trasformazione di tale sostanza (punti 66 e 67);
- l'esistenza di una completa operazione di recupero di cui all'allegato IIB ovvero di preve operazioni di cernita e di trasformazione (punto 93).

Non vengono date nozioni positive sulle precise e puntuali circostanze che possono far ritenere presente l'atto del disfarsi o almeno presumerlo. Si conclude infatti anche nel punto 2 terzo comma della sentenza 419/1997 che «L'effettiva esistenza di un rifiuto ai sensi della direttiva va accertata alla luce del complesso delle circostanze tenendo conto delle finalità della direttiva ed in modo da non pregiudicarne l'efficacia».

Occorre quindi cercare di capire quali siano i passi della sentenza che in qualche modo consentano di dedurre le regole relative all'individuazione dell'atto del disfarsi, punto di discriminare fra rifiuto e non rifiuto. Al punto 41 è precisato che, in mancanza di disposizioni comunitarie ( si rileva quindi tale non esistenza di regole uguali per tutti) gli Stati membri sono liberi di scegliere le modalità di prova di diversi elementi definiti dalle direttive da essi trasposte purché ciò non pregiudichi l'efficacia del diritto comunitario; uno dei casi di pregiudizio dell'efficacia è individuato nel punto 42 in una eventuale norma nazionale che escluda dall'applicazione della direttiva sostanze che invece rispondono alla definizione di rifiuti ai sensi della direttiva (e si ritorna alla necessità di chiarire quale sia il significato di disfarsi) in base a presunzioni «iuris et de iure». Nel punto 70 si ribadisce che, in mancanza di disposizioni comunitarie specifiche relative alla esistenza di un rifiuto, spetta al giudice nazionale applicare le norme in materia del proprio ordinamento giuridico in modo da non pregiudicare la finalità e l'efficacia della direttiva.

Applicando tali principi al caso in discussione se ne ricava quindi che il legislatore italiano è legittimato – proprio per l'assenza di indicazioni comunitarie in merito – a fornire indicazioni sulle modalità di prova per accertare se vi

*sia o meno il disfarsi ma non può «sic et simpliciter» operare esclusioni dall'ambito della direttiva per quei materiali che comunque rientrano sulla base delle regole interpretative dettate, nella definizione di rifiuto. Al punto 94, si rileva che un materiale che sottoposto ad una operazione di recupero completo acquisisce le caratteristiche della materia prima rimane rifiuto se il detentore se ne disfa. Anche tale assunto conferma la legittimità comunitaria della norma italiana che richiede come requisito necessario «l'effettivo ed oggettivo utilizzo del materiale»; e ciò, in quanto qualsiasi prodotto o materia prima può diventare rifiuto se il detentore se ne disfa non utilizzandolo o abbandonandolo.*

*Come si vede il quadro che emerge dalla sentenza fornisce i seguenti spunti:*

*esiste in Europa una varietà sostanziale di posizioni;*

*non è certo la presenza di un'operazione di recupero a far dedurre con certezza che vi sia un rifiuto;*

*non ci si può basare per dare un giudizio definitivo sull'esistenza o meno di un rifiuto sull'origine del materiale, sul suo trattamento o la sua destinazione;*

*si deve vedere caso per caso, circostanza per circostanza, sulla base di modalità di prova dettate dagli Stati membri chiamati a fornire i criteri che dovranno poi essere applicati dai giudici, per assicurare l'applicazione del principio di legalità.*

*Viene a questo punto da chiedersi il perché si apra la strada a differenti interpretazioni della definizione di rifiuto nell'ambito dei vari Stati membri con ovvie pesanti e negative conseguenze in campo di concorrenzialità e conseguente instaurarsi di una distorsione di concorrenza a parità di fattispecie.*

*La chiave di lettura paradossalmente viene fornita da alcuni spunti della successiva sentenza del 22 giugno 2000 in C-318/1998.*

*Contrariamente a quanto sostenuto sinora dalla Commissione circa la necessità di una uniforme applicazione della normativa in tutta Europa al fine di armonizzare il perseguimento dei risultati la Corte (v. punto 46) sostiene che la normativa comunitaria non mira, nel settore dell'ambiente, ad una armonizzazione completa, ma che la politica della Comunità europea mira ad un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità.*

*Tale concetto è rafforzato dall'assunto di cui ai punti 41 e 42 laddove si aggiunge che la direttiva non precisa il contenuto concreto delle misure che devono essere adottate per assicurare che i rifiuti siano smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza recare pregiudizio all'ambiente: ciò non toglie che essa vincola gli Stati membri circa l'obiettivo da raggiungere pur lasciando agli stessi un potere discrezionale nella valutazione della necessità di tali misure (punti 47 e 48).*

*Questo conferma la necessità per ciascuno Stato di darsi proprie regole interpretative (cioè le misure da adottare per perseguire le finalità generali della politica comunitaria) anche se poi in caso di diversità appare del tutto oscuro come possa applicarsi il Regolamento del trasporto transfrontaliero di rifiuti in caso di diversità di vedute fra Stato e Stato.*

*Tale principio per così dire di sussidiarietà ha le conseguenze che sono poi elencate nella sentenza di cui trattasi relativa alla definizione di rifiuti pericolosi.*

*Disattendendo le conclusioni del Governo olandese e della Commissione che aveva considerato tassativo l'elenco dei rifiuti di cui alla direttiva 91/689 e alla decisione 94/904 (punto 35) ed accogliendo in parte le argomentazioni dei governi austriaco e tedesco (punto 36) si precisa che la Direttiva 91/689 relativa ai rifiuti pericolosi non impedisce agli Stati membri, ivi comprese (nell'ambito dei loro poteri) le rispettive autorità giudiziarie, di qualificare come rifiuti pericolosi rifiuti diversi da quelli che compaiono nel catalogo CER di cui alla decisione 94/904 del 22 dicembre 1994.*

*Lo Stato membro interessato dovrà darne notifica alla Commissione e la decisione avrà valore solo nei territori dello Stato che avrà proceduto a tale qualificazione. Criterio determinante per tale qualifica è la presenza di una delle caratteristiche indicate nell'allegato III della direttiva 91/689 e l'origine del rifiuto è solo uno dei fattori di cui l'elenco dei rifiuti pericolosi si limita a tener conto elementi (punti 48, 51, 56 e punto 1 della decisione).*

*La Corte di Giustizia ha effettuato un ulteriore approfondimento della giurisprudenza in materia con la sentenza 18 aprile 2002, in Causa C-9/00.*

*La sentenza, pur trattando di materiali provenienti dalla lavorazione del granito e non essendo quindi esaustiva, riassume gli orientamenti della Corte, espressi nel tempo, facendo il punto della situazione in questi termini:*

a) *L'ambito di applicazione della nozione di rifiuto dipende dal significato del termine «disfarsi», che deve essere interpretato alla luce sia della finalità della direttiva 75/442 (la tutela della salute umana e dell'ambiente contro gli effetti nocivi della raccolta, del trasporto, del trattamento, dell'ammasso e del deposito dei rifiuti), sia del principio secondo il quale la politica ambientale comunitaria mira ad un elevato livello di tutela ed è fondata in particolare sui principi di precauzione e dell'azione preventiva. Ne consegue che la nozione di rifiuto non può essere interpretata in senso restrittivo.*

b) *La Corte, dopo aver rilevato che la direttiva 75/442 non propone alcun criterio per individuare la volontà del detentore di disfarsi di una sostanza o di un determinato oggetto, fornisce alcune indicazioni a questo fine: mentre la Commissione considera le operazioni di smaltimento e recupero di una sostanza alla stregua di manifestazioni della volontà di «disfarsene», la Corte osserva che la distinzione tra operazioni di smaltimento o recupero di rifiuti e il trattamento di altri prodotti è spesso difficile da cogliere e statuisce che dalla circostanza che su una sostanza venga eseguita un'operazione di smaltimento o di recupero menzionata negli allegati della direttiva non discende che l'operazione consista nel disfarsene. L'esecuzione di queste operazioni non permette quindi, di per sé, di qualificare una sostanza come rifiuto.*

c) *D'altra parte, secondo la Corte la nozione di rifiuto è comprensiva delle sostanze suscettibili di riutilizzo economico. La Corte ha infatti specificato che la direttiva 75/442 intende riferirsi a tutti gli oggetti di cui il proprietario si disfa, anche se essi hanno un valore commerciale e sono raccolti a titolo commerciale a fini di riciclo, di recupero e di riutilizzo. Ne consegue che né il fatto che i materiali siano oggetto di un'operazione di smaltimento o di recupero né la circostanza che essi siano riutilizzabili consentono di stabilire se tali materiali siano o meno rifiuti. Secondo la Corte (punto 23) «il sistema di sorveglianza e di gestione istituito dalla Direttiva 75/442 intende riferirsi a tutti gli oggetti e le sostanze di cui il proprietario si disfa, anche se essi hanno un valore commerciale e sono raccolti a titolo commerciale a fini di riciclo, di recupero e di riutilizzo».*

d) *Ma secondo la stessa Corte, ci possono essere dei «sottoprodotti», il cui riutilizzo non sia solo eventuale, ma certo, senza trasformazione preliminare e nel corso del processo di produzione (punto 36), a cui non si applica la normativa in materia di rifiuti.*

e) *Argomenta quindi, la Corte che, oltre al criterio derivante dalla natura o meno di residuo di produzione di una sostanza, «il grado di probabilità di riutilizzo di tale sostanza, senza operazioni di trasformazione preliminare, costituisce un secondo criterio utile». (...) Se, poi, il detentore consegue un vantaggio economico nel farlo, la probabilità di tale riutilizzo è alta. «In un'ipotesi del genere la sostanza in questione non può più essere considerata un ingombro di cui detentore cerchi di disfarsi, bensì un autentico prodotto» (punto 37).*

*Alla luce delle considerazioni che precedono, si suggerisce alla Corte di risolvere i quesiti pregiudiziali sollevati dal giudice italiano dichiarando quanto segue:*

*A) quanto al quesito n. 1: la nozione di rifiuto, per la parte relativa al necessario elemento soggettivo che deve caratterizzare l'azione compiuta dal detentore rispetto alla materia o oggetto di cui sia in possesso può, in conformità all'articolo 14 della legge 138/2002, essere integrata da qualsiasi comportamento attraverso il quale in modo diretto o indiretto una sostanza, un materiale o un bene sono avviati o sottoposti ad attività di smaltimento o di recupero con le modalità indicate dagli allegati II A e II B della direttiva 75/444/CEE.*

*B) quanto al quesito n. 2: può legittimamente escludersi dalla nozione di rifiuto il bene o la sostanza residuali di produzione o di consumo ove gli stessi, in conformità all'articolo 14, comma 2, della legge 138/2002 possono e siano effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, senza subire alcun intervento preventivo di trattamento e senza recare pregiudizio all'ambiente (I ipotesi) o se gli stessi possano essere e siano effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, dopo avere subito un trattamento preventivo senza che si renda necessaria alcuna operazione di recupero tra quelle indicate nell'allegato II B della direttiva 91/156/CEE. (f.to avv. Maurizio Fiorilli).».*

**Causa C-460/02 – Commissione C.E. c Repubblica italiana – Ricorso per inadempimento – Accesso ai mercati dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità – Direttiva 96/67/CE (ct.4981/03, avv. O. Fiumara).**

#### MATERIA DEL CONTENDERE

La Commissione delle comunità europee ha adito la Corte, ai sensi dell'art. 226 comma 2, del Trattato CE, al fine di far constatare che la Repubblica italiana «è venuta meno agli obblighi derivanti dalla direttiva 96/67/CE del Consiglio, del 15 ottobre 1996, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, nella misura in cui il decreto legislativo 13 gennaio 1999, n. 18:

*– non ha stabilito il periodo di durata massima di sette anni per la selezione di prestatori di servizi di assistenza a terra, di cui all'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva in questione;*

- ha introdotto, col suo art. 14, una misura sociale con l'art. 18 della detta direttiva;
- ha previsto nel suo art. 20 disposizioni di carattere transitorio non consentite dalla suddetta direttiva.

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano nega gli addebiti osservando in particolare:

*«La disciplina instaurata attraverso l'emanazione in Italia del decreto legislativo 18/1999 ed in particolare dell'articolo 14, si è posta proprio nell'ottica della consapevolezza che il libero accesso al mercato può risultare compatibile con il buon funzionamento degli aeroporti comunitari (nono considerando della direttiva 96/67) sempre che venga realizzato in maniera progressiva ed adeguata alle esigenze del settore (decimo «considerando» della direttiva 97/67).*

*Le misure di protezione sociale previste dall'articolo 14, non ostacolano la liberalizzazione del settore dell'assistenza a terra e appaiono l'espressione di un potere attribuito allo Stato membro dall'art. 18 della direttiva.*

*Va, al riguardo, considerato il momento storico in cui è entrata in vigore la normativa nazionale, connotato da un altissimo tasso di disoccupazione, con indotta un'enorme vischiosità ad attuare tout court misure di liberalizzazione, pur auspicabili in un assetto ottimale della gestione aeroportuale.*

*Tuttavia, proprio nella prospettiva di pervenire ad una graduale, ma sicura realizzazione della liberalizzazione del mercato del lavoro si è ritenuto di adottare una normativa tesa a realizzare il graduale passaggio dalla vecchia alla nuova normativa, senza interruzione traumatica di situazioni lavorative consolidate nel tempo.*

*Vi era, altresì, il timore di perdere un patrimonio di professionalità e di esperienza maturato nel tempo, con nocumento per gli utenti, ove si fosse consentita, in forza delle misure liberalizzatrici, l'espulsione dal mercato di operatori qualificati e l'ingresso di personale inesperto e non qualificato, specie nei settori più delicati quali l'accesso alla rampa e il centraggio dei bagagli.*

*Né può trascurarsi l'aspetto della «sicurezza» che, notoriamente, è prioritario ad ogni altro elemento, in particolare in ambito aeroportuale, come dimostrano esperienze anche recenti di danni o di pericolo di danni conseguenti ad una non accurata selezione del personale destinato all'attività aeroportuale.*

*Tale aspetto della sicurezza negli aeroporti, ancor più oggi, rappresenta un forte elemento condizionante al fine dell'acquisizione del personale da adibire a settori operativi in costante contatto con il pubblico e con i bagagli, pur nell'ottica di un razionale processo di liberalizzazione».*

*«(omissis) – L'art. 18 della direttiva lascia agli Stati membri un ampio potere di «adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori» anche se deve essere «fatta salva l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva, nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario». Orbene, la salvezza delle disposizioni della direttiva stessa e il rispetto delle altre norme di diritto comunitario (e in particolare delle norme sul mantenimento del diritto dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda) non significa certo che il grado di tutela accordabile dagli Stati membri debba essere espresso solo nei limiti consentiti dalla armonizzazione del diritto comunitario: se così fosse l'art. 18 sarebbe una norma del tutto inutile, perché non lascerebbe*

*allo Stato membro alcun margine per offrire una garanzia ai lavoratori che già non discenda da una norma comunitaria. La verità è che la norma va interpretata nel senso che tale garanzia, che non può non essere «aggiuntiva», non deve tradursi in una violazione delle norme comunitarie specificatamente dettate per il settore nella direttiva stessa o più in generale in altre fonti normative comuni. E poiché una effettiva garanzia per i lavoratori non può che tradursi in un vincolo, un onere, un impegno per il datore di lavoro, è chiaro che l'ammissibilità di essa va valutata attraverso un equo contemperamento degli interessi in giuoco.*

*Ciò precisato in premessa, sui singoli rilievi della Commissione si può osservare quanto segue.*

*a) La nozione di trasferimento di azienda richiamata dalla Commissione non appare esaustiva della giurisprudenza della Corte in materia.*

*Non può invero trascurarsi quell'orientamento secondo cui, al fine di delimitare la fattispecie del trasferimento di azienda (o di ramo), ferma restando l'identità o almeno l'analogia del servizio fornito dal cessionario, non occorre un trasferimento di elementi materiali e patrimoniali, rientrando nello specchio prelettivo delle direttive sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda anche il mero subentro in una attività di pulizia (caratterizzata dalla assoluta marginalità dell'impiego di mezzi materiali: sentenza 14 aprile 1994, nella causa C-392/1992, Schmidt, in Racc., I, 1311) nonché in un contratto di franchising (sentenza 7 marzo 1996 nelle cause riunite C-171 e 172/1994, Merckx, in Racc., I, 1253). Non appare, quindi, sempre e in ogni caso necessario ancorare rigorosamente, ai fini in questione, il concetto di azienda o di ramo alla presenza di una consistente oggettività strumentale e patrimoniale, ritenendosi sufficiente – anche in sintonia con aggiornate prospettive dismaterializzazione della nozione di azienda – l'organizzazione di una attività idonea ad assumere uno specifico rilievo economico. Anche le sentenze citate dalla Commissione (18 marzo 1986 nella causa C-24/1985, Spijkers; lì marzo 1997 nella causa 13/1995, Suzen; 10 dicembre 1998 nelle cause riunite C-17/1996 e C-247/1996 Sanchez Hidalgo) sembrano improntate a criteri di relativismo empirico, ove la peculiarità del settore interessato e della organizzazione aziendale svolge un ruolo rilevante nell'accentuare o meno la necessità di presupposti strutturali e materiali dell'entità aziendale ceduta.*

*Il trasferimento di «attività» aeroportuali potrebbe dunque già rientrare in questa più lata fattispecie di «trasferimento di azienda» e il ricorso della Commissione potrebbe esaurirsi già a questo punto.*

*b) Anche però volendosi collocare nella prospettiva definitoria privilegiata dalla Commissione, che valorizza elementi ulteriori rispetto alla traslazione della mera «attività», è possibile, nella specie, pervenire a soluzioni diverse da quelle della stessa Commissione.*

*È noto, infatti, che il prestatore di servizi aeroportuali, che subentra nella gestione di alcune attività, normalmente stipula contratti o convenzioni, di varia natura giuridica, volti a garantirgli la proprietà o comunque la disponibilità di una serie di mezzi e strutture, quali carrelli trasportatori, mezzi di sollevamento a bordo di carichi di stiva, mezzi addetti allo spostamento degli aerei sulle piste, accompagnati dal relativo know-how tecnico e organizzativo, nonché dalla*



*manodopera addetta. E ciò senza contare l'acquisizione da parte del prestatore dei servizi della disponibilità delle c.d. infrastrutture centralizzate, quali i nastri di smistamento bagagli, i registratori di imbarco, i pontili di attracco ecc.. Il tutto, in un insieme unitario che certo delinea una autonoma attività di impresa. Inoltre certamente ricorrono nella specie quei presupposti (enucleati dalla Commissione dalle sentenze Spijkers e Suzen) «di trasferimento della clientela» ovvero dei fruitori dei servizi, nonché di «analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione», senza alcuna sospensione della attività.*

*È pur vero che l'art. 14 del decreto legislativo n. 18/1999 allude specificatamente al «trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra», ma è altrettanto evidente che nella prassi tale trasferimento si accompagna inevitabilmente al passaggio di un certo numero di beni e strutture necessarie allo svolgimento della attività da parte del soggetto subentrante.*

*Stando così le cose, la fattispecie qui esaminata configura a pieno titolo un trasferimento di ramo aziendale, o quantomeno una successione tra aziende sostanzialmente assimilabile ad un trasferimento, la cui sottrazione alle garanzie in tema di continuità del rapporto di lavoro alle dipendenze del nuovo gestore del servizio configurerebbe una ingiustificata discriminazione proprio a danno dei dipendenti delle società che gestiscono servizi aeroportuali rispetto a tutti gli altri dipendenti di settori diversi. A pieno titolo, quindi, la normativa nazionale si è data carico di garantire la tutela di lavoratori in un ragionevole dosaggio degli opposti interessi, nello spirito dell'art. 18 della direttiva.*

*c) E nello stesso spirito va considerato che la direttiva n. 96/67/CE mira a favorire la progressiva liberalizzazione delle prestazioni dei servizi di assistenza a terra degli aeroporti, ma non trascura le conseguenze sociali dell'intervento comunitario.*

*Sotto il primo profilo le prestazioni dei servizi a terra appaiono indispensabili per (e funzionali al) buon funzionamento del trasporto aereo e all'utilizzazione efficiente delle infrastrutture di questo tipo di trasporto («considerando 4»): l'obiettivo primario è di favorire una effettiva riduzione dei costi di gestione delle compagnie aeree e il miglioramento della qualità dei servizi offerti all'utenza («considerando 5») e lo strumento normativo prescelto consente di coniugare le istanze di armonizzazione della disciplina del settore, con le esigenze di specificazione regolativa avvertite dai singoli Stati membri, in una prospettiva di valorizzazione del principio di sussidiarietà («considerando 6»). Sotto il secondo profilo, sin dal preambolo della direttiva si coglie la volontà del Consiglio di monitorare tali effetti. In sintonia con tale impegno, nel «considerando 8, si richiama la risoluzione del Parlamento europeo sull'aviazione civile in Europa (14 febbraio 1995), ove si sollecitano le istituzioni comunitarie a tenere conto «dell'impatto dell'accesso al mercato dei servizi di assistenza sulle condizioni di lavoro e di sicurezza negli aeroporti della Comunità», mentre, nel considerando 24, si dispone, in modo chiaro e diretto che «gli Stati membri devono conservare il potere di garantire un adeguato livello di protezione sociale al personale delle imprese che forniscono servizi di assistenza a terra».*

*Proprio in relazione a tali impegni programmatici, l'art. 18 nella direttiva ha previsto, come abbiamo rilevato in premessa, che, «fatta salva l'applicazione*

delle disposizioni della presente direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario», gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori.

Pare dunque evidente che le disposizioni nazionali attuative della direttiva debbano necessariamente realizzare un compromesso tra le due istanze fondamentali, salvaguardando prioritariamente gli obiettivi di liberalizzazione dello specifico mercato dei servizi aeroportuali, ma non fino al punto da ignorare o schiacciare le istanze garantistiche dei lavoratori ad essi addetti.

La Commissione, viceversa, nel nome di una rigida gerarchia degli interessi perseguiti dalla direttiva, sembra proporre un azzeramento delle preoccupazioni «sociali» riguardanti le sorti dei numerosissimi lavoratori addetti ai servizi aeroportuali da liberalizzare, mentre non è affatto chiara la ragione per la quale le cosiddette «clausole di salvaguardia» contenute nelle direttive debbano essere interpretate nel senso della preminenza assoluta delle istanze liberalistiche su quelle di protezione sociale, trattandosi del «confronto fra i principi fondamentali dell'Unione europea, ambedue ugualmente meritevoli di tutela.

d) Va infine contestato l'assunto della Commissione secondo cui la trasposizione nella legislazione italiana della direttiva sarebbe idonea a distorcere la concorrenza sul mercato dei servizi aeroportuali in favore delle imprese già insediate e a danno dei concorrenti potenziali. Invero:

il principio della libertà di concorrenza implica che gli operatori (nazionali e comunitari) godono di una effettiva eguaglianza di opportunità nell'ambito delle condizioni anche limitative, previste dalla normativa sociale; ciò non può costituire, per contro, il pretesto per liberare i medesimi dai vincoli in materia di legislazione sociale e del lavoro relativi a quel settore di attività. Come osservato nella sentenza della Corte di giustizia 27 gennaio 2001, nella causa C-172/1999, Oy Liikenne Ab, le normative comunitarie tese alla apertura dei mercati dei servizi non liberano affatto i soggetti che si aggiudicano i relativi appalti dalle normative di tutela e dai vincoli di natura sociale: esse sono solo dirette ad ottenere che gli operatori fruiscano dell'uguaglianza delle opportunità, in particolare per attuare i loro diritti alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi. Del resto, a voler aderire alle conclusioni della Commissione, si finirebbe per legittimare una potenzialità concorrenziale in favore dei nuovi concorrenti, giocata sul dumping sociale e sulla possibilità per questi ultimi di ridurre gli organici e il costo del lavoro.

Il costo derivante dalla operatività delle cosiddette «clausole sociali», lungi dal ritenersi lesivo della libera concorrenza, va invece considerato nel contesto globale dell'operazione economica, costituendo uno dei parametri o delle variabili che, nel libero gioco della competizione, inducono l'impresa ad effettuare talune valutazioni piuttosto che altre. Detto in altri termini, gli oneri posti alle imprese a tutela del lavoro dipendente non possono essere considerati – entro limiti ragionevoli – lesivi dei principi della concorrenza tra imprese, in quanto costituiscono dati neutri riferiti al mercato e alle precondizioni. Pertanto la clausola sociale contenuta nell'art. 14 co. 2, del d. lgs. n. 18/1999 non può configurarsi come misura restrittiva della prestazione dei servizi, costituendo questa, per contro, una legittima misura di protezione sociale, contestualmente definito-

*ria di vincoli per i soggetti subentranti riconoscibili a priori e non implicanti alcuna condizione di disuguaglianza delle opportunità ai fini dell'attuazione della richiamata libertà (oltre che della libertà di stabilimento).*

*Seppure si volesse dar credito all'opinione che segnala lo svantaggio dei nuovi concorrenti, consistente nell'impossibilità al momento del subingresso di scegliere il proprio personale e le dimensioni dell'organico, non si potrebbe dimenticare che il soggetto subentrante potrebbe pur sempre ricorrere a procedure di esodo collettivo o individuale, imposto o concordato, onde adeguare l'organico alle proprie esigenze organizzative e ai costi concorrenziali. (omissis) (f.to avv. Oscar Fiumara)».*

**Causa C-467/02 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Associazione CEE – Turchia – Familiare di lavoratore – Espulsione – Diritto di soggiorno – Art. 7, primo comma e art. 14 ARB 1/80 – Ordinanza del «Verwaltungsgericht» (Germania) emessa il 19 dicembre 2002, notificata il 4 marzo 2003 (cons. 5679/03, avv. A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Il signor Cetinkaya, nato il 24 gennaio 1979, è cittadino turco ma è cresciuto in territorio federale insieme alla sua famiglia.

Dal 1995 il Cetinkaya è in possesso di permesso di soggiorno a tempo indeterminato. A partire dal 1996 lo stesso risulta destinatario di una serie di condanne per delitti di minore, così integrando le condizioni richieste dalla «legge sugli stranieri» tedesca per l'espulsione (che di fatto viene comminata il 3 novembre 2000). Il 7 gennaio 2000 viene arrestato e inizia a scontare la pena nella casa di detenzione per minorenni fino a che, il 22 gennaio 2001, viene rilasciato per seguire una terapia per tossicodipendenti. Dopo averla interrotta per due volte di seguito, la terapia viene portata a termine con successo tanto che il tribunale decide di disporre la sospensione condizionale della pena residua. A partire da quella data il sig. Cetinkaya segue a Berlino dei corsi di recupero per conseguire un diploma di scuola media superiore. L'interessato ha proposto ricorso avverso l'espulsione invocando la decisione 1/80 del Consiglio di Associazione CEE/Turchia, i principi affermati nella Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, non ultimo, i principi affermati in materia dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

#### I QUESITI

1. – Se rientri nel campo di applicazione dell'art. 7, primo comma, della decisione 1/80 del Consiglio di associazione CEE-Turchia (ARB), la condizione di una persona che sia figlio di lavoratore turco, qualora il suo soggiorno sino al compimento della maggiore età sia stato autorizzato solo per motivi di conservazione dell'unità familiare.

2. – Se il diritto dei familiari all'accesso al mercato del lavoro, nonché alla concessione del rinnovo del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 7, primo comma (secondo trattino), possa essere limitato solo per motivi inerenti all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla salute, in conformità dell'art. 14 della decisione richiamata.

3. – Se la condanna ad una pena detentiva di tre anni per delitto di minore conduca all'uscita definitiva dal mercato del lavoro e quindi alla perdita dei diritti *ex art. 7*, primo comma (secondo trattino) anche quando sussistano concrete possibilità che venga del tutto scontata solo una parte della pena, ma quando peraltro si deve seguire in una prima fase, in concomitanza con la scarcerazione provvisoria, una terapia contro la droga ed in questo frattempo l'interessato non sia disponibile per il mercato del lavoro.

4. – Se la perdita di lavoro provocata da una pena privativa della libertà e l'impossibilità di fare domanda per un impiego conduca *eo ipso* ad una «volontaria disoccupazione» ai sensi dell'art. 6 n. 2 della decisione, che non impedisce la perdita dei diritti *ex art. 6 n. 1* e art. 7 primo comma.

5. – Se ciò valga anche qualora sia prevedibile un rilascio in tempi brevi, sia pure concomitante con una terapia contro la droga, e qualora una successiva attività lavorativa sia subordinata al conseguimento di una qualificazione molto elevata.

6. – Se, infine, il precipitato art. 14 ARB 1/1980 vada interpretato nel senso che debba essere presa in considerazione nel corso del procedimento giudiziario una sopravvenuta modifica favorevole all'interessato da parte delle competenti autorità.

**Causa C-472-02 (domanda pregiudiziale) – Rifiuti – Classificazione – Spedizioni intracomunitarie – Documenti di accompagnamento – Regolamento (CEE) 259/1993 – Ordinanza della Cour d'appel di Bruxelles (Belgio) – Iscritta il 31 dicembre 2002 (cons. 3312/03, avv. M. Fiorilli).**

#### IL FATTO

La società Siomab è titolare di un impianto di incenerimento in Bruxelles, che tratta i rifiuti domestici e i prodotti equiparati. Questa attività comporta la produzione di residui, principalmente di rosticci e di sali. Nel 2001 ha stipulato un contratto con una società tedesca per il sotterramento dei sali nelle gallerie delle miniere di sale del Teutschenthal, in Germania. Per effettuare il trasferimento del materiale in Germania la Siomab ha presentato un fascicolo di notifica allo Institut Bruxellois Pour La Gestion De L'Environnement (in prosieguo: IBGE) classificando la finalità della progettata spedizione come «recupero R 5», che corrisponde al riciclo/recupero di sostanze inorganiche. L'autorità belga ha riqualificato la finalità della progettata spedizione come «smaltimento di rifiuti», vale a dire classificandola come D 12, che corrisponde al «deposito permanente (ad esempio, sistemazione di contenitori in una miniera)», conseguentemente ha rettificato la dichiarazione della Siomab. L'autorità di destinazione non ha dato il proprio assenso alla spedizione in quanto «La casella 9 del documento di notifica contiene il codice D 12 (deposito permanente, ad esempio sistemazione di contenitori in una miniera) a seguito di modificazione della iscrizione iniziale. In tal caso, si tratta di un procedimento di smaltimento di rifiuti. Vi si oppone il fatto che, secondo le autorizzazioni di diritto minerario in vigore, nella miniera Teutschenthal è consentito unicamente il recupero di rifiuti e non

già il loro smaltimento (decisione 8 gennaio 2002)». L'IBGE ha restituito la notifica alla Siomab precisando che la medesima poteva presentare una nuova notifica classificando lo scopo della spedizione con il codice di trattamento D 12 «oppure proporre adeguato ricorso contro la nostra decisione».

Tanto ha dato causa a due iniziative giudiziarie, l'una per contestare la legittimità della decisione, l'altra per la condanna della IBGE a trasmettere all'autorità competente di destinazione in Germania la notifica senza modificare la qualificazione della finalità della spedizione, e cioè «recupero R 5, riciclaggio/recupero di sostanze inorganiche».

### I QUESITI

In relazione alle rispettive prospettazioni difensive, tutte basate sulla interpretazione del regolamento (CEE) n. 259/1993, l'una che in materia di spedizione dei rifiuti per il riciclo non sarebbe possibile all'autorità di spedizione di non trasmettere la notifica alla autorità competente di ricevimento, e l'altra che la autorità di spedizione ha il potere e il dovere di verificare la classificazione del progetto di spedizione e non è quindi tenuta alla notifica in caso di frode al regolamento, la Cour d'Appel di Bruxelles sezione IX con sentenza 20 dicembre 2002 sottopone a codesta Corte i seguenti quesiti:

«Nel caso in cui uno Stato membro ricorra al sistema di notifica del documento di accompagnamento da parte della autorità competente di spedizione ai sensi dell'art. 3 n. 8 e dell'art. 6 n. 8 del regolamento (CEE) 1° febbraio 1998, n. 259, relativo alla sorveglianza e al controllo delle spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità europea, nonché in entrata e in uscita dal suo territorio, se gli articoli 3 n. 8, 4 n. 3, 6 n. 8, 7 n. 4 e 26 del regolamento debbano essere interpretati nel senso che:

A) l'autorità competente di spedizione ai sensi di tale regolamento, legittimata a verificare se un progetto di spedizione classificato nella notifica come «spedizione rifiuti a fini di recupero» corrisponda effettivamente a tale classificazione, può, qualora la ritenga errata:

1. rifiutare la trasmissione del documento che accompagna lo svolgimento della pratica a causa di tale classificazione errata invitando il notificatore a trasmetterle un nuovo documento di accompagnamento;

2. procedere alla trasmissione del documento di accompagnamento previa riclassificazione del progetto di spedizione come «trasferimento di rifiuti a fini di smaltimento»;

3. procedere alla trasmissione del documento di accompagnamento contenente la classificazione errata accompagnando immediatamente tale trasmissione con una obiezione basata su tale errore di classificazione;

B) o, al contrario, nel senso che l'autorità competente di spedizione è tenuta ad inviare la notifica così classificata dal notificatore alla autorità competente di destinazione pur conservando la facoltà, qualora essa ritenga che la finalità della spedizione sia erroneamente classificata, di sollevare peraltro simultaneamente o a posteriori una obiezione motivata da tale errore di classificazione».

## NOTA

Il Governo italiano ha presentato le seguenti osservazioni.

«1. – 3. (omissis). 4. – *L'obiettivo fondamentale della politica comunitaria in materia di rifiuti è la drastica riduzione dei rifiuti destinati allo smaltimento (l'art. 1, lettera e) della direttiva 75/442/CEE modificata dalla direttiva 91/156/CEE- definisce lo «smaltimento» come « tutte le operazioni previste nell'All: II A») in discarica attraverso una loro riduzione alla fonte e il «recupero» dei medesimi «mediante riciclo, reimpiego, riutilizzo e ogni altra azione intesa a ottenere materie prime secondarie o l'uso di rifiuti come fonti di energia» (art. 3 della direttiva 75/442/CEE).*

5. – *Per conseguire un tale scopo è indispensabile una gestione integrata dei rifiuti, che non può prescindere dalla loro raccolta differenziata.*

6. – *Il sistema di gestione integrata dei rifiuti comporta la adozione di differenti modalità di trattamento al fine di garantire che la gestione dei rifiuti sia ambientalmente ed economicamente sostenibile. Significa, dunque, che la gestione dei rifiuti deve ridurre al minimo l'impatto ambientale e comportare un costo globale accettabile per gli operatori economici, i consumatori e le istituzioni. In definitiva, si può dire che gli unici rifiuti destinati alla discarica dovranno essere quelli non utilizzabili né come materiali, né come fonte energetica.*

7. – *Il regolamento 259/1993/CE disciplina la sorveglianza e il controllo delle spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità europea, nonché in entrata e uscita dal suo territorio. Il titolo II del regolamento, intitolato «Spedizione di rifiuti all'interno della Comunità» si articola in due capitoli distinti che trattano, il primo, della procedura applicabile alle spedizioni di rifiuti destinati ad essere smaltiti (capitolo A, artt. 3 – 5) e, il secondo, della procedura applicabile alle spedizioni di rifiuti destinati ad essere recuperati (capitolo B, articoli 6 – 11). La procedura prevista per questa seconda categoria di rifiuti è meno onerosa rispetto a quella applicabile alla prima categoria.*

8. – *La disciplina dettata per il trasporto dei rifiuti da uno Stato membro all'altro e/o a farli transitare attraverso uno o più Stati membri è improntata al mantenimento dei livelli di responsabilità e di garanzia per il perseguimento degli scopi della politica ambientale come concretizzati nella direttiva 75/442/CEE. La direttiva impone l'attuazione di un regime di controllo e di sorveglianza dell'attività degli agenti economici che intervengono nel ciclo dei rifiuti.*

9. – *Dal momento che la disciplina applicabile alle operazioni di smaltimento e alle operazioni di recupero dei rifiuti sono diverse, la qualificazione data alla operazione è rilevante. L'art. 30 n. 1 dispone: «Gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie per assicurare che la spedizione di rifiuti abbia luogo in conformità del presente regolamento. Tali disposizioni possono prevedere ispezioni degli stabilimenti e delle imprese in conformità dell'art. 13 della direttiva 74/442/CEE e controlli per campione delle spedizioni»*

10. – *Per la spedizione, e quindi per l'eventuale attraversamento del territorio di altro Stato membro, il produttore o il detentore di rifiuti («notificatore») invia una notifica all'autorità competente di destinazione trasmettendone*

*copia alle autorità competenti di spedizione e di transito nonché al destinatario (art. 6 n. 1). La notifica può essere inoltrata, se così dispone la legislazione nazionale, dalla autorità di spedizione a quella di destinazione. La notifica si effettua mediante il documento di accompagnamento rilasciato dalla autorità di spedizione (art. 6 n. 3) L'art. 6 n. 5 precisa quali informazioni devono essere fornite dal notificatore sul documento di accompagnamento, concernenti in particolare le operazioni relative al recupero menzionate nell'allegato II B della direttiva. Il notificatore deve stipulare con il destinatario un contratto per il recupero dei rifiuti ed una copia del contratto deve essere fornita, a richiesta, all'autorità competente (art. 6 n. 6). All'art. 7 n. 2 si stabiliscono il termine, le condizioni e le modalità che devono rispettare le autorità competenti di destinazione, di spedizione e di transito per formulare obiezioni sul progetto notificato di spedizione di rifiuti destinati ad essere recuperati.*

11. – *Tali obiezioni, sinteticamente, sono tutte relative a garantire la sicurezza del trasporto sotto il profilo della protezione dell'ambiente, dell'ordine pubblico, della sicurezza pubblica o della tutela della salute pubblica, l'effettivo recupero del rifiuto e la sua economicità e compatibilità ambientale.*

12. *Il procedimento applicabile ai rifiuti destinati allo smaltimento si distingue da quello relativo ai rifiuti destinati al recupero. L'art. 3.8 dispone che l'autorità di spedizione che ha ricevuto la notifica per l'inoltro alla autorità di spedizione ai fini del preventivo assenso può decidere di non procedere ad alcuna notifica qualora intenda essa stessa sollevare obiezioni immediate al trasferimento dei rifiuti destinati allo smaltimento. Altra particolarità è che la spedizione può essere effettuata solo dopo che il notificatore ha ricevuto la autorizzazione rilasciata dalla autorità competente di destinazione (art. 5 n. 1). Tale autorizzazione viene rilasciata solo qualora non siano state sollevate obiezioni né da parte dell'autorità competente di destinazione né da parte delle altre autorità competenti (art. 4 n. 2).*

*Sulle questioni pregiudiziali.*

13. – *Le questioni poste dal giudice belga sono di sostanza e non di forma, pure rilevante per una corretta applicazione della normativa comunitaria ad efficacia diretta.*

14. – *La spedizione a fini di smaltimento o di recupero costituisce esercizio del diritto alla libera iniziativa economica e, quindi, la spedizione va valutata alla luce del principio della libera circolazione delle merci.*

15. – *Si tratta di decidere quale sia la responsabilità degli Stati membri in relazione alla sorveglianza e al controllo sui rifiuti che sono spediti all'interno della Comunità in relazione alla corretta gestione dei rifiuti medesimi.*

16. – *Unico ostacolo legittimo alla spedizione è quello dell'accertamento che la medesima comporti la violazione dei principi di precauzione e prevenzione.*

17. – *Controllo e sorveglianza sono attribuiti in funzione della salvaguardia dell'ambiente, dell'ordine pubblico, della sicurezza pubblica, della salute pubblica o della gestione ottimale del rifiuto.*

18. – *Si deve ritenere che tali poteri siano attribuiti al singolo Stato membro unicamente in relazione alla presenza nel territorio nazionale del rifiuto specifico.*

19. – *In altri termini, il potere del singolo Stato membro si estende fino al limite in cui la gestione del singolo rifiuto leda interessi localizzati nel territorio di competenza.*

20. – *Il rilievo che dal sistema istituito dal regolamento discende – che tutte le autorità competenti destinatarie della detta notifica devono verificare se la classificazione adottata dal notificatore sia conforme alle disposizioni del regolamento stesso ed opporsi alla spedizione nel caso in cui tale classificazione sia errata (punto 40 della sentenza 27 febbraio 2002 in C-6/00) – deve essere correttamente inteso come potere inerente limitata verifica della spedizione in relazione al proprio ambito territoriale di responsabilità ambientale.*

21. – *La obiezione alla spedizione ha l'effetto di impedire il trasferimento, ma unicamente al territorio in cui si accerti la sussistenza delle circostanze specificate nell'art. 7 del regolamento per quanto concerne il rifiuto da recuperare e nell'art. 4 n. 3 del regolamento per lo smaltimento.*

22. – *Conseguentemente questi avrà il potere di negare la spedizione, il transito, lo smaltimento o il recupero unicamente se spedizione, transito, smaltimento o recupero avvengono nel territorio di competenza e tali operazioni possano ledere o mettere in pericolo interessi ambientali, sanitari, di sicurezza o di trasparenza della gestione ivi localizzati. Fuori di tale limite territoriale scatta il dovere di informazione nei confronti degli altri Stati, affinché siano messi in condizione di verificare a loro volta l'impatto sul territorio di competenza della gestione del singolo rifiuto.*

23. – *Il diniego apposto alla spedizione, al transito, all'ingresso hanno una diversa intensità inibitoria, che è collegata alla incidenza della operazione sul territorio di spedizione, di transito o di destinazione finale.*

24. – *In ultima analisi, la responsabilità della corretta gestione finale del singolo rifiuto oggetto della spedizione, sotto ogni profilo indicato dalla direttiva n. 75/444/CEE, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE e dalla decisione della Commissione 24 maggio 1996, 96/350/CE, spetta allo Stato di destinazione. È lo Stato di destinazione finale, quindi, che deve verificare la correttezza della spedizione e la legittimità, in relazione alle qualità intrinseche del singolo rifiuto proveniente da altro Stato, del suo smaltimento o recupero, e conseguentemente negare o permettere il trasferimento.*

25. *Le disposizioni circa il contenuto del documento di accompagnamento e gli obblighi di informazione contenute negli articoli 3 (spedizione per lo smaltimento) e 8 (spedizione per il recupero) del regolamento confermano le deduzioni svolte. Merita altresì richiamare l'attenzione sul contenuto obbligatorio del contratto tra notificatore e destinatario (articoli 3 n. 6, e 8 n. 6) e, in particolare, sull'obbligo del notificatore di riprendere i rifiuti qualora la spedizione non sia stata effettuata come previsto o sia stata effettuata in violazione del regolamento, e del destinatario di fornire al notificatore non oltre 180 giorni dal ricevimento dei rifiuti un certificato che attesti che lo smaltimento o il recupero dei rifiuti è stato effettuato secondo metodi ecologicamente corretti.*



26. – Tali disposizioni confermano che sia lo Stato di spedizione che quello di destinazione finale mantengono il controllo sulla gestione del singolo rifiuto, seppure con diversa intensità, ma sempre con riferimento alla normativa comunitaria di riferimento nella specifica materia.

27. – Alla luce delle precedenti considerazioni, si propone di risolvere la questione A come segue: dal sistema istituito dal regolamento (CEE) n. 259/1993 discende che l'autorità competente di spedizione è legittimata a verificare se un progetto di spedizione classificato nella notifica come «spedizione di rifiuti a fini di recupero» corrisponda effettivamente a tale classificazione unicamente per gli effetti che tale classificazione possa avere sul territorio su cui ha giurisdizione relativamente alla compromissione della tutela ambientale di cui alla direttiva 75/444/CEE o degli altri valori sottesi alle altre specifiche cause di legittima inibizione previste negli articoli 4 n. 3 e 7 n. 4. In tal caso non può né rettificare la classificazione indicata dal notificatore, né tantomeno rifiutarsi di trasmettere il documento di notifica alla autorità competente di destinazione, ma deve limitarsi a sollevare contestualmente o nel termine previsto dal regolamento una obiezione alla spedizione motivata con riferimento alla erronea classificazione.

28. – La questione B) è assorbita dalla risposta alla questione A) (f.to avv. Maurizio Fiorilli).».



# IL CONTENZIOSO NAZIONALE

*Dossier*

## ***Spoils system: la giurisprudenza comincia a pronunciarsi sulle questioni insorte a seguito della legge n. 145/2002.***

Come è noto con la legge in epigrafe indicata sono state apportate rilevanti modifiche alla disciplina concernente la dirigenza pubblica, soprattutto in relazione al regime degli incarichi. Contemporaneamente alle modifiche riguardanti l'art. 19 del D.Lgs.vo 165/2001, che costituisce la fondamentale norma di riferimento per tutto quanto attiene agli incarichi dirigenziali, al fine di consentire l'immediata attuazione della riforma nell'art. 3, comma settimo, della legge n. 145 del 2002, è stata prevista a decorrere dal sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge la cessazione degli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale (e di quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato) e, in caso di mancata riattribuzione dell'incarico in precedenza svolto, il conferimento al dirigente cessato di un incarico di livello retributivo equivalente al precedente ovvero, in caso ciò non fosse possibile, per carenza di disponibilità di idonei posti di funzione o per la mancanza di specifiche qualità professionali, l'attribuzione di un incarico di studio con il mantenimento del precedente trattamento economico.

L'attuale Governo nell'esercizio delle prerogative attribuitegli dal legislatore ha effettuato diversi cambiamenti, sia all'interno dei singoli Ministeri sia in relazione ad incarichi di livello dirigenziale generale presso enti pubblici controllati e vigilati dallo Stato attribuiti a dirigenti pubblici. Molti dei dirigenti che non si sono visti riconfermare (il legislatore ha fra l'altro previsto che la mancata assunzione di qualsivoglia provvedimento nel termine di sessanta giorni dalla entrata in vigore della legge avrebbe significato l'implicita riconferma del dirigente nell'incarico già attribuitogli) o riattribuire l'incarico di cui erano titolari o incarico

avente ad oggetto funzioni equivalenti si sono rivolti alla magistratura ordinaria e amministrativa, contestando sotto molteplici profili l'operato dei singoli Ministri e chiedendo l'adozione delle misure cautelari ritenute più idonee a salvaguardare i propri interessi.

Mediante la presente rassegna ci si propone di dar conto delle varie questioni dibattute e delle posizioni assunte dalla giurisprudenza nel corso di questa prima fase. Posizioni inevitabilmente condizionate dalle caratteristiche proprie del giudizio cautelare nel quale il giudice procede ad un apprezzamento comunque non completo ed esaustivo delle questioni sottoposte alla sua cognizione ed alla sussistenza della gravità ed irreparabilità del pregiudizio che costituisce presupposto indefettibile per concedere la tutela cautelare.

1. – *L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della nuova legge.* L'art. 3, comma settimo, della legge precisa che le disposizioni di cui al predetto articolo in materia di incarichi dirigenziali (e di ingresso dei funzionari internazionali nella pubblica amministrazione) trovano diretta applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura. Se il concetto di ente vigilato non ha creato particolari problemi, ricomprendendo tutti quegli Enti che in vario modo sono «controllati» dai singoli Ministeri, cosicché le disposizioni della nuova legge sono state ritenute applicabili all'I.N.P.S., all'I.N.A.I.L., all'I.S.F.O.L. e all'I.S.P.E.S.L., maggiori problemi, invece, pone la delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione della nuova disciplina presso i suddetti enti. In particolare è controverso se la cessazione generalizzata dagli incarichi disposta dall'art. 3, comma settimo, della legge 145/2002 riguardi soltanto l'incarico di Direttore Generale dell'Ente (naturalmente laddove tale figura sia prevista) ovvero anche gli altri incarichi che per effetto di apposita disposizione di legge debbono essere conferiti a Dirigenti Generali (si pensi ad esempio all'incarico di componente del Collegio Sindacale dell'I.N.P.S. o dell'I.N.A.I.L.). Soprattutto il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha seguito questa seconda interpretazione, sostanzialmente disattendendo le indicazioni della circolare interpretativa 31 luglio 2000 del Ministro della Funzione Pubblica. La giurisprudenza che si è occupata della questione si è mostrata propensa ad interpretare in modo assai restrittivo e rigoroso la disposizione (esemplificativa al riguardo è l'ordinanza n. 2867/2003) ma vi è anche una pronuncia che ha fatto propria la tesi sostenuta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (ordinanza del 10 febbraio 2003).

2. – *La giurisdizione.* Una delle più importanti novità della nuova legge è costituita dal fatto che, al contrario di quanto accadeva in precedenza, l'incarico dirigenziale deve essere conferito mediante apposito

provvedimento amministrativo nel quale è indicato anche il suo oggetto, mentre il contratto è destinato esclusivamente a regolare gli aspetti di carattere patrimoniale del rapporto di lavoro connesso all'espletamento dello stesso. Tale cambiamento ha creato ancora maggiori incertezze in ordine alla individuazione del giudice competente a conoscere delle controversie concernenti il conferimento degli incarichi dirigenziali. In molti casi sono stati investiti della medesima controversia sia il giudice ordinario sia il giudice amministrativo, sostenendosi che rispetto ai provvedimenti assunti dall'Autorità Politica il dirigente sarebbe titolare di posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo in ragione delle quali, nonostante quanto disposto dall'art. 63 del D.Lgs.vo 165/2001 (a norma del quale le controversie concernenti il conferimento o la revoca degli incarichi sono o devolute alla giurisdizione del G.O.), residuerebbe in materia anche la giurisdizione del G.A. Sulla questione dovranno pronunciarsi le Sezioni Unite della Cassazione, in quanto sono stati proposti numerosi regolamenti preventivi di giurisdizione, uno dei quali si è ritenuto di inserire nella presente rassegna. Precipitato che in tutte le difese svolte si è sostenuto che la giurisdizione in ordine alle controversie in questione spetta al solo giudice ordinario, alla stregua di quanto previsto dalla norma sopra citata, va sottolineato che in molti casi è stata sostenuta la giurisdizione del giudice amministrativo in considerazione del fatto che l'impugnativa non ha riguardato solo i provvedimenti di volta in volta assunti dalla singola P.A., ma anche la circolare interpretativa del Ministro della Funzione Pubblica.

3. – *La questione della costituzionalità della legge.* Praticamente in tutti i giudizi instaurati in relazione agli incarichi attribuiti in attuazione della legge 145/2002.

In primo luogo è stata eccepita sotto molteplici profili l'illegittimità costituzionale della disciplina concernente gli incarichi dirigenziali, e in particolare della norma con la quale è stata disposta *ex lege* la cessazione automatica di tutti gli incarichi in essere. In molti casi sono state riprese e sviluppate argomentazioni alla luce delle quali era già stata eccepita l'illegittimità costituzionale dell'intero impianto normativo in cui si sono innestati gli interventi effettuati con la legge 145/2002, in sostanza risalente al D.Lgs.vo 29/93 con il quale sono stati ridisegnati i rapporti fra l'Autorità Politica e la Dirigenza, attribuendo un ruolo a se stante alla figura del direttore generale, cui si sono poi aggiunte osservazioni volte a dimostrare l'incostituzionalità della disposta cessazione automatica degli incarichi. Nel rinviare a quanto dedotto sul punto nella memoria che si è scelto di affiancare alle ordinanze più interessanti va evidenziato che la magistratura si è dimostrata assolutamente compatta nel ritenere del tutto impossibile l'esame della questione di costituzionalità di volta in volta prospettata in sede di giudizio cautelare. In una sola ordinanza del 3 febbraio 2003 il Giudice Adito

si sofferma sui vari profili di incostituzionalità prospettati dalla parte istante evidenziandone, seppure con motivazione molto succinta, la manifesta infondatezza.

4. – *Le altre questioni connesse alle modalità procedurali da seguire per il conferimento degli incarichi.* A prescindere dalle questioni di costituzionalità, i provvedimenti assunti dai singoli Ministri sono stati contestati siccome ritenuti il frutto di una non corretta applicazione delle norme di legge. In particolare è stato strenuamente sostenuto che il combinato disposto dell'art. 19, commi primo e secondo, nuovo testo, imponeva l'effettuazione di una valutazione comparativa dei singoli aspiranti che tenesse conto delle attitudini e dei risultati da ciascuno conseguiti e soprattutto che andassero con chiarezza espresse e motivate le ragioni per le quali il singolo dirigente non si era visto riconfermare o riattribuire l'incarico da cui era cessato *ex lege*. In contrario si è sostenuto che la norma che regola il conferimento degli incarichi impone esclusivamente di motivare in modo congruo la scelta del singolo, ovviamente in relazione alla professionalità ed alle peculiari esperienze dal medesimo motivate, fermo restando che l'Autorità Politica mantiene un margine di discrezionalità in ragione del fatto che, a causa della particolare posizione che oggi riveste il Direttore Generale (cfr. art. 16 del D.Lgs.vo 165/2001 ove sono descritti funzioni e poteri del medesimo), il rapporto che lo lega all'Autorità Politica ha sicuramente carattere fiduciario. La giurisprudenza, nei casi in cui si è pronunciata su siffatte questioni, ha decisamente escluso la necessità di valutazioni comparative o di motivare la mancata conferma o riattribuzione dell'incarico al dirigente cessato e condiviso anche le considerazioni sulla base delle quali si è sostenuta la fiduciarità del rapporto.

5. – *L'incarico avente ad oggetto funzioni equivalenti.* In molti casi il dirigente cessato dall'incarico ha, seppure in via subordinata, contestato l'operato della P.A. per non essersi visto attribuire incarico avente ad oggetto funzioni come previsto dal già citato articolo 3, comma settimo, della legge 145/2002. Secondo la tesi adombrata in numerosi ricorsi il dirigente cessato dall'incarico *ex lege* che non si è visto riconfermare (o riattribuire) l'incarico di cui era titolare aveva diritto a vedersi attribuire incarico avente ad oggetto funzioni equivalenti (ossia la titolarità di altro ufficio di livello dirigenziale generale), con precedenza rispetto agli altri dirigenti che astrattamente potevano aspirare a vedersi conferire il medesimo incarico, essendo in possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dalla legge. In contrario, richiamando anche la circolare del Ministro della funzione Pubblica, si è evidenziato che la legge ha tracciato una chiara sequenza procedimentale, in primo luogo attribuendo all'Autorità Politica la possibilità di provvedere al conferimento degli incarichi dirigenziali innovando rispetto alla situazione preesistente, cancellata dalla

cessazione automatica degli stessi e, solo in seconda battuta, imponendo alla stessa di attribuire la titolarità di incarichi concernenti uffici dirigenziali non affidati ad alcuno ai dirigenti cessati e non reincaricati. In tutte le ordinanze in cui la questione è stata affrontata è stato ribadito che il conferimento di incarico avente ad oggetto funzioni equivalenti presupponeva la disponibilità del posto, in mancanza del quale doveva ritenersi legittima l'attribuzione di incarico di studio.

6. – *L'incarico di studio*. A proposito di quest'ultimo, si ritiene di richiamare l'attenzione su di un gruppo di ordinanze del Tribunale di Roma emesse in giudizi instaurati nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, nelle quali si approfondiscono le caratteristiche del medesimo al fine di evidenziare che tale tipo di incarico in realtà non si differenzia dall'incarico di funzioni (salvo che non ne venga definito il contenuto dalla P.A. ovvero abbia un oggetto tale da trasformarlo in incarico insussistente o palesemente inutile). Trattasi di una serie di puntualizzazioni di particolare rilievo, in quanto la dirigenza senza dubbio vive l'attribuzione dell'incarico di studio come una vera e propria *deminutio* mentre l'art. 19, comma decimo, del D.Lgs.vo 165/2001 con chiarezza elenca una serie di funzioni (ispettive, di consulenza, di studio) che costituiscono il *propium* della qualifica dirigenziale ed hanno tutte eguale dignità; per il che il passaggio dall'uno all'altro incarico nell'ambito di un sistema che il legislatore ha voluto improntato al rispetto dei principi della *rotazione* e delle pari *opportunità* (cfr. art. 19 nella versione risultante dalle modifiche introdotte con la legge 145/2002) dovrebbe essere vissuto in modo molto meno traumatico di quanto nella realtà accade.

Avv. Tito Varrone

#### **Documenti e contributi:**

1. – *la circolare della Funzione pubblica;*
2. – *la questione di giurisdizione;*
3. – *la difesa di merito dell'amministrazione;*
4. – *le ordinanze cautelari del giudice del lavoro;*
5. – *la sentenza del TAR e l'appello;*
6. – *una autorevole dissenting opinion.*

## 1. – LA CIRCOLARE DELLA FUNZIONE PUBBLICA – 31 luglio 2002

**Presidenza del Consiglio dei Ministri – Modalità applicative della legge sul riordino della dirigenza.** (Emanata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica. Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* 5 agosto 2002, n. 182).

### 1. – *Premessa: le novità della legge.*

La *legge 15 luglio 2002, n. 145*, recante «Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato» pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica italiana - serie generale - n. 172 del 24 luglio 2002 che entra in vigore l'8 agosto 2002, contiene numerose e profonde modifiche dell'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, con particolare riguardo all'assetto complessivo della dirigenza statale.

Tra le innovazioni più significative, direttamente incidenti sulle disposizioni del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*, si segnalano le nuove regole che disciplinano il conferimento degli incarichi dirigenziali.

In questa parte, la legge valorizza le responsabilità politiche degli organi di vertice delle amministrazioni nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei ad attuare gli obiettivi definiti in sede programmatica.

Nel nuovo sistema normativo, ferma restando la natura del rapporto di lavoro disciplinato dalle disposizioni di diritto comune e dai contratti collettivi, il provvedimento di conferimento dell'incarico assume un ruolo centrale, delineando il contenuto dei compiti affidati ai dirigenti, in relazione agli scopi fissati negli atti di indirizzo politico-amministrativo.

In questo modo, viene attuato coerentemente il principio, fissato dall'art. 4 del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*, riguardante il necessario collegamento tra la definizione dei criteri direttivi dell'azione amministrativa, lo svolgimento dell'attività gestionale e la verifica dei risultati conseguiti, secondo parametri oggettivi.

Al tempo stesso, la riforma della dirigenza persegue lo scopo di accentuare il rilievo del merito professionale del personale pubblico più qualificato, allargando le opportunità offerte ai dirigenti di seconda fascia per accedere agli incarichi di livello dirigenziale generale.

Nella stessa logica di pieno riconoscimento delle competenze e delle doti espresse dai singoli, si pongono le disposizioni che allargano la possibilità di attribuire una parte degli incarichi ai dirigenti delle altre amministrazioni pubbliche e degli organi costituzionali, nonché alle persone, estranee all'amministrazione, di comprovata professionalità.

### 2. – *Le novità concernenti il conferimento degli incarichi dirigenziali.*

La presente circolare intende fornire le prime indicazioni interpretative delle nuove norme, con particolare riguardo alle disposizioni interessanti la cessazione e l'attribuzione degli incarichi dirigenziali nella fase di immediata attuazione della riforma.

La disciplina prevista dagli articoli 19 e 23 del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165* è radicalmente innovata in più punti, riguardanti le modalità di assegnazione degli incarichi e la definizione dei ruoli dirigenziali delle amministrazioni:

a) per il conferimento degli incarichi vanno ora considerati, insieme alla natura e alle caratteristiche dei compiti assegnati, alle attitudini ed alle capacità professionali del singolo dirigente, i risultati precedentemente conseguiti dall'interessato, in relazione agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro;

b) in ogni caso, i criteri di conferimento degli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale tengono conto delle condizioni di pari opportunità di cui all'art. 7, comma 1, del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*;

c) la definizione dell'oggetto e della durata dell'incarico (insieme agli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice nei propri atti di indirizzo e alle eventuali modifiche degli stessi che intervengano nel corso del rapporto, nonché alle risorse umane, finanziarie e strumentali), è contenuta nel provvedimento di conferimento dell'incarico stesso;



d) per gli incarichi previsti dall'art. 19, comma 3, l'individuazione del contenuto dell'incarico, che è attribuito con decreto del Presidente della Repubblica, è stabilita in separato provvedimento dell'organo di vertice (Presidente del Consiglio dei Ministri o Ministro competente);

e) il contratto individuale, che accede al provvedimento di conferimento, definisce il corrispondente trattamento economico;

f) la durata degli incarichi, fissata nel provvedimento di conferimento, deve essere correlata agli obiettivi prefissati, e, in ogni caso, non può eccedere, per gli incarichi di funzione dirigenziale di cui ai commi 3 e 4, il termine di tre anni e, per gli altri incarichi di funzione dirigenziale, il termine di cinque anni. Non è prevista una durata minima;

g) gli incarichi dirigenziali possono essere conferiti anche ai dirigenti non appartenenti ai ruoli delle amministrazioni statali, purché dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*, ovvero di organi costituzionali, nei limiti del 10% della dotazione organica dei dirigenti di prima fascia e del 5% della dotazione organica dei dirigenti di seconda fascia. Le percentuali indicate non incidono più sul contingente previsto dall'art. 19, comma 6, come avveniva nel contesto della precedente disciplina;

h) il nuovo sistema è caratterizzato da maggiore flessibilità ed apertura in ordine alla individuazione dei soggetti idonei a ricoprire gli incarichi dirigenziali. In particolare, gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale possono essere attribuiti a dirigenti di seconda fascia, fino al nuovo e più elevato limite del cinquanta per cento dei posti attribuibili. In tal modo si allarga sensibilmente l'originario limite, fissato nella misura di un terzo dei posti disponibili;

i) nella stessa prospettiva, si prevede un significativo aumento dei posti attribuibili a persone di comprovata qualificazione professionale non appartenenti ai ruoli dirigenziali, incrementando detti posti dal 5% al 10% della dotazione organica dei dirigenti di prima fascia e dal 5% all'8% della dotazione organica dei dirigenti di seconda fascia;

j) tutti gli incarichi di Segretario generale, di Capo di Dipartimento e di livello equivalente, previsti dall'art. 19, comma 3, cessano automaticamente entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo, considerando la stretta connessione di tali funzioni con gli indirizzi politico-amministrativi espressi dai vertici della struttura statale;

k) le disposizioni dell'art. 19 (così come riformulate dalla legge), per la loro peculiare valenza organizzativa, vengono espressamente qualificate come norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi;

l) il sistema del ruolo unico dei dirigenti statali è soppresso. In ogni amministrazione dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, è istituito un separato ruolo dei dirigenti, che si articola nella prima e nella seconda fascia, nel cui ambito sono definite apposite sezioni, in modo da garantire la eventuale specificità tecnica del personale;

m) peraltro, l'abrogazione del regolamento di cui al *d.P.R. 26 febbraio 1999, n. 150* (che disciplina il ruolo unico dei dirigenti statali) è differita all'entrata in vigore del nuovo regolamento, previsto dall'art. 10 della legge, destinato a disciplinare: le modalità di istituzione, l'organizzazione e il funzionamento dei ruoli dei dirigenti delle amministrazioni dello Stato nonché le procedure e le modalità per l'inquadramento, nella fase di prima attuazione, dei dirigenti di prima e seconda fascia del ruolo unico nei ruoli delle singole amministrazioni.

### 3. – *Le norme di immediata attuazione: la cessazione automatica degli incarichi nell'art. 3, comma 7, della legge.*

La complessità della riforma in atto richiede alcuni chiarimenti interpretativi, riferiti al periodo di immediata attuazione della legge. Si tratta di una fase particolarmente delicata, perché essa comporta il superamento del precedente assetto normativo, caratterizzato dal rilievo centrale del contratto individuale di lavoro nella definizione dell'oggetto e degli obiettivi degli incarichi dirigenziali.

La piena attuazione del nuovo modello organizzativo è subordinata alla costituzione dei ruoli dirigenziali delle singole amministrazioni, secondo le scadenze temporali stabilite dal regolamento di cui all'art. 10 della legge.

Anche prima di tale momento, però, le nuove disposizioni sono destinate ad assumere piena operatività, secondo modalità e tempi diversificati, che vanno accuratamente individuati, tenendo conto della disciplina espressamente diretta a regolare la fase transitoria. In particolare, l'art. 3, comma 7, contiene una disposizione di immediata applicazione (che individua il nucleo essenziale del regime transitorio della nuova disciplina), diretta ad incidere su due tipi di incarichi, in corso alla data di entrata in vigore della legge:

a) tutti gli incarichi dirigenziali concernenti i ruoli delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo;

b) tutti gli incarichi di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato, ove è prevista tale figura.

4. – *L'ambito di applicazione soggettivo della disciplina transitoria sugli incarichi in corso.*

L'ambito soggettivo di applicazione della norma transitoria è puntualmente definito dalla legge:

a) l'operatività della norma riguarda le amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, per quanto concerne gli incarichi dirigenziali;

b) per gli enti pubblici vigilati dallo Stato, la norma incide solo sugli incarichi di direttore generale (secondo quanto precisato in seguito), senza toccare l'assetto della dirigenza;

c) la norma transitoria non tocca le altre amministrazioni pubbliche, salvo quanto precisato al punto 19.

A tale riguardo si sottolinea che la legge di riforma (*legge 15 luglio 2002, n. 145*), all'art. 1, modificando l'art. 1, comma 2, del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*, ridefinisce l'ambito soggettivo delle amministrazioni disciplinate dallo stesso testo unico, includendovi: «l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) e le Agenzie di cui al *decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300*».

Dall'ambito applicativo dell'art. 3, comma 7, della legge sono esclusi i dirigenti delle istituzioni scolastiche che hanno acquisito la qualifica dirigenziale ai sensi del *decreto legislativo 6 marzo 1998, n. 59*, atteso il peculiare meccanismo di reclutamento, la disciplina specifica che li riguarda, l'applicabilità solo parziale del complesso normativo definito dagli articoli 19 e segg. del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*, nonché i contenuti e le specificità della funzione dirigenziale dei capi di istituto.

5. – *La disciplina transitoria e il personale dirigenziale non contrattualizzato.*

Circa l'applicazione della norma transitoria di cui all'art. 3, comma 7, alle amministrazioni sottoposte a discipline speciali ed in particolare agli incarichi di livello dirigenziale conferiti a personale non contrattualizzato, si fa riserva di specifiche istruzioni non appena sarà pervenuto il parere richiesto al riguardo al Consiglio di Stato.

6. – *La cessazione automatica degli incarichi statali di livello dirigenziale generale.*

La disciplina contenuta nell'art. 3, comma 7, prende in considerazione diverse fattispecie, assoggettandole a regole operative differenziate.

In primo luogo, si prevede una regola comune, riferita agli incarichi statali di livello dirigenziale generale ed agli incarichi di direttore generale degli enti vigilati dallo Stato: «Fermo restando il numero complessivo degli incarichi attribuibili, le disposizioni di cui al presente articolo trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura. I predetti incarichi cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione».

La disposizione introduce un termine legale finale di durata degli incarichi dirigenziali di livello generale e di quelli di direttore generale in atto. In tal modo, la regola imperativa di rango legislativo sostituisce con efficacia immediata ogni diversa previsione contenuta nei contratti individuali o nei provvedimenti di attribuzione degli incarichi in corso, prevalendo anche sulle (eventualmente) diverse previsioni della contrattazione collettiva.

L'effetto giuridico della cessazione dell'incarico è direttamente fissato dalla norma ed è correlato al mero decorso del tempo (sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge). Di conseguenza, la scadenza legale dell'incarico in corso non richiede necessariamente un atto esplicito dell'amministrazione, la cui adozione è dunque solo opportuna a fini meramente dichiarativi.

7. – *La posizione del dirigente generale cessato dall'incarico.*

Ciò chiarito, va peraltro evidenziato che la cessazione legale della durata dell'incarico comporta, per l'amministrazione, l'obbligo di adottare un ulteriore provvedimento esplicito, riguardante la posizione del dirigente cessato dall'incarico, avente uno dei seguenti contenuti:

- a) l'attribuzione al dirigente dello stesso incarico cessato, eventualmente modificato in relazione a singoli profili contenutistici (durata, aggiornamento degli obiettivi);
- b) l'attribuzione di un incarico funzionale equivalente;
- c) l'attribuzione di un incarico di studi, con il mantenimento del trattamento economico precedente, della durata massima di un anno.

Nel nuovo assetto normativo della dirigenza, l'atto di conferimento dell'incarico assume connotazione provvedimentale, ponendosi come determinazione conclusiva di un apposito procedimento amministrativo, nel quale si manifesta l'interesse pubblico correlato al perseguimento degli obiettivi definiti dall'organo di indirizzo politico-amministrativo. La legge qualifica espressamente l'atto di assegnazione delle funzioni dirigenziali come provvedimento, ponendo in rilievo il carattere unilaterale della determinazione.

Il carattere provvedimentale degli atti va riconosciuto anche alle determinazioni riguardanti la fase di immediata applicazione della legge, considerata dall'art. 3, comma 7.

Ne deriva che l'attività riguardante il conferimento degli incarichi, anche in mancanza di apposita disciplina di dettaglio, è assoggettata ai principi generali del procedimento amministrativo, con particolare riguardo alle regole partecipative ed all'obbligo dell'amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento ai soggetti destinatari dell'atto conclusivo.

Si intende, peraltro, che la comunicazione è riferita esclusivamente alla fase procedimentale concernente la determinazione riguardante l'incarico da affidare al dirigente cessato dalle originarie funzioni. Le regole procedurali, invece, non possono operare in relazione all'automatica cessazione dell'incarico, trattandosi di un effetto legale, che prescinde dallo svolgimento di un autonomo procedimento.

Non si può trascurare, poi, che la ristrettezza dei termini previsti dall'art. 3, comma 7, e l'esigenza di definire in tempi rapidi l'assetto organizzativo dei vertici dirigenziali dell'amministrazione consente di adottare forme semplificate di comunicazione partecipativa.

8. – *I tempi di adozione dei provvedimenti di conferimento dei nuovi incarichi di livello dirigenziale generale.*

L'art. 3, comma 7, fissa il termine di cessazione dell'incarico senza regolare i tempi per l'adozione dei provvedimenti concernenti l'assegnazione dei nuovi incarichi.

Al riguardo, si ritiene che la decisione di riattribuire al dirigente lo stesso incarico in atto alla data di entrata in vigore della legge può essere senz'altro adottata (secondo le nuove disposizioni previste dal riformato art. 19) anche prima della scadenza del sessantesimo giorno.

Infatti, la norma che prevede la cessazione degli incarichi al sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge sembra assumere una valenza essenzialmente organizzativa: essa mira a garantire che, nel termine finale di sessanta giorni, siano realizzati tutti gli adempimenti necessari per assegnare tempestivamente i nuovi incarichi. Ciò anche allo scopo di ridurre al minimo il periodo in cui il dirigente può svolgere solo attività di ordinaria amministrazione.

Il provvedimento formale di conferma, quindi, può legittimamente intervenire anche prima della scadenza del sessantesimo giorno, nel rispetto delle garanzie procedurali del dirigente.

Al contrario, le decisioni di attribuire al dirigente un incarico equivalente ovvero un incarico di studio, non potrebbero essere adottate prima della scadenza del sessantesimo giorno.

In ogni caso, sembra sempre possibile stabilire immediatamente (nel rispetto delle indicate garanzie partecipative) l'assegnazione dei dirigenti cessati ai nuovi incarichi dirigenziali, fissandone la decorrenza al sessantunesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge.

Peraltro, con specifico riferimento ai tempi per l'adozione dei provvedimenti concernenti l'assegnazione dei nuovi incarichi, si fa riserva di ulteriori indicazioni non appena sarà pervenuto il parere del Consiglio di Stato appositamente richiesto sull'argomento.

Sotto altro profilo, si osserva che la norma non stabilisce un termine perentorio entro cui deve essere adottato il provvedimento concernente l'attribuzione di un nuovo incarico equivalente o di un incarico di studio al dirigente cessato.

Tuttavia, si sottolinea che il ritardo dell'amministrazione potrebbe costituire fonte di responsabilità nei riguardi del dirigente. Infatti, occorre considerare che la parte variabile della retribuzione è strettamente connessa all'effettivo svolgimento dell'incarico.

Pertanto, si raccomanda alle amministrazioni di assegnare i dirigenti ai nuovi incarichi, evitando soluzioni di continuità con i precedenti.

9. – *L'ambito di applicazione della norma sulla cessazione di efficacia degli incarichi.*

La disposizione si riferisce, in modo puntuale, a tutti gli incarichi di livello dirigenziale generale, ossia ad una categoria chiaramente individuata di incarichi dirigenziali in senso ampio.

Pertanto, la norma riguarda anche gli incarichi di cui all'art. 19, comma 3 del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*: incarichi di Segretario generale di Ministeri, incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e incarichi di livello equivalente.

Questi tipi di incarico vanno considerati, sul piano sistematico, come uffici dirigenziali generali.

Del resto, risulta coerente con le linee generali della riforma che l'effetto della cessazione automatica degli incarichi in atto riguardi anche le posizioni di vertice dell'amministrazione, per le quali è più marcato il carattere fiduciario del rapporto.

Detta conclusione è rafforzata dalla circostanza che la legge ha riformulato l'art. 19, comma 8, stabilendo la nuova regola secondo cui gli incarichi di più elevato livello, previsti dal comma 3, cessano automaticamente allo scadere di novanta giorni dalla fiducia sul governo, imponendo l'adozione di un provvedimento espresso di conferma.

10. – *L'ambito di applicazione della normativa: gli incarichi in corso affidati a soggetti estranei al ruolo unico.*

La norma transitoria si riferisce, indistintamente, a tutti gli incarichi di livello dirigenziale generale.

Pertanto, essa comprende nel proprio ambito anche gli incarichi disciplinati dall'art. 19, comma 6, del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*.

Infatti, la regola transitoria prende in considerazione il profilo oggettivo e funzionale dell'assegnazione dell'incarico, e non quello meramente soggettivo riguardante l'appartenenza del dirigente al ruolo unico.

Ai fini dell'operatività della norma, poi, non assume alcun rilievo la circostanza che la fonte dei rapporti di questo tipo sia essenzialmente contrattuale.

Anzi, proprio la circostanza che in questi incarichi è accentuato il rilievo del profilo fiduciario e dell'accertamento delle specifiche qualità professionali dell'interessato impone di verificare, secondo le modalità attuative contenute nell'art. 3, comma 7, la coerenza dell'incarico con i nuovi obiettivi delineati dall'organo di direzione politica dell'amministrazione.

11. – *L'attività di ordinaria amministrazione alla data di entrata in vigore della legge.*

La norma prevede che dall'entrata in vigore della legge e fino alla scadenza del sessantesimo giorno (ovvero fino all'atto di conferma, eventualmente adottato prima di tale scadenza) i titolari degli incarichi di livello dirigenziale generale esercitano «esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione».

La definizione di «ordinaria amministrazione» va ricavata dal raffronto tra i principi civilistici e le funzioni proprie che l'ordinamento attribuisce ai dirigenti generali per il regolare funzionamento della amministrazione, tenendo conto anche delle indicazioni contenute nella direttiva generale del Ministro sull'attività amministrativa e sulla gestione per l'anno 2002.

In tal senso, assume un valore indicativo l'elencazione, non tassativa, contenuta nell'art. 16 del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*.

A titolo esemplificativo, eccedono, di norma, l'ordinaria amministrazione i seguenti tipi di atti:

la stipulazione di contratti passivi diversi da quelli riguardanti le forniture di beni e servizi necessari per il funzionamento dell'organizzazione;

l'affidamento degli incarichi dirigenziali di livello non generale;

l'approvazione di progetti, programmi, piani;

la promozione di liti (fatte salve le iniziative necessarie per garantire il recupero dei crediti dell'Amministrazione nei confronti dei terzi, oppure per impedire il decorso di termini di prescrizione o di decadenza);

gli atti di conciliazione e di transazione giudiziale e stragiudiziale;

le convenzioni, gli accordi di programma, gli accordi procedurali e gli accordi sostitutivi di provvedimenti, conclusi ai sensi dell'art. 11 della *legge 7 agosto 1990, n. 241*;

in generale, tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non strettamente necessari per garantire il regolare andamento della stessa.

Possono, invece, sempre di norma e a titolo esemplificativo, ritenersi comprese nell'ordinaria amministrazione, alla luce anche della giurisprudenza della Corte dei conti, le seguenti attività: gestione dei residui; spese per le quali esista una specifica e precostituita destinazione normativa che renda non necessaria la determinazione di priorità o l'adozione di specificazioni programmatiche; attività gestoria diretta a soddisfare diritti o corrispettivi dovuti a terzi se all'adempimento debba farsi luogo per scadenza di termini o perché richiesto dal creditore in base alla legge o al contratto; pagamenti mediante ruoli di spesa fissa; spese obbligatorie e d'ordine.

Nel periodo considerato, i dirigenti possono comunque adottare gli atti urgenti e indifferibili, con indicazione specifica dei motivi di urgenza e indifferibilità, in applicazione dei principi generali in materia di proroga degli organi scaduti. Detti atti saranno successivamente sottoposti a ratifica da parte del dirigente assegnato all'incarico.

Gli organi di governo di ciascuna amministrazione potranno, comunque, assumere eventuali ulteriori determinazioni volte ad individuare – in relazione alle specificità dei settori e alle indicazioni della direttiva generale sull'azione amministrativa e sulla gestione da essi adottata per il 2002 – atti da considerare di ordinaria o di straordinaria amministrazione.

La legge non stabilisce in modo espresso quali conseguenze derivino dall'adozione di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

In base ai principi generali, tuttavia, l'atto può costituire fonte di responsabilità per il dirigente ed incide negativamente sulla sua valutazione.

In ogni caso, per evitare situazioni di incertezza, una volta esaurita la fase transitoria, il dirigente nuovo titolare dell'incarico dirigenziale, nel più breve tempo possibile, può procedere al riesame degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, provvedendo a revocarli o a confermarli.

Peraltro, fino a quando non interviene l'annullamento (in sede amministrativa o giurisdizionale), il provvedimento continua a produrre i propri effetti giuridici, secondo i principi generali concernenti gli atti amministrativi illegittimi.

12. – *Gli incarichi dirigenziali di livello non generale in atto all'entrata in vigore della legge.*

Per gli incarichi di livello dirigenziale non generale, l'art. 3, comma 7, prevede una disciplina specifica, diversa da quella riferita agli altri incarichi: fermo restando il numero complessivo degli incarichi attribuibili, per gli incarichi di funzione dirigenziale di livello non generale, può procedersi, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, all'attribuzione di incarichi ai sensi delle disposizioni di cui al presente articolo, secondo il criterio della rotazione degli stessi e le connesse procedure previste dagli articoli 13 e 35 del contratto collettivo nazionale di lavoro per il quadriennio 1998-2001 del personale dirigente dell'Area I. Decorso tale termine, gli incarichi si intendono confermati, ove nessun provvedimento sia stato adottato.

La legge non determina la cessazione automatica degli incarichi in atto. Lo scopo della norma è quello di consentire alle amministrazioni di effettuare una anticipata valutazione dei dirigenti assegnati ai posti di livello non generale, in relazione alle soluzioni organizzative prescelte ed alla nuova definizione degli obiettivi e dei programmi riguardanti gli incarichi di livello generale.

In questa prospettiva, si evidenziano i tratti che caratterizzano la disciplina di immediata attuazione:

a) l'attività di valutazione degli incarichi in atto va considerata meramente facoltativa per tutte le amministrazioni;

b) la rotazione va effettuata nell'ambito dell'amministrazione presso cui il dirigente presta servizio;

c) la natura provvedimentale della eventuale determinazione di assegnare il dirigente ad un incarico diverso rispetto a quello in corso alla data di entrata in vigore della legge, comporta la piena applicazione delle regole partecipative di cui alla *legge 7 agosto 1990, n. 241*. In particolare, le amministrazioni competenti sono tenute ad applicare gli articoli 7 e seguenti della citata legge, assicurando l'effettiva partecipazione dei soggetti coinvolti nei processi di rotazione degli incarichi;

d) peraltro, la breve durata del termine previsto per l'adozione del provvedimento finale consente di evidenziare eventuali ragioni di urgenza e di semplificare le modalità di attuazione del contraddittorio con gli interessati;

e) il provvedimento di attribuzione di un nuovo incarico va adeguatamente motivato, in relazione ai diversi parametri considerati dal riformulato art. 19, ed agli elementi indicati dalla contrattazione collettiva, con riguardo alla rotazione degli incarichi;

f) in mancanza di espliciti provvedimenti, adottati nel termine di novanta giorni dall'entrata in vigore della legge, gli incarichi si intendono confermati. La scelta legislativa è chiaramente indirizzata nel senso di ritenere superfluo un esplicito provvedimento che disciplini il contenuto dell'incarico dirigenziale;

g) si sottolinea che il termine legale entro il quale le amministrazioni devono adottare il provvedimento di attribuzione dell'incarico ha natura perentoria;

h) detta soluzione interpretativa è coerente, del resto, con le esigenze di semplificazione e di funzionalità della struttura organizzativa delle singole amministrazioni. Essa si connette, razionalmente, all'impostazione gradualista della legge che, sul piano cronologico, prevede differenziate modalità di attuazione;

i) fino alla scadenza del termine di novanta giorni (o comunque, fino all'adozione del provvedimento di attribuzione di un nuovo incarico), il dirigente resta investito della pienezza delle attribuzioni;

j) gli incarichi confermati restano regolati dal contratto individuale di lavoro, in relazione a tutti i profili considerati, compresi quelli della durata e della individuazione dei compiti. Peraltro, trova immediata applicazione la nuova norma sulla durata massima dell'incarico, che non può essere superiore ai cinque anni;

k) per esigenze organizzative e di coerenza complessiva del sistema, tuttavia, è necessario che, per tutti i rapporti confermati, si proceda alla sostituzione dei contratti con i corrispondenti provvedimenti di conferimento dell'incarico, accompagnati dai contratti accessivi per la disciplina della parte economica. Ogni amministrazione attuerà gradualmente questo processo di adeguamento, anche oltre il termine dei novanta giorni, che riguarda esclusivamente la procedura di rotazione degli incarichi.

13. – *La determinazione di attribuire al dirigente generale un incarico diverso da quello in corso.*

L'art. 3, comma 7, prevede che «In sede di prima applicazione dell'art. 19 del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*, come modificato dal comma 1 del presente articolo, ai dirigenti ai quali non sia riattribuito l'incarico in precedenza svolto è conferito un incarico di livello retributivo equivalente al precedente. Ove ciò non sia possibile, per carenza di disponibilità di idonei posti di funzione o per la mancanza di specifiche qualità professionali, al dirigente è attribuito un incarico di studio, con il mantenimento del precedente trattamento economico, di durata non superiore ad un anno. La relativa maggiore spesa è compensata rendendo indisponibile, ai fini del conferimento, un numero di incarichi di funzione dirigenziale equivalente sul piano finanziario, tenendo conto prioritariamente dei posti vacanti presso l'amministrazione che conferisce l'incarico».

La norma, pur riferendosi, genericamente, agli incarichi previsti dall'art. 19, non si applica agli incarichi di livello dirigenziale non generale: la disciplina transitoria sulla rotazione degli incarichi è, infatti, completa ed incompatibile con le particolari regole in esame.

In via prioritaria, l'amministrazione conferisce al dirigente cessato dalla precedente funzione un incarico di livello retributivo equivalente.

Al riguardo, si sottolinea che per incarico equivalente si intende, ai sensi dell'art. 13 del C.C.N.L. per il quadriennio 1998-2001 del personale dirigente dell'Area 1, quello cui corrisponde una retribuzione di posizione complessiva di pari fascia ovvero una retribuzione di posizione il cui importo non sia inferiore del 10% rispetto a quello precedentemente percepito.

Ciò non impedisce, peraltro, che al dirigente possa essere attribuito un incarico di maggiore livello retributivo.

In ogni caso, la possibilità di attribuire l'incarico equivalente è subordinata ad una duplice condizione:

- a) la disponibilità di un posto con queste caratteristiche oggettive;
- b) il possesso di specifiche qualità professionali.

Con riguardo al primo requisito, si osserva che la disponibilità va verificata all'esito delle altre assegnazioni agli uffici di livello dirigenziale generale, non essendo configurabile una sorta di prelazione del dirigente cessato dall'incarico sui posti vacanti alla data di entrata in vigore della legge.

Il secondo presupposto (possesso di specifiche qualità professionali) va anzitutto riferito, oggettivamente, alle intrinseche caratteristiche dell'incarico, valutato nella sua eventuale specificità professionale e tecnica. Peraltro, nella scelta di non assegnare al dirigente l'incarico equivalente possono assumere rilievo anche considerazioni riguardanti le attitudini professionali dell'interessato, debitamente evidenziate ed accertate.

Occorre considerare, in ogni caso, che anche l'attribuzione del nuovo incarico è subordinata alla valutazione degli elementi indicati nel riformulato art. 19.

Ciò posto, si sottolinea la necessità di esprimere una congrua motivazione in merito alla decisione di non attribuire al dirigente cessato un incarico di livello equivalente.

Si intende, poi, che l'incarico funzionalmente equivalente deve essere di livello dirigenziale generale. Pertanto esso è valutabile per il computo del periodo quinquennale necessario per il passaggio dalla seconda alla prima fascia del ruolo dirigenziale, ai sensi dell'art. 23, comma 1, del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*.

La durata dell'incarico va determinata secondo le regole generali, stabilite, a regime, dal riformulato art. 19. Pertanto, non opera il limite massimo di un anno, previsto solo per gli incarichi di studio.

La regola concernente l'attribuzione di un incarico equivalente vale anche per i cessati incarichi previsti dall'art. 19, comma 6. In tal caso, tuttavia, occorrerà considerare con particolare attenzione il requisito del possesso di specifiche qualità professionali, espressamente previsto dalla norma.

L'incarico esterno è legato, all'origine, ad una apposita valutazione delle caratteristiche soggettive dell'interessato ed alle sue particolari doti, viste in stretta relazione con il contenuto delle funzioni.

Pertanto, una volta cessato l'incarico esterno, senza riattribuzione all'originario titolare, l'individuazione di un eventuale incarico «equivalente», va compiuta tenendo conto dei suddetti connotati.

#### 14. – *Il conferimento di un incarico di studio.*

Nelle ipotesi in cui non sia possibile attribuire un incarico di livello equivalente, l'amministrazione conferisce al dirigente un incarico di studio, con il mantenimento del precedente trattamento economico, per la durata massima di un anno.

La possibilità di fissare una durata dell'incarico inferiore all'anno va circoscritta alle sole ipotesi in cui il periodo residuo dell'originario rapporto sia, a sua volta, inferiore all'anno. È evidente che la durata dell'incarico di studio non potrebbe eccedere la scadenza naturale del rapporto.

Nel caso dell'incarico di studio, la previsione normativa è diversa da quella concernente il conferimento dell'incarico equivalente, poiché la garanzia economica prevista riguarda l'intero ammontare del trattamento economico precedentemente percepito, compresa, quindi, la retribuzione di risultato e senza alcuna percentuale di riduzione.

La scelta legislativa deriva dalla circostanza che l'incarico ha una durata ridotta, fino al limite massimo di un anno.

Si sottolinea che gli incarichi di studio in questione sono comunque da considerarsi aggiuntivi rispetto a quelli di cui all'art. 19, comma 10, del *decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*, poiché questi ultimi corrispondono a posti di funzione. La norma di garanzia si applica anche agli incarichi di livello dirigenziale generale assegnati ai sensi dell'art. 19, comma 6.

Infatti, la regola non è riferita allo specifico *status* del dirigente, ma al dato oggettivo della cessazione dell'incarico.

Del resto, la *ratio* della disposizione è quella di ristorare il pregiudizio economico subito dal titolare dell'incarico cessato automaticamente.

Questa esigenza si manifesta in modo analogo tanto per i dirigenti del ruolo unico, quanto per i soggetti estranei all'amministrazione. Anzi, per questi ultimi, la cessazione anticipata del rapporto è idonea a determinare effetti patrimoniali più gravi, proprio per la carenza dello *status* dirigenziale e per l'impossibilità di applicare le ulteriori norme di garanzia previste dall'ordinamento e dalla contrattazione collettiva.

Per le stesse ragioni, la norma di garanzia opera anche a vantaggio dei dirigenti cessati da uno degli incarichi conferiti ai sensi dell'art. 19, comma 3.

L'incarico di studio ha un'equivalenza meramente economica, e non funzionale, con quella di livello dirigenziale generale: pertanto, l'incarico non è valutabile per i dirigenti iscritti alla seconda fascia, ai fini del passaggio alla prima.

Da ultimo, si sottolinea l'esigenza di corredare il provvedimento di conferimento dell'incarico di studi con un'adequata motivazione, secondo i principi fissati dall'art. 3 della *legge 7 agosto 1990, n. 241*.

#### 15. – *La copertura finanziaria degli incarichi di studio.*

La norma di garanzia, concernente l'assegnazione del dirigente ad un incarico di studi di livello retributivo equivalente, non deve comportare aggravii di spese.

A tale scopo, l'art. 3, comma 7, prevede un apposito meccanismo di compensazione. La copertura della maggiore spesa si effettua «rendendo indisponibile ... un numero di incarichi di funzione dirigenziale equivalente sul piano finanziario».

La norma impone di assicurare un equilibrio finanziario, riferito a tutti (e solo) gli incarichi di livello dirigenziale. Pertanto, la compensazione ben potrebbe essere effettuata rendendo indisponibili posti di livello dirigenziale non generale. Al contrario, non è possibile la compensazione con posti di carattere non dirigenziale.

La legge individua, poi, un meccanismo tassativo di copertura. Pertanto, l'aggravio economico non può essere compensato mediante altre forme di risparmio o da altre entrate della stessa amministrazione.

Il calcolo economico della compensazione va effettuato in concreto da ciascuna amministrazione, sulla base del raffronto tra il trattamento economico del dirigente assegnato ad incarico di studio e quello attribuibile per i posti di dirigente di prima e di seconda fascia resi indisponibili.

La diversa articolazione della misura dei trattamenti economici complessivi vigenti nell'ambito di ogni singola amministrazione, e nell'intero apparato statale, impedisce di ipotizzare rapporti fissi ed astratti.

L'equivalenza finanziaria va formalmente dimostrata con apposito provvedimento dirigenziale del responsabile del trattamento economico, da assumere contestualmente al conferimento di ciascun incarico di studio. Si intende, quindi, che ogni provvedimento di attribuzione di un incarico di studi dovrà indicare con chiarezza le modalità della copertura economica dell'atto, mediante un puntuale riferimento agli incarichi resi indisponibili per attuare la prevista compensazione.

Quest'ultima va, quindi, effettuata tenendo conto che l'importo dell'effettiva maggiore spesa relativa alle retribuzione complessiva conservata dall'interessato, in applicazione della vigente contrattazione collettiva, deve trovare corrispondenza con l'economia complessiva realizzata dalla indisponibilità di uno o più posti di funzione (di livello dirigenziale generale e non generale).

Qualora il rapporto tra l'importo oggetto di compensazione e quello connesso all'indisponibilità dell'incarico risulti superiore all'unità, l'equivalenza sul piano finanziario va realizzata prolungando l'indisponibilità di un posto dirigenziale per la frazione di anno necessaria a coprire la differenza di spesa.



16. – *L'indisponibilità dei posti dirigenziali presso altre amministrazioni.*

La disposizione stabilisce che il meccanismo di compensazione finanziaria si effettua «tenendo conto prioritariamente dei posti vacanti presso l'amministrazione che conferisce l'incarico».

La norma afferma il principio secondo cui il meccanismo della compensazione può operare, sia pure in via del tutto eccezionale, anche tra amministrazioni diverse, purché sia assicurata, nel complesso, la copertura finanziaria dell'incarico stesso.

La concreta attuazione del principio della compensazione tra amministrazioni diverse presuppone, peraltro, la definizione, effettuata dal Governo in sede collegiale e programmatica, dei criteri e dei principi in base ai quali determinate amministrazioni debbano tenere indisponibili i propri posti dirigenziali, per consentire la copertura degli incarichi di studio, nell'interesse di altre amministrazioni.

Allo stesso scopo, resta ferma, in ogni caso, la possibilità di realizzare appositi accordi tra amministrazioni statali diverse. Allo scadere dell'incarico di studio, la posizione dell'interessato sarà definita in modo diverso, in considerazione dello *status* in concreto rivestito.

Al riguardo possono indicarsi le tre principali ipotesi:

per gli incarichi di cui all'art. 19, comma 6, al termine dell'anno (o del più breve periodo eventualmente previsto), il rapporto con l'amministrazione presso la quale si presta servizio si deve considerare cessato;

per gli incarichi attribuiti a dirigenti iscritti alla prima fascia del ruolo, l'amministrazione procederà ad assegnare all'interessato un nuovo incarico, secondo le regole ordinarie previste dall'art. 19, come riformulato dalla legge di riforma;

per gli incarichi di livello generale attribuiti a dirigenti della seconda fascia, l'amministrazione procederà ad assegnare l'interessato ad un incarico di livello non generale, salva la possibilità di attribuire un incarico di livello generale, nei limiti dell'aliquota del cinquanta per cento dei posti.

17. – *La procedura per il conferimento degli incarichi nella fase transitoria.*

Le nuove procedure per i conferimenti degli incarichi vanno immediatamente applicate, anche nella fase transitoria, indipendentemente dalla piena operatività dei singoli ruoli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo.

Per evitare l'eccessiva durata dei tempi riservati alla gestione amministrativa ordinaria e per consentire alla Presidenza del Consiglio dei Ministri la tempestiva formalizzazione dei decreti di conferimento dei nuovi incarichi di funzione dirigenziale di livello generale, è opportuno che le singole amministrazioni attivino con immediatezza i relativi procedimenti:

l'organo di governo dell'amministrazione interessata formula la proposta di incarico, indirizzandola alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica;

la proposta contiene l'indicazione del soggetto proposto per l'incarico, insieme alla indicazione dei compiti e delle funzioni assegnate, comprese quelle di carattere aggiuntivo rispetto al posto considerato;

la proposta dà conto, in modo succinto, degli elementi indicati dall'art. 19, considerando anche le prescrizioni dell'art. 3, comma 7, nelle ipotesi in cui non si intenda riattribuire lo stesso incarico al dirigente cessato;

la proposta deve indicare il tipo di incarico, nel rispetto delle percentuali previste dall'art. 19, commi 4, 5-bis, 5-ter e 6, anche allo scopo di verificare il limite delle nuove misure percentuali stabilite dall'ordinamento per ciascun ambito di capienza in relazione alla dotazione organica di ciascuna amministrazione (dirigenti di seconda fascia; dirigenti di altre amministrazioni pubbliche, estranei);

la proposta è corredata dal *curriculum vitae* e professionale del soggetto proposto per l'incarico, nonché dal contratto individuale accessivo, per la parte economica del rapporto, stipulato tra l'organo di vertice ed il dirigente, redatto secondo lo schema allegato (Allegato 1). Il trattamento economico, sia principale che accessorio, del personale dirigenziale in regime di diritto pubblico risulta direttamente, oltre che da eventuali norme legislative o regolamentari, dal provvedimento di incarico o da separato ma connesso provvedimento;

la proposta di incarico è accompagnata anche da una bozza di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, predisposta secondo lo schema allegato (Allegato 2);

il Dipartimento della funzione pubblica inserirà in rete, secondo le consuete modalità di sicurezza ed accesso per ciascuna amministrazione, gli schemi di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e di contratto individuale predisposti in modo uniforme.

18. – *L'applicazione immediata delle nuove norme concernenti le aliquote per l'attribuzione degli incarichi dirigenziali.*

L'art. 3 della legge ha modificato, in più parti, la determinazione delle aliquote riguardanti il conferimento degli incarichi dirigenziali:

a) gli incarichi di livello dirigenziale generale possono essere attribuiti, fino alla misura massima del cinquanta per cento della dotazione organica, a dirigenti appartenenti alla seconda fascia;

b) gli incarichi dirigenziali possono essere assegnati a dirigenti di altre amministrazioni pubbliche o di organi costituzionali, nella percentuale massima del dieci per cento della dotazione organica di prima fascia e nella percentuale massima del cinque per cento della dotazione organica di seconda fascia;

c) gli incarichi dirigenziali possono essere attribuiti a persone di comprovata qualificazione professionale, non appartenente ai ruoli dirigenziali, nel limite massimo del dieci per cento (prima fascia) e dell'otto per cento (seconda fascia).

Le nuove percentuali sono riferite alla dotazione organica dei posti di ciascuna amministrazione. Pertanto, la disciplina in esame è pienamente applicabile dalla data di entrata in vigore della legge, tenendo conto dei posti dirigenziali previsti, e non è condizionata dalla istituzione dei ruoli delle singole amministrazioni.

In attesa della determinazione dei ruoli organici dirigenziali delle singole amministrazioni, la base di calcolo delle percentuali va individuata considerando le dotazioni organiche in atto, nonché i posti di funzione previsti istituzionalmente dai singoli ordinamenti, per lo svolgimento in posizione di fuori ruolo di funzioni connesse all'interesse dell'amministrazione.

Ai fini dell'esatto calcolo delle percentuali, restano fermi i criteri generali già applicati dall'Ufficio del ruolo unico della dirigenza del Dipartimento della funzione pubblica.

In particolare, qualora l'applicazione percentuale determini come risultato un numero con decimali, si procederà agli arrotondamenti di seguito indicati:

per eccesso, all'unità superiore, se il numero supera il limite dello 0,50;

per difetto, all'unità inferiore, se il numero è uguale o inferiore al limite dello 0,50.

È comunque opportuno che, a fini conoscitivi, ciascuna amministrazione trasmetta al Dipartimento della funzione pubblica un prospetto aggiornato da cui risultino, distintamente:

le dotazioni organiche degli incarichi di prima e seconda fascia;

il calcolo delle percentuali in relazione alle diverse ipotesi.

19. – *La cessazione degli incarichi di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato.*

L'art. 3, comma 7, sottopone gli incarichi di direttore generale degli enti vigilati dallo Stato, in atto alla data di entrata in vigore della legge, alla stessa regola prevista per i dirigenti di livello generale delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo: la cessazione dell'incarico alla scadenza del sessantesimo giorno.

Anche in questa ipotesi, dunque, valgono, in linea di principio, le stesse indicazioni interpretative riguardanti gli incarichi di livello dirigenziale generale nelle amministrazioni statali, salve le precisazioni di seguito esposte.

Innanzitutto, è necessario definire l'esatto ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della norma, in ragione della sua formulazione che comporta un'applicazione notevolmente ampia.

La disposizione comprende tutti gli enti pubblici, seppure diversamente denominati (istituto, consiglio, istituzione, centro e simili), comunque sottoposti alla vigilanza dello Stato.

Non rientrano nell'ambito operativo della norma le società partecipate dallo Stato, ancorché qualificabili, ad altri fini, come organismi di diritto pubblico.

Ciascuna amministrazione deve procedere ad effettuare la completa ricognizione degli enti vigilati, allo scopo di verificare l'esistenza della figura del «direttore generale», quale definita dall'ordinamento di ciascun ente, ed assicurare dunque la corretta applicazione della norma.

A tale proposito, sono necessarie alcune precisazioni in merito al contenuto dell'art. 3, comma 7.

In particolare, la norma circoscrive il proprio ambito applicativo alla sola posizione apicale della struttura amministrativa dell'ente. La cessazione dell'incarico non riguarda, pertanto, gli eventuali altri dirigenti generali degli enti, inseriti nelle relative strutture amministrative. Restano salve specifiche situazioni ordinamentali concernenti personale dirigenziale appartenente, al momento dell'entrata in vigore della legge, a ruoli afferenti anche transitoriamente alle amministrazioni dello Stato.

La norma comprende tanto le ipotesi in cui l'ordinamento qualifica espressamente la posizione apicale con il *nomen* di direttore generale, quanto le ipotesi in cui la struttura organizzativa individua comunque una figura sovraordinata a quella degli uffici di livello dirigenziale generale, utilizzando altre espressioni, quali segretario generale o analoghe.

La valutazione circa l'applicabilità della disposizione transitoria di cui all'art. 3, comma 7, piuttosto che di quella contenuta nel comma 2 dell'art. 6 («Norme in materia di incarichi presso enti, società e agenzie») va effettuata da ciascuna amministrazione vigilante, tenuto conto delle specifiche situazioni ordinamentali dell'ente, nonché della connotazione dell'incarico di direttore generale, con particolare riferimento alla sua eventuale configurazione di «organo» dell'ente. In tal caso, infatti, trattandosi di posizione apicale, occorre fare riferimento alle disposizioni previste dal citato art. 6, che riguardano anche i componenti dei Consigli di amministrazione o degli organi equiparati.

D'altra parte, occorre specificare che, nel caso di applicazione della norma transitoria di cui al citato art. 6, comma 2, ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicazione della stessa, l'espressione «nomine rese operative» è da intendersi con riferimento a quelle nomine la cui data di decorrenza è successiva alla data di conferimento dell'incarico. A tale ipotesi va senz'altro equiparato il caso in cui la nomina, pur sortendo alcuni effetti immediatamente, spiega la pienezza dei suoi effetti giuridici (si pensi alle questioni relative alle incompatibilità) ed economici (in relazione al definitivo trattamento economico previsto per la funzione oggetto della nomina), soltanto in un momento successivo.

Si ritiene, da ultimo, che per il direttore generale non confermato nell'incarico ai sensi dell'art. 3, comma 7, non operino le norme di garanzia previste dalla medesima disposizione. Si osserva, al riguardo, che tale disposizione è, infatti, congegnata sul presupposto che il dirigente cessato possa ottenere un incarico equivalente ovvero un incarico di studio presso l'amministrazione ove presta servizio al momento di entrata in vigore della legge. Per quanto concerne i direttori generali degli enti, è evidente la circostanza, da un lato, che, all'interno dell'ente, non possono rinvenirsi posizioni equivalenti; dall'altro, che, per la specificità della figura e per la particolare natura delle funzioni svolte, non appare configurabile il conferimento all'interessato di un incarico di studio.

*Il Ministro: Frattini*

## 2. – LA QUESTIONE DI GIURISDIZIONE.

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite – Ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione del 7 febbraio 2003** per G.D.S. (Avv. M. Chiti) c/Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, nei ricorsi pendenti dinanzi al T.A.R. del Lazio – Roma, sez. terza-*bis*.

«1. – (*omissis*) I ricorrenti, dirigenti generali del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, hanno impugnato dinanzi al T.A.R. del Lazio – Roma, Sez. terza-*bis*, i provvedimenti assunti dal Ministero medesimo e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in attuazione dell'art. 3, comma 7 della legge n. 145/2002, nonché la circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica del 31 luglio 2002. La Camera di Consiglio per la discussione dell'istanza cautelare è fissata per la data del 20 gennaio 2003.

Tuttavia, i medesimi ricorrenti hanno altresì proposto distinti ricorsi d'urgenza dinanzi al Giudice Ordinario (Tribunale di Roma – Sez. Lavoro), tutti ad oggi pendenti.

Attesa la sostanziale identità (sia di *petitum* che di *causa petendi*) degli atti di ricorso proposti dinanzi alle due giurisdizioni, miranti all'annullamento ovvero alla disapplicazione degli identici atti di cui si assume la illegittimità, con richiesta di reintegra nelle funzioni, se del caso previo ordine all'amministrazione di procedere alla valutazione comparativa dei *curricula* degli aspiranti, questa difesa ritiene sussistere una evidente contraddittorietà delle azioni in punto di giurisdizione.

L'importanza della controversia è tale da imporre la necessità immediata di una preventiva definizione della giurisdizione competente. Sussiste infatti un convergente interesse pubblico e privato a che siano definite le posizioni giuridiche dei titolari di ruoli di così alto grado gerarchico all'interno dell'organizzazione del M.I.U.R.

È pertanto interesse dei ricorrenti chiedere che sia definita, in via preventiva, la questione di giurisdizione che si solleva ai sensi dell'art. 41 c.p.c. nelle forme di cui all'art. 367 c.p.c., e proporre il presente ricorso.

*MOTIVI – Sulla giurisdizione avente cognizione in ordine alla controversia attinente il conferimento e la revoca di incarichi dirigenziali, anche a seguito della L. n. 145/2002.*

1. – La materia controversa sembra devoluta alla cognizione della giurisdizione ordinaria in virtù del disposto dell'art. 63 del D.Lgs. n. 165/2001, e degli indirizzi espressi sul punto da Codesta Ecc.ma Corte, oltre che dal Consiglio di Stato e dalla Corte Costituzionale.

Tra le altre decisioni rilevanti sulla questione, anche al fine di non appesantire l'esposizione, si richiamano per l'essenziale le seguenti:

– *Corte Costituzionale, n. 193 del 16 maggio 2002 (punto 3 in motiv.):* “anche ai fini di una interpretazione delle norme conformi a Costituzione, che la distinzione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e l'attività gestionale con propria autonomia e responsabilità dei dirigenti generali nonché la progressiva estensione della privatizzazione del rapporto, dando risalto alla qualificazione di diritto soggettivo delle relative posizioni (sentenza n. 275 del 2001), comporta, da un canto, un maggiore rigore nella responsabilità degli stessi. Nello stesso tempo vi è un'esigenza di rafforzamento della posizione dei medesimi dirigenti generali attraverso la specificazione delle peculiari responsabilità dirigenziali, la tipizzazione delle misure sanzionatorie adottabili, nonché la previsione di adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali; inoltre, il modo ed i tempi in cui si possa pervenire non solo alla revoca delle funzioni ma anche alla risoluzione definitiva del rapporto di impiego ...”.

– *Corte Costituzionale, 23 luglio 2001, n. 275:* “Non è fondata la q.l.c. dell'art. 18 d.lg. 29 ottobre 1998 n. 387, nella parte in cui devolve al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie riguardanti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, sollevata con riferimento agli articoli 76 e 77 cost. per supposto eccesso di delega, con riferimento all'art. 11, comma 4, lett. g), legge 15 marzo 1997 n. 59 ove prevede di devolvere, entro il 30 giugno 1998, al giudice ordinario, tenuto conto di quanto previsto dalla lettera a), tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle P.A., ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione”;

– *Cassazione Civile, SS.UU., 26 giugno 2002, n. 9332*: “In tema di impiego pubblico privatizzato, ai sensi dell’art. 68 d.l.g. 3 febbraio 1993 n. 29, come sostituito dall’art. 29 d.l.g. 31 marzo 1998 n. 80 (oggi art. 63 d.l.g. 30 marzo 2001 n. 165), sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse le controversie concernenti l’assunzione al lavoro e il conferimento di incarichi dirigenziali, mentre la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nel comma 4 del citato art. 68 (ora art. 63), concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la p.a., che si sviluppano fino all’approvazione della graduatoria dei vincitori e degli eventuali idonei, ma non riguardano il successivo atto di nomina. Pertanto, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia concernente il provvedimento di conferimento dell’incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario ex art. 15 d.l.g. 30 dicembre 1992 n. 502, provvedimento avente natura negoziale e – in quanto tale – sindacabile dal giudice ordinario sotto il profilo dell’osservanza delle regole di correttezza e buona fede nell’esercizio dei poteri privati (regole, queste, applicabili, con riguardo all’attività anche privatistica della P.A., alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all’art. 97 cost.”;

– *Cassazione Civile, SS.UU., 24 aprile 2002, n. 6041*: “La controversia promossa dal dirigente pubblico, già iscritto nel ruolo unico dei dirigenti delle amministrazioni dello Stato, per ottenere l’affidamento di un incarico di direzione di un ufficio di livello dirigenziale e l’annullamento della determinazione ministeriale di temporanea sua messa a disposizione della Presidenza del Consiglio dei ministri ai sensi dell’art. 6 del regolamento approvato con d.P.R. 26 febbraio 1999 n. 150, è devoluta, ancorché presupponga la conoscenza incidentale di atti amministrativi presupposti, alla cognizione del giudice ordinario, atteso che, ai sensi dell’art. 29 d.l.g. 3 febbraio 1993 n. 29 (nel testo risultante dalla modifica allo stesso apportata dall’art. 29 d.l.g. 31 marzo 1998 n. 80 nonché dall’art. 18 d.l.g. 29 ottobre 1998 n. 387), ad esso spetta la giurisdizione anche sulle controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali (con esclusione soltanto di quelle in materia di procedure concorsuali per l’assunzione di dipendenti della P.A.), senza che rilevi, in senso ostativo, la mancanza del decreto di assegnazione del dirigente alle relative funzioni”;

– *Cassazione Civile, SS.UU., 27 febbraio 2002, n. 2954*: “In tema di impiego pubblico privatizzato, ai sensi dell’art. 63 d.l.g. 30 marzo 2001 n. 165, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, dalla sua instaurazione fino all’estinzione, compresa ogni fase intermedia, relativa a qualsiasi vicenda modificativa, anche se finalizzata alla progressione in carriera e realizzata attraverso una selezione di tipo concorsuale, mentre la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nel comma 4 del citato art. 63, concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la P.A. e non riguarda i casi in cui il concorso sia diretto, non già ad assumere, ma a promuovere il personale già assunto. Pertanto, la cognizione della controversia concernente il conferimento dell’incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario ex art. 15 d.l.g. 30 dicembre 1992 n. 502, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, cui spetta il potere di disapplicare l’atto amministrativo presupposto in cui si estrinsecano le valutazioni dell’apposita commissione”;

– *Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2849*: “In tema di impiego pubblico privatizzato, ai sensi dell’art. 63 d.l.g. 30 marzo 2001 n. 165, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, dalla sua instaurazione fino all’estinzione, compresa ogni fase intermedia, relativa a qualsiasi vicenda modificativa, anche se finalizzata alla progressione in carriera e realizzata attraverso una selezione di tipo concorsuale, mentre la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nel comma 4 del citato art. 63, concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la P.A. e non riguarda i casi in cui il concorso sia diretto, non già ad assumere, ma a promuovere il personale già assunto; esulano, pertanto, dalla giurisdizione del giudice amministrativo, le controversie relative al conferimento degli incarichi dirigenziali di II livello del personale sanitario (ed alle revoche degli stessi)”.

2. – La vicenda in esame trae origine dall’attuazione della legge 15 luglio 2002, n. 145 di riforma della dirigenza statale, ed in particolare del regime transitorio introdotto dall’art. 3, comma 7 della legge citata.

Ai sensi di quest'ultima disposizione, "Fermo restando il numero complessivo degli incarichi attribuibili, le disposizioni di cui al presente articolo trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura. I predetti incarichi cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione. Fermo restando il numero complessivo degli incarichi attribuibili, per gli incarichi di funzione dirigenziale di livello non generale, può procedersi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, all'attribuzione di incarichi ai sensi delle disposizioni di cui al presente articolo, secondo il criterio della rotazione degli stessi e le connesse procedure previste dagli articoli 13 e 35 del contratto collettivo nazionale di lavoro per il quadriennio 1998-2001 del personale dirigente dell'Area 1. Decorso tale termine, gli incarichi si intendono confermati, ove nessun provvedimento sia stato adottato. In sede di prima applicazione dell'articolo 19 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dal comma 1 del presente articolo, ai dirigenti ai quali non sia riattribuito l'incarico in precedenza svolto è conferito un incarico di livello retributivo equivalente al precedente. Ove ciò non sia possibile, per carenza di disponibilità di idonei posti di funzione o per la mancanza di specifiche qualità professionali al dirigente è attribuito un incarico di studio, con il mantenimento del precedente trattamento economico, di durata non superiore ad un anno. La relativa maggiore spesa è compensata rendendo indisponibile, ai fini del conferimento, un numero di incarichi di funzione dirigenziale equivalente sul piano finanziario, tenendo conto prioritariamente dei posti vacanti presso l'amministrazione che conferisce l'incarico".

3. – I ricorrenti dinanzi al T.A.R. del Lazio hanno ritenuto:

– sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto "mentre dinanzi al giudice del lavoro si è invocato il sindacato sulla sussistenza del diritto all'incarico dirigenziale e degli eventuali danni derivanti dalla violazione di questo diritto, sostanziando il *petitum* nella richiesta di reintegra e di risarcimento dei danni provocati, completamente diversa è invece la richiesta di tutela che sostanzia il *petitum* nel presente ricorso, in quanto essa è relativa alla violazione degli interessi del ricorrente che si è realizzata nel corso dei procedimenti mediante i quali l'amministrazione ha dato attuazione alla norma di cui all'art. 3, comma 7 della legge n. 145/2002 e in conseguenza dei provvedimenti qui impugnati, con i quali si è illegittimamente preconstituita una indisponibilità di incarichi di livello equivalente al solo fine di escludere il ricorrente e di attribuirgli invece, un incarico di studio. I provvedimenti con i quali sono stati coperti e resi indisponibili, senza alcuna istruttoria e in assenza di motivazione, i posti di funzione equivalente ai quali il ricorrente poteva legittimamente aspirare, non potrebbero, certo, essere sottoposti al vaglio del giudice ordinario, che non dispone neanche degli strumenti per apprestare un'adeguata tutela...?";

– illegittimi i provvedimenti impugnati per i seguenti motivi: "2. Invaldità derivata dall'incostituzionalità dell'art. 3, comma 7 della legge n. 145/2002 per violazione degli artt. 3, 97 e 98 Cost."; "3. Illegittimità della mancata conferma dell'incarico dirigenziale ricoperto per violazione dell'art. 3, comma 7 della legge n. 145/2002 e dell'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001. Eccesso di potere per assoluta carenza di istruttoria e difetto di motivazione. Violazione di circolare"; "4. Illegittimità del diniego di incarico equivalente per carenza di istruttoria, difetto di motivazione e violazione di legge. Illegittimità dell'attribuzione di incarichi equivalenti ai controinteressati per carenza di istruttoria e difetto di motivazione. Illegittimità della circolare 31 luglio 2002 per violazione di legge"; "5. Illegittimità della mancata conferma dell'incarico ricoperto per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento. Illegittimità del diniego di incarico equivalente per violazione degli articoli 7 e seguenti della legge n. 241/1990 e violazione del principio del giusto procedimento"; "6. Illegittimità dei provvedimenti di conferimento di incarico dirigenziale ai controinteressati per violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 per assoluta carenza di motivazione e difetto di potere"; "7. Eccesso di potere per illogicità, disparità di trattamento e sviamento di potere. Violazione del principio di buon andamento dell'attività amministrativa".

5. – Contemporaneamente, i Sigg.ri (*omissis*) hanno adito il Tribunale di Roma – Sez. Lavoro, avendo ritenuto:

– sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, ed in particolare che "La giurisdizione dell'a.g.o. è pacifica. Infatti l'art. 63 del testo unico n. 165/2001 prevede che: 1. Sono

devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo». Detta norma, attributiva della giurisdizione, consente la possibilità che in ordine allo stesso atto possano sussistere tanto la giurisdizione del giudice amministrativo, quanto la giurisdizione del giudice ordinario, e comunque prevede espressamente la giurisdizione dell'a.g.o. per ogni questione attinente al conferimento degli incarichi dirigenziali, a prescindere dalla natura giuridica degli incarichi medesimi. La legge n. 145/02 non ha disposto alcunché di nuovo sul riparto delle materie di spettanza dell'a.g.o.; la quale dunque resta competente anche nel nuovo contesto...»;

– illegittimi i provvedimenti impugnati, per invalidità derivata dall'incostituzionalità dell'art. 3, comma 7 della legge n. 145/2002 per contrasto con gli artt. 3, 97 e 98 Cost., oltre che per vizi propri *a)* della mancata conferma dell'incarico dirigenziale ricoperto – per violazione dell'art. 3, comma 7 della legge n. 145/2002 e dell'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001, per assoluta carenza di istruttoria, difetto di motivazione e violazione di circolare –, *b)* del diniego di incarico equivalente – per carenza di istruttoria, difetto di motivazione e violazione di legge –, *c)* dell'attribuzione di incarichi equivalenti ai controinteressati – per carenza di istruttoria e difetto di motivazione –, nuovamente del diniego di incarico e dell'incarico ai controinteressati di cui ai punti *b)* e *c)* che precedono – per violazione degli articoli 7 e seguenti della legge n. 241/1990 e violazione del principio del giusto procedimento, nonché per eccesso di potere per illogicità, disparità di trattamento e sviamento di potere, e violazione del principio di buon andamento dell'attività amministrativa.

6. – Secondo il consolidato indirizzo di Codesta Ecc.ma Corte, confermato nelle recenti pronunce in argomento sopra ricordate, la controversia proposta dai Sigg.ri (*omissis*) sembra pertenerne alla cognizione dell'a.g.o., sulla base del criterio di riparto per materie previsto dal ricordato art. 63 del D.Lgs. n. 165/2001.

La legge n. 145/2002, nella parte in cui ha modificato l'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001, a detta dei ridetti ricorrenti al T.A.R. avrebbe implicato una “*ripubblicizzazione*” del rapporto ed un consequenziale mutamento della giurisdizione competente.

È a questo punto opportuno richiamare che, a mente del novellato comma 2 dell'art. 19, (*ex art. 3, comma 1, lett. b* della legge n. 145/2002) “Tutti gli incarichi di funzione dirigenziale nelle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, sono conferiti secondo le disposizioni del presente articolo. Con il provvedimento di conferimento dell'incarico, ovvero con separato provvedimento del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente per gli incarichi di cui al comma 3, sono individuati l'oggetto dell'incarico e gli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice nei propri atti di indirizzo e alle eventuali modifiche degli stessi che intervengano nel corso del rapporto, nonché la durata dell'incarico, che deve essere correlata agli obiettivi prefissati e che, comunque, non può eccedere, per gli incarichi di funzione dirigenziale di cui ai commi 3 e 4, il termine di tre anni e, per gli altri incarichi di funzione dirigenziale, il termine di cinque anni. Gli incarichi sono rinnovabili. Al provvedimento di conferimento dell'incarico accede un contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento economico, nel rispetto dei principi definiti dall'articolo 24. È sempre ammessa la risoluzione consensuale del rapporto”.

Ebbene, la ritrovata centralità del “*provvedimento*” di incarico, valevole in sede di conferimento degli incarichi sia a regime che in via transitoria, non sembra rappresentare un elemento realmente rilevante ai fini della individuazione della giurisdizione competente, atteso il chiaro tenore dell'art. 63 sopra ricordato, che accorda giurisdizione esclusiva e piena all'a.g.o. su tutti gli atti di gestione del rapporto di pubblico impiego, inclusi gli eventuali atti amministrativi presupposti.

Da quanto sopra consegue che la pretesa specifica agita dinanzi al T.A.R. del Lazio parrebbe competere anch'essa alla giurisdizione ordinaria, non a caso contemporaneamente adita dai medesimi ricorrenti in ossequio all'orientamento di Codesta Ecc.ma Corte sopra riferito.

Ad ogni buon conto, solo l'Ecc.ma Corte regolatrice della giurisdizione potrà dirimere la questione, in ordine alla quale non è opportuno che permangano dubbi né si verifichi il rischio di contrasti.

Tanto premesso G.D.F., come sopra rappresentato e difeso, ricorre a Codesta Ecc.ma Corte di Cassazione - Sezioni Unite affinché, in accoglimento del presente ricorso, regoli la giurisdizione dichiarando che la controversia instaurata dai Sigg.ri (*omissis*) dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Roma, Sez. terza-*bis*, nei confronti delle parti indicate in epigrafe, spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria (*omissis*).

*Firenze – Roma, 7 febbraio 2003».*

**Corte Suprema di Cassazione – Avvocatura generale dello Stato – Controricorso** per la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Avv. dello Stato T. Varrone, cont. 8078/03) in relazione a regolamento preventivo di giurisdizione proposto da B.P. (Avv. M. Chiti) e nei confronti di S.R. ed altri.

«*Fatto* – Con ricorso ritualmente notificato S.R. ha impugnato i seguenti atti:

nota prot. n. 11275/MR del 24 settembre 2002, nella parte in cui il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha disposto la mancata conferma di essa ricorrente nell'incarico dirigenziale precedentemente ricoperto e nella parte in cui ha disposto la non attribuzione alla medesima, di un incarico di funzione e di livello retributivo equivalente;

decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri datato 8 ottobre 2002, con il quale è stato conferito a B.P. l'incarico di funzione dirigenziale generale (della Direzione Generale, per l'organizzazione dei Servizi nel Territorio del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca;

decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, tutti datati 8 ottobre 2002, con i quali sono stati conferiti a (*omissis*) incarichi dirigenziali di livello funzionale e retributivo equivalente a quello precedentemente svolto dalla ricorrente;

la circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica del 31 luglio 2002, nella parte in cui prevede, in merito all'attribuzione al dirigente generale di un incarico diverso da quello in corso, che “la disponibilità va verificata all'esito delle altre assegnazioni agli uffici di livello dirigenziale generale, non essendo configurabile una sorta di prelazione del dirigente cessato dall'incarico sui posti vacanti alla data di entrata in vigore della legge”; ogni altro atto ad essi connesso, presupposto e/o consequenziale.

Con ricorso notificato il 24 febbraio 2003 il controinteressato B.P. ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione sottolineando la sostanziale identità di *petitum* fra il ricorso proposto innanzi al giudice amministrativo e quello proposto innanzi al giudice ordinario ed in ogni caso la sussistenza della giurisdizione di quest'ultimo rispetto a ciascuna delle domande avanzate dall'istante, alla stregua del chiaro disposto dell'art. 63 del D.Lgs.vo 165/2001, nonché dei principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e di codeste SS.UU., già intervenute in diverse occasioni in *subiecta materia* (conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato).

Mediante il presente atto le Amministrazioni resistenti nel giudizio pendente innanzi al giudice amministrativo intendono costituirsi ed associarsi a quanto sostenuto dal ricorrente in questa sede in punto di giurisdizione ed all'uopo deducono quanto segue.

*Diritto* – Pare opportuno premettere che nella memoria difensiva predisposta in vista della discussione dell'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività degli atti impugnati, avanzata da S.R. contestualmente alla proposizione del ricorso, le Amministrazioni intimamente hanno in via pregiudiziale eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla base di considerazioni sostanzialmente analoghe a quelle che sorreggono il presente regolamento.

In aggiunta a quanto già diffusamente esposto nel ricorso con il quale si è provveduto ad investire codeste Sezioni Unite della questione di giurisdizione si reputa opportuno svolgere alcune brevi considerazioni.



La controversia pendente innanzi al TAR è originata, come si accennava, dai provvedimenti assunti dalla Presidenza del Consiglio e dal Ministero dell'Istruzione, dell'università e della Ricerca successivamente alla entrata in vigore della legge n. 145/2002 con la quale sono state apportate rilevanti modifiche al D.Lgs. n. 165/2002 soprattutto in materia di conferimento, oggetto, durata degli incarichi dirigenziali nell'ambito delle amministrazioni e, per quanto qui da vicino rileva, è stata prevista la cessazione *ex lege* degli incarichi aventi ad oggetto la funzione dirigenziale di livello generale (art. 3, comma settimo, della legge 145/2002).

La ricorrente nel giudizio pendente innanzi al TAR, titolare di consimile incarico presso il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca al momento della entrata in vigore della predetta legge, non essendosi visto riattribuire l'incarico precedentemente ricoperto, né incarico avente ad oggetto funzioni e livello retributivo equivalenti, è insorta avverso tutti gli atti adottati dalla Presidenza del Consiglio e dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e, più in particolare, avverso quelli aventi ad oggetto il conferimento dell'incarico di cui ella era titolare ad altro dirigente, nonché quelli aventi ad oggetto il conferimento di incarichi equivalenti per funzioni e retribuzione presso il medesimo dicastero (nonché presso altri dicasteri, cfr. punto 7 del ricorso introduttivo del giudizio).

Il complesso ed articolato gravame portato all'attenzione del giudice amministrativo muove oltretutto dalla pretesa incostituzionalità dell'art. 3, comma settimo, della legge 145/2002, nella parte in cui è prevista la cessazione *ex lege* degli incarichi aventi ad oggetto le funzioni di livello dirigenziale generale, dalla premessa di fondo che l'inversione del rapporto fra provvedimento di conferimento dell'incarico e contratto (nel sistema previgente quest'ultimo precedeva il primo mentre la nuova legge fa seguire la stipula del contratto – destinato essenzialmente a regolare gli aspetti economici del rapporto – al provvedimento di conferimento dell'incarico) ha comportato una ripubblicizzazione della materia degli incarichi dirigenziali, con la marginalizzazione del contratto a favore della riepansione del procedimento e del provvedimento amministrativo. Di qui la necessità di riconsiderare l'applicabilità dell'art. 63 del D.Lgs. 165/2001 alle controversie correlate all'espletamento della procedura volta al conferimento di ciascun incarico e al provvedimento finale adottato all'esito della stessa.

In buona sostanza si viene teorizzando una doppia natura del provvedimento di incarico quale atto datoriale e quale atto organizzativo, di natura politico-amministrativa (e quindi sottoposto al controllo della Corte dei Conti), con cui si individua un ufficio pubblico e si fissano gli obiettivi per la sua azione, la quale richiederebbe di distinguere fra la tutela riferita al rapporto di lavoro e la tutela riferita alla legittimità e alla regolarità dell'attività amministrativa svolta in vista del conferimento del medesimo. In questo secondo tipo di tutela, che non potrebbe essere negata se non disconoscendo le garanzie minime di tutela spettanti ai dirigenti, ricadrebbero tutti i profili di legittimità degli atti che discendono dal mancato rispetto dei principi di corretto e regolare svolgimento del procedimento, quale che sia la natura e l'effetto del provvedimento che viene adottato alla conclusione del medesimo.

Procedimento che al fine di garantire il reale rispetto degli interessi dell'istante innanzi al TAR avrebbe dovuto, a suo avviso, articolarsi secondo una particolare sequenza che si può così riassumere:

a) in primo luogo si sarebbe dovuto aprire un subprocedimento finalizzato all'adozione di un provvedimento esplicativo delle ragioni di mancata conferma (o più correttamente della mancata riattribuzione) dell'incarico di cui la medesima era titolare;

b) in secondo luogo si sarebbe dovuto aprire altro subprocedimento nell'ambito del quale si sarebbe dovuto procedere ad una valutazione comparativa del *curriculum* vantato da essa istante con quello vantato dal controinteressato al fine di stabilire alla stregua dei criteri indicati dal novellato art. 19, comma primo e comma secondo del D.Lgs. n. 165/2001 chi fosse il soggetto più meritevole di vedersi attribuire l'incarico avente ad oggetto le funzioni di livello dirigenziale generale da cui ella era cessata.

In prima applicazione della legge 145/2002, stante la previsione di cui all'art. 3, comma settimo, secondo la quale il dirigente cessato *ex lege* dall'incarico ha diritto al conferimento

di un incarico equivalente per funzioni e retribuzione (e in subordine ad un incarico di studio), in caso di mancata riattribuzione dell'incarico dal quale è cessato al precedente titolare allo stesso modo occorre procedere nel conferimento degli altri incarichi di livello dirigenziale generale che in applicazione della nuova legge occorre riattribuire.

Naturalmente, secondo le prospettazioni dell'istante innanzi al TAR, che fondano le censure su cui il predetto giudice si dovrebbe pronunciare, ciascun subprocedimento andava svolto garantendole la possibilità di partecipazione, previo espletamento di adeguata istruttoria e doveva concludersi con provvedimento congruamente motivato, nel rispetto di quanto previsto dal D.Lgs. 165/2001 e dalla legge n. 241/90.

Orbene, ribadito che la ricostruzione operata nel ricorso proposto innanzi al giudice amministrativo (peraltro alla base anche del ricorso proposto innanzi al Tribunale Civile - Sezione Lavoro) confligge palesemente con la lettera e la *ratio* dell'art. 19 del D.Lgs. 165/2001, così come integrato e modificato dal D.Lgs. 145/2002, che in piena coerenza con la disciplina caratterizzante la privatizzazione del rapporto di lavoro intercorrente fra P.A. e dirigenti e, soprattutto, a quella regolante la relazione intercorrente fra l'Autorità politica e la dirigenza, caratterizzata dall'accentramento di tutti a poteri gestionali nella seconda, sicché, almeno per quello che riguarda gli uffici di livello dirigenziale generale, la prima nel procedere al conferimento degli incarichi può discrezionalmente scegliere il soggetto ritenuto più idoneo a garantirgli il rispetto e l'attuazione dei propri piani e programmi, purché nel provvedimento amministrativo in cui la scelta è formalizzata si dia conto del fatto che il medesimo sia in possesso dei requisiti oggettivi e soggettivi indicati nell'art. 19, comma secondo, del D.Lgs. 165/2001 nuovo testo, gli avversi assunti urtano inesorabilmente contro l'espressa previsione dell'art. 63, comma primo, del D.Lgs. 165/2001 a norma del quale sono devolute al giudice ordinario fra le altre le controversie aventi ad oggetto "il conferimento e la revoca degli incarichi". Tra le controversie concernenti il conferimento degli incarichi vanno ovviamente annoverate tanto quelle controversie nelle quali l'istante lamenti il mancato conferimento dell'incarico cui ritenga a buon diritto di poter aspirare, quanto quelle relative al conferimento dell'incarico cui l'istante aspiri ad un terzo, come è sostanzialmente nel caso qui considerato.

Rispetto al riparto di giurisdizione effettuato dal legislatore non può avere alcuna incidenza la recente normativa con la quale è stato rovesciato il rapporto fra provvedimento e contratto. La ripubblicizzazione della materia degli incarichi, per restare fedeli alla terminologia e alle prospettazioni di cui al ricorso proposto da S.R., non è niente altro che un aspetto della complessa disciplina normativa riguardante la dirigenza pubblica per la quale è stata fatta la medesima scelta di fondo che caratterizza ormai la gran parte dei rapporti di impiego alle dipendenze della Pubblica Amministrazione: cioè quella di estendere il più possibile la normativa privatistica regolante i rapporti di lavoro. In presenza di siffatta scelta di fondo è ovvio e naturale che ogni e qualsiasi controversia concernente i c.d. rapporti privatizzati sia stata attribuita al giudice ordinario.

Qui preme brevemente ricordare che in merito al criterio di riparto della giurisdizione in *subiecta materia* è intervenuta già in numerose occasioni la Corte Costituzionale la quale da un lato ha in linea di principio ritenuto compatibile con i precetti desumibili dalla Carta fondamentale il modello prescelto dal legislatore quanto al conferimento degli incarichi (c.d. *spoil system*) e dall'altro ha sempre ribadito che l'attribuzione delle relative controversie al giudice ordinario non confligge con alcun precetto costituzionale, anche quando si tratti di liti che abbiano ad oggetto atti amministrativi presupposti, rispetto ai quali il G.O. è munito esclusivamente dallo strumento della disapplicazione (cfr. da ultimo Corte Costituzionale, ordinanza n. 525/2002).

Anzi, proprio in considerazione del fatto che tale eventualità è tutt'altro che remota la Corte Costituzionale ha chiarito che "la cognizione del giudice del lavoro comprende tutti i vizi di legittimità, senza che sia possibile operare distinzioni tra norme sostanziali e procedurali, di modo che allo stesso Giudice Ordinario resta affidata la pienezza della tutela, estesa a tutte le garanzie procedurali del rapporto previste dalla legge e dai contratti e, quindi, comprendente anche i vizi formali" (Corte Costituzionale, sentenza n. 275/2001, cui ci si richiama ampiamente nella già ricordata ordinanza n. 525/2002).

È di tutta evidenza, pertanto, alla luce della ricordata giurisprudenza della Corte Costituzionale, che si è formata in perfetta sintonia con la giurisprudenza di codeste Sezioni Unite

ampiamente richiamata nel regolamento preventivo di giurisdizione, cui qui si omette di far cenno al fine di evitare inutili ripetizioni, che se anche si volesse riconoscere in relazione al procedimento mediante il quale l'Autorità Politica perviene alla "scelta" del dirigente cui attribuire un determinato incarico e al suo conferimento la sussistenza di un interesse legittimo in capo a colui il quale era in precedenza titolare dello stesso nonché a tutti coloro i quali astrattamente potevano aspirare a quello stesso incarico (il che in verità si contesta recisamente alla luce di quanto già detto e di quanto ulteriormente si esporrà nelle successive difese orali e scritte) in ogni caso la cognizione a conoscere delle controversie connesse alla prospettata lesione di tale interesse spetterebbe al giudice ordinario.

Come si è già accennato nelle difese svolte innanzi al TAR, rispetto alla scelta operata dal legislatore si potrebbe soltanto astrattamente porre un problema di costituzionalità solo se si dimostrasse che lo strumentario di cui il giudice ordinario dispone non è in grado di offrire una tutela piena e completa ai titolari dei suddetti interessi (sempre ammettendo la sussistenza di tali interessi) ma sotto "questo profilo, cui l'istante innanzi al TAR pure accenna proprio al fine di dimostrare la bontà della propria scelta di aver adito (anche) il predetto giudice amministrativo, nulla viene poi in concreto dedotto".

Il discorso ovviamente non cambia in relazione a tutti gli adempimenti procedurali connessi alla prima attuazione della legge 145/2002 che appunto hanno dato adito al giudizio nell'ambito del quale è stato proposto il presente regolamento di giurisdizione.

Costituisce, anzi, circostanza assai significativa che il legislatore pur essendo intervenuto per modificare notevolmente alcune delle norme più importanti in tema di dirigenza pubblica e, pur avendo optato per la c.d. ripubblicizzazione della materia degli incarichi, non ha inteso apportare alcuna modifica al ricordato art. 63 ove è stato effettuato il riparto di giurisdizione delle controversie in materia di pubblico impiego.

In virtù di quanto sin qui esposto, dedotto ed excepto la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca riservandosi ogni ulteriore deduzione nelle successive difese scritte ed orali insistono per l'accoglimento delle seguenti conclusioni: Piaccia a codesta Ecc.ma Corte di Cassazione a Sezioni Unite regolare la giurisdizione dichiarando che la controversia instaurata da B.P. dinanzi al TAR del Lazio, Roma, sezione terza-*bis*, nei confronti di tutte le parti indicate in epigrafe spetta all'Autorità Giudiziaria Ordinaria con ogni conseguente statuizione in ordine a spese, diritti ed onorari.

Roma, 6 febbraio 2003

*Avv. Tito Varrone*

**Corte Suprema di Cassazione – Controricorso dell'Avvocatura generale dello Stato** per il Ministero per i beni e le attività culturali e per la Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avv. dello Stato G. Fiengo, cont. 41925/02) c/R.R. (Avv.ti L. Torchia, V. Angiolini, A. Andreoni e T. Di Nitto) e nei confronti di G.C.P. (Avv. N. Palantonio).

«(omissis) In pendenza di tale ricorso dinanzi al TAR per il Lazio G.C.P. ha proposto a codesta ecc.ma Suprema Corte di Cassazione ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione al fine di far dichiarare la giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro.

A tale ricorso l'Amministrazione intimata aderisce per i seguenti motivi:

esiste oramai nell'ordinamento un'espressa disposizione di legge, l'art. 68 del decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29, ed ora art. 63 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, che attribuisce alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali..., ancorché vengano in questione gli atti amministrativi presupposti» e dispone che «quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi».

Con tale disposizione il legislatore ha quindi inteso adottare un riparto della giurisdizione fondato sul criterio della materia, e l'attribuzione al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle

pubbliche amministrazioni, incluse quelle relative al conferimento e alla revoca degli incarichi dirigenziali, si configura come una giurisdizione piena ed esclusiva, motivata da esigenze di unitarietà della materia, a prescindere dalla natura degli atti che intervengono a definire la fattispecie e delle situazioni giuridiche da essi prodotte, così come è stato anche affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 23 luglio 2001, n. 275.

Tale riparto di giurisdizione che non viene ad essere minimamente modificato dalla legge 15 luglio 2002 n. 145 di riordino della dirigenza statale; né può essere tentato, proprio ostandovi la espressa disciplina del riparto della giurisdizione, un reinserimento del giudice amministrativo nella materia degli incarichi dirigenziali basandosi sull'affermazione della natura provvedimentale degli atti di conferimento degli incarichi. È d'altronde dottrina tradizionale che gli atti di gestione del personale, dirigente o non, non rappresentano espressione di un potere amministrativo (di cura concreta degli interessi della collettività) ma atti neutri, di natura organizzativa, la cui disciplina giuridica è nella totale disponibilità del legislatore, che può configurare gli stessi secondo modalità non consensuali, tipiche, d'altronde, degli atti di organizzazione dell'imprenditore privato. In altri termini unilateralità dell'atto non è indice di sicura pubblicità dello stesso.

Quanto al profilo sostanziale della posizione giuridica che R.R. intende far valere nel giudizio innanzi al TAR è indubbio che la stessa mira ad ottenere l'incarico di dirigente già ricoperto, con la conseguenza che si tratta comunque di un diritto soggettivo connesso al rapporto di lavoro che la prospettazione del ricorso proposto innanzi al TAR mira inammissibilmente a trasformare in un interesse legittimo da far ritenere connesso ad un interesse pubblico generale relativo alla gestione dello Stato - Amministrazione, in realtà si tratta comunque di una posizione giuridica che, per la scelta del legislatore, in relazione alla cosiddetta privatizzazione, non può ragionevolmente differire da quella di un dirigente privato. Se tale è la posizione giuridica soggettiva fatta valere da R.R., sotto il profilo processuale, dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c), non è dato comprendere quale vantaggio ottiene la ricorrente dall'eventuale annullamento/disapplicazione degli atti di nomina e di conferimento degli incarichi ai nuovi dirigenti nominati dal Governo.

*P.Q.M.:* Voglia codesta ecc.ma Suprema Corte di Cassazione dichiarare la giurisdizione del giudice ordinario, con conseguenziali statuizioni di legge.

Roma li 14 gennaio 2002

*Avv. Giuseppe Fiengo»*

### 3. – LA DIFESA DI MERITO DELL'AMMINISTRAZIONE

**Tribunale Civile di Roma, Sezione lavoro – Avvocatura generale dello Stato - Memoria** per la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Contenzioso 245/2003) c/ E.B. (Avv.ti L. Forchia, V. Angiolini, A. Andreoni e T. Di Nitto) e nei confronti di L.S.

«(Omissis) Il presente gravame è rivolto contro tutti gli atti posti in essere dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca in attuazione dell'art. 3, comma settimo, della legge 165/2002.

Tale norma nell'ambito della recente riforma concernente le norme riguardanti la dirigenza statale (anche per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato) ha previsto a decorrere dal sessantesimo giorno dalla sua entrata della legge la cessazione degli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale (e di quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato) e in caso di mancata riattribuzione dell'incarico in precedenza svolto il conferimento dirigente interessato di un incarico di livello retributivo equivalente al precedente ovvero, in caso ciò non sia possibile, per carenza di disponibilità di idonei posti di funzione o per la mancanza di specifiche qualità professionali, l'attribuzione di un incarico di studio con il mantenimento del precedente trattamento economico.

Nel caso qui considerato l'istante non si è vista riattribuire l'incarico precedentemente svolto e nemmeno un incarico di livello retributivo equivalente per mancanza di posti di funzione presso il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ed è insorta contro gli atti con i quali si è provveduto al conferimento di altri incarichi di funzioni dirigenziali di livello generale a soggetti diversi dai precedenti titolari.

Nella convinzione che la tutela apprestatagli dal legislatore avverso gli atti della P.A. riguarderebbe situazioni soggettive diverse (di diritto e di interesse) l'istante si è risolta ad adire tanto codesto giudice ordinario quanto il giudice amministrativo (segnatamente il TAR Lazio).

Nel primo caso con ricorso *ex art.* 700 c.p.c. è stata chiesta la reintegra nell'incarico precedentemente ricoperto prospettando l'incostituzionalità dell'art. 3, comma settimo della legge 145/2002 nella parte in cui dispone la cessazione di tutti gli incarichi dirigenziali a decorrere dal sessantesimo giorno dalla entrata in vigore della legge e configurando l'attribuzione della direzione di uffici di livello dirigenziale generale come atto conclusivo di una selezione di natura sostanzialmente se non formalmente concorsuale. Nell'altra sede invece, "la richiesta di tutela che sostanzia il *petitum* del ricorso, è relativa alla violazione degli interessi della ricorrente che si sarebbe realizzata nel corso dei procedimenti mediante i quali l'amministrazione ha dato attuazione alla norma di cui all'art. 3, comma settimo, della legge 145/2002, e, in conseguenza dei provvedimenti qui impugnati, con i quali si è illegittimamente precostituita una indisponibilità di incarichi di livello equivalente al solo fine di escludere l'istante e di attribuirgli invece, un incarico di studio".

Secondo questo esposto nell'articolato e complesso gravame l'operato delle Amministrazioni resistenti sarebbe in primo luogo viziato per invalidità derivata dall'incostituzionalità dell'art. 3, comma settimo, legge 145/2002 ravvisata:

1) nell'asserita irragionevolezza della previsione, per una sola volta, all'atto della entrata in vigore della legge 145/2002, della cessazione "*de legis*" di tutti gli incarichi di livello dirigenziale generale, e non solo, secondo il regime ordinario, di quelli di Segretario Generale e Capo dipartimento, il che discriminerebbe i dirigenti generali "di secondo livello" in servizio alla data dell'8 agosto 2002;

2) all'asserita violazione del principio di stabilità dei contratti individuali di lavoro;

3) all'asserita violazione degli art. 97 e 98 Cost. (principio di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione). Sotto altro e distinto profilo viene poi dedotta la violazione dell'art. 3, comma settimo, della legge 145/2002 e dell'art. 19 del D.Lgs. 165/2001 nonché eccesso di potere per assoluta carenza di istruttoria e difetto di motivazione e violazione della circolare della P.C.M. 31 luglio 2002 in quanto i provvedimenti adottati sarebbero stati assunti senza l'espletamento di alcun tipo di istruttoria e insufficientemente motivati.

In subordine si afferma l'illegittimità del diniego di incarico equivalente per carenza di istruttoria, difetto di motivazione e violazione di legge e, per converso, l'illegittimità dell'attribuzione di incarichi equivalenti ai controinteressati per carenza di istruttoria e difetto di motivazione, nonché illegittimità della circolare 31 luglio 2002 per violazione di legge, con ulteriore censura si sostiene poi l'illegittimità della mancata conferma dell'incarico ricoperto per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, illegittimità del diniego di incarico equivalente per violazione degli art. 7 e ss. della legge n. 241/90 e violazione del principio del giusto procedimento. Infine si afferma l'illegittimità dei provvedimenti di conferimento di incarico dirigenziale ai controinteressati per violazione dell'art. 3 della legge 241/90 per assoluta carenza di motivazione e difetto di presupposti.

Tanto premesso, mediante il presente atto si costituiscono le Amministrazioni resistenti ribadendo la piena legittimità del proprio operato come risulterà da quanto di seguito si esporrà a confutazione delle avverse asserzioni ed affermazioni.

Come si è accennato la principale censura su cui si incentra la presente impugnativa concerne la dedotta incostituzionalità dell'art. 3, comma settimo, della legge 145/2002, nella parte in cui prevede la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali a decorrere dal sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge che darebbe corpo ad una versione estrema e inedita dello *spoils system* che consente solo al governo in carica – e non anche ai governi successivi – di scegliere per tutti gli uffici dirigenziali, personale di propria fiducia, mentre la stessa legge n. 145/2002 prevede, come regola ordinaria, che i soli segretari generali e i capi dipartimento e quindi un numero assai limitato di persone, pochissime unità per ogni ministero, decadono dopo novanta giorni dalla fiducia al nuovo governo, in ragione della loro "continuità" con il potere "politico".

Trattasi di affermazioni prive di fondamento se si considera che la previsione si è resa necessaria per consentire l'immediata attuazione della riforma. Invero solo attraverso la cessazione generalizzata, per effetto di legge, di tutti gli incarichi preesistenti si è potuto dare corso, in tempi e con modalità certi e uguali per tutti, alle nuove disposizioni con le quali è stata ridisegnata la disciplina del rapporto dell'Autorità politica con la dirigenza, ad un livello strategico per la realizzazione degli indirizzi politico-amministrativi.

Detta scelta, dunque, non ha nulla a che vedere con valutazioni necessariamente individuali, sulle qualità professionali e sui risultati dei dirigenti cessati.

Il ricorso allo strumento della revoca caso per caso, oltre a comportare procedure defatiganti e finora sostanzialmente mai poste in essere, con corredo di inevitabile e generalizzato contenzioso, nonché con effetti di confusione e precarietà gravissimi in posti chiave dell'amministrazione dello Stato, avrebbe comportato rischi di arbitrio ben maggiori di una cessazione "*ope legis*" e generalizzata dagli incarichi.

Un drastico intervento sulla situazione preesistente del tutto incompatibile con il nuovo assetto si imponeva anche considerando che la maggioranza degli incarichi dirigenziali in essere al momento dell'entrata in vigore della nuova legge aveva una durata di gran lunga superiore rispetto a quella massima consentita dall'art. 19 del D.Lgs. 165/2001 come modificato dall'art. 1, comma primo, lett. b) della legge 145/2002 (quest'ultima norma infatti ha apportato una forte riduzione, da sette a tre anni, della durata massima degli incarichi di funzione dirigenziale da conferirsi nel nuovo regime). Per restare al caso del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca tutti i precedenti incarichi erano stati conferiti nel 2001 per un periodo non inferiore a cinque anni, sicché il rispetto della scadenza naturale del precedente contratto, invocato da parte attrice, avrebbe comportato non solo il mantenimento di rapporti di durata incompatibile con la disciplina in vigore, ma altresì la situazione paradossale per cui gli incarichi precedenti sarebbero venuti a scadenza addirittura posteriormente a quelli affidati in conformità al nuovo regime normativo. È superfluo precisare quanto una siffatta situazione, oltre a violare la legge, avrebbe dilazionato nel tempo e sostanzialmente vanificato l'attuazione del disegno di riforma della dirigenza, per tacere del danno arrecato al raggiungimento degli obiettivi di governo.

Nemmeno nel segno le considerazioni con le quali controparte prospetta una presunta disparità di trattamento fra la dirigenza generale e la dirigenza di secondo livello per la quale è prevista la conferma automatica nell'incarico. A ben considerare la disciplina concernente la dirigenza (sia quella previgente che quella introdotta con la legge 145/2002) ci si avvede facilmente come un posto a se stante è riservato agli incarichi di livello sovradirigenziale e agli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale generale.

Per gli incarichi di livello sovra dirigenziale generale (segretario generale di Ministero, ragioniere generale dello Stato ecc.) viene introdotto un meccanismo di conferimento che si avvicina allo *spoils system* puro e semplice. Difatti detti incarichi sono conferiti con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro competente a dirigenti di prima fascia oppure, mediante lo strumento del contratto a tempo determinato a soggetti esterni di particolare e comprovata qualificazione professionale. Nell'uno come nell'altro caso si tratta di incarichi ad elevatissimo tono fiduciario in quanto, fermo restando il loro naturale termine di durata sono oggetto di riesame da parte del governo subentrato; infatti nel termine di novanta giorni dal voto parlamentare di fiducia, il Governo può confermare, rinnovare, modificare e revocare detti incarichi.

Ciò significa, in altri termini, che essendo il "nuovo" Governo libero di azzerare tutti gli incarichi in atto e di scegliere persone ritenute fiduciariamente più idonee ad organizzare l'attuazione dei programmi governativi, i titolari degli incarichi conferiti dal Governo decaduto non sono portatori di alcun interesse qualificato e differenziato alla loro conservazione. Ne emerge, dunque, la differenziazione della posizione di coloro i quali sono titolari di incarichi sovradirigenziali dalla posizione di coloro i quali sono invece titolari di incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale. (*omissis*).

I tentativi di controparte di dimostrare l'equiparabilità delle due posizioni urtano però contro il chiaro disposto normativo che riserva ai titolari degli uffici di livello dirigenziale generale un trattamento diverso in ragione della profonda differenza tra i predetti incarichi e gli altri incarichi conferibili ai dirigenti di seconda fascia.

Non casualmente le funzioni degli uni e degli altri sono analiticamente indicate negli articoli 16 e 17 del D.Lgs.vo 165/2001 dai quali si ricava con chiarezza che i dirigenti degli uffici dirigenziali generali svolgono un ruolo chiave per la concreta attuazione delle linee politiche del Ministro, in consonanza con i principi fissati nell'art. 4 è operata una netta distinzione fra l'indirizzo politico-amministrativo dell'attività di governo, riservato al Ministro (e agli altri organi dell'Esecutivo) cui spetta la definizione di obiettivi e programmi da attivare, e l'attività gestionale, riservata in via esclusiva alla dirigenza cui compete l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo.

All'interno dell'assetto tracciato dalla norma di carattere generale, come si diceva, assumono carattere peculiare gli uffici dirigenziali generali che costituiscono il vertice dell'apparato amministrativo chiamato a dare concreta attuazione ai piani e programmi in cui si concreta la funzione di indirizzo politico del Ministro e si collocano in una posizione di cerniera fra il primo e il secondo. Ciò non senza considerare che proprio in quanto organi di vertice della struttura burocratica sono titolari di funzioni e poteri il cui corretto e tempestivo esercizio costituisce presupposto necessario per la buona riuscita dell'azione di governo.

Collocandosi in siffatta prospettiva ben si comprende che il legislatore, consapevole del particolare rilievo che tali incarichi assumono per l'Esecutivo, abbia operato una netta distinzione fra i medesimi e gli altri incarichi conferibili ai dirigenti di seconda fascia. Non casualmente d'altronde gli incarichi in questione "sono conferiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente, a dirigenti della prima fascia dei ruoli di cui l'art. 23, o in misura non superiore al 50 per cento della relativa dotazione agli altri dirigenti appartenenti ai medesimi ruoli ovvero con contratto a tempo indeterminato, a persone in possesso delle specifiche qualità professionali richieste dal comma 6 (art. 19, comma quarto come modificato dalla legge 165/2002) mentre gli incarichi di direzione degli altri uffici di livello dirigenziale generale, sono conferiti dal dirigente di livello dirigenziale generale ai dirigenti assegnati al suo ufficio ai sensi dell'art. 4, comma primo, lettera c)".

Le avverse prospettazioni sono, dunque, destituite di fondamento in quanto si fondano su una lettura della disciplina riguardante la dirigenza pubblica che non considera in alcun modo la peculiarità della posizione dei titolari di uffici dirigenziali di livello generale che caratterizzava il nuovo assetto anche prima dell'ultimo intervento del legislatore.

Vi è da aggiungere che il legislatore nel proprio ultimo intervento in materia, che qui viene in considerazione, movendosi in perfetta coerenza con le distinzioni già in precedenza tracciate in relazione alla elevatezza e importanza degli incarichi dirigenziali, si è mostrato

particolarmente avveduto della posizione del titolare di ufficio dirigenziale generale poiché se al fine di consentire l'immediata attuazione della nuova disciplina ha ritenuto di far cessare automaticamente tutti gli incarichi dirigenziali in essere, creando così una situazione suscettibile di incidere negativamente su coloro i quali non si sarebbero visti confermare l'incarico in precedenza svolto o addirittura altri incarichi, ha in ogni caso cercato di tutelare questi ultimi consentendo comunque l'attribuzione di incarico avente ad oggetto funzioni di carattere equivalente ovvero un incarico di studio.

Si vuole, cioè, dire che non soltanto la posizione dei titolari di incarichi di livello dirigenziale generale è stata correttamente distinta tanto da quella dei titolari degli incarichi di cui all'art. 18, comma terzo, quanto da quella degli altri dirigenti di seconda fascia ma operando un più che equo bilanciamento degli interessi in gioco, la medesima è stata oggetto di apposita ed adeguata tutela in relazione alle modifiche e ai cambiamenti introdotti, suscettibili di incidere in modo risolutivo sugli incarichi in corso di svolgimento.

Ciò dovrebbe fugare anche gli altri dubbi di costituzionalità della norma *ex adverso* prospettati, con riferimento alla violazione del principio di stabilità dei contratti. Non è chi non veda, infatti, che la tutela apprestata i titolari di incarichi di livello dirigenziale generale mediante la previsione di conferimento ai medesimi di incarichi aventi ad oggetto funzioni di carattere equivalente ovvero incarichi di studio serve a garantire i medesimi delle negative conseguenze connesse alla possibile mancata riattribuzione dell'incarico in precedenza ricoperto.

Si consideri, del resto, che il legislatore è intervenuto sostanzialmente modificando anche la posizione dei titolari di incarichi sovra dirigenziali per i quali il nuovo testo del comma otto dell'art. 19 prevede la decadenza automatica decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al governo senza alcuna delle garanzie apprestate in favore dei titolari di incarichi di livello dirigenziale generale.

Le argomentazioni, dunque, fondate sul richiamo alla norma in questione al fine di sostenere che la cessazione dell'incarico presuppone sempre e comunque una apposita valutazione del dirigente appaiono prive di pregio.

Così come del tutto fuori di luogo appaiono i riferimenti ai principi desumibili dalla legislazione interna e internazionale che impedirebbero in modo assoluto al datore di lavoro di recedere *ad mutum* dal rapporto. Del resto nel caso di specie non si è in alcun modo di fronte ad ipotesi di licenziamenti poiché se si eccettua la posizione degli esperti esterni (e qui si intende esclusivamente ai c.d. esterni all'Amministrazione in genere e non esterni al Dicastero presso il quale era svolto l'incarico dirigenziale non riattribuito) nessuno dei dirigenti che non si è visto riconfermare o meglio riattribuire l'incarico dal quale era cessato *ex lege* vede in alcun modo compromessa la stabilità del proprio rapporto d'impiego.

Sul punto si è espressa con chiarezza la Corte Costituzionale nella recente ordinanza n. 11/2002 che controparte, pur non risparmiandosi in citazioni dottrinali e giurisprudenziali, omette completamente di considerare. Ebbene il giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale delle norme di cui alla legge delega 59/97 e del decreto legislativo n. 80/98 nelle quali, come si accennava, sono state tracciate le scelte strutturali attraverso le quali si è provveduto a completare la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego anche con riferimento alla dirigenza che, come viene anche *ex adverso* riconosciuto, sono state ribadite nella legge 145/2002 (attraverso la quale si è voluto esclusivamente intervenire per integrare e modificare la disciplina della dirigenza mantenendosi fedeli al modello), dopo aver esattamente sottolineato che la suddetta disciplina era stata trasfusa nel testo del D.Lgs. 165/2001, di talché le questioni di costituzionalità dovevano intendersi trasferite sulle disposizioni del suddetto testo unico (e segnatamente art. 15, comma primo, 19, 21, 22, 23 e 24 comma secondo), ha con nettezza affermato che la privatizzazione del rapporto di impiego pubblico (intesa quale applicazione della disciplina giuslavoristica di diritto privato) non rappresenta di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del dipendente pubblico, posto che per questi (dirigente o no) non vi è, come accade per i magistrati una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi necessariamente con legge attraverso uno stato giuridico particolare che assicuri, ad es. stabilità ed inamovibilità, per cui rientra nella discrezionalità del legislatore di segnare l'ambito di estensione di tale privatizzazione, con il limite del rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e della non irragionevolezza della disciplina differenziata; che, per-



tanto, l'estensione della privatizzazione anche ai dirigenti generali rientra nella rilevata discrezionalità del legislatore in materia, il cui ambito consente di escludere che dalla non irragionevolezza di una disciplina originariamente differenziata automaticamente discenda l'ingiustificatezza dell'eventuale successiva assimilazione; che, pur nel contesto della generalizzata privatizzazione del rapporto di impiego dei dirigenti, la posizione del dirigente generale rimane in ogni caso differenziata anche all'interno del ruolo unico, considerando che esso contempla comunque due distinte "fasce" (art. 23 del D.Lgs. 29 del 1993, ed ora art. 23 del D.Lgs. 165 del 2001), e che la disciplina di significativi momenti del rapporto (come il conferimento degli incarichi art. 19 d.lgs. n. 29 del 1993, ed ora l'art. 19 d.lgs. n. 165 del 2001) riserva ai dirigenti di prima fascia uno speciale e più favorevole trattamento; che più in generale la disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale nei suoi aspetti qualificanti – in particolare il conferimento degli incarichi dirigenziali (assegnati tenendo conto, tra l'altro, delle attitudini e delle capacità professionali del dirigente) e la loro eventuale revoca (per responsabilità dirigenziale), nonché la procedimentalizzazione dell'accertamento di tali responsabilità (art. 19 e 21 del d.lgs. n. 29 del 1993, ed ora art. 19, 21 e 22 del d.lgs. n. 165 del 2001) – è connotata da specifiche garanzie, mirate a presidiare il rapporto di impiego dei dirigenti generali, la cui stabilità non implica necessariamente anche stabilità dell'incarico, che, proprio al fine di assicurare il buon andamento e l'efficienza dell'amministrazione pubblica, può essere soggetto alla verifica dell'azione svolta e dei risultati perseguiti, che i dirigenti generali sono quindi posti in condizione di svolgere le loro funzioni nel rispetto del principio di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione, tanto più che il legislatore delegato – nel riformulare gli articoli 3 e 14 del D.Lgs. 29 del 1993, con gli articoli 4 e 14 del d.lgs. n. 165 del 2001 – ha accentuato il principio della distinzione tra funzione di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo e funzione di gestione e attuazione amministrativa dei dirigenti, escludendo, tra l'altro, che il Ministro possa revocare, riformare, riservare o evocare a sé o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti "(e ribadito la legittimità, in materia, della giurisdizione del giudice ordinario proprio con riferimento ai dirigenti Generali sul presupposto dell'intervenuta privatizzazione del rapporto di impiego)", considerando, pertanto, manifestamente infondate le questioni di costituzionalità fondate invocando i medesimi parametri (articoli 9, 97, 98 della Costituzione) e le medesime argomentazioni svolte in ricorso.

Conclusivamente è da notare che le argomentazioni cui controparte si affida per sostenere l'incostituzionalità dell'art. 3, comma settimo, della legge 145/2002 costituiscono il frutto di una non corretta e completa lettura ed interpretazione del *corpus* normativo concernente la riforma della dirigenza pubblica. Se, al contrario, si rimane fedeli alla *ratio* che ha indotto il legislatore ad intervenire effettuando una riforma radicale e si considera quanto la Corte Costituzionale ha già avuto modo di precisare, ci si avvede facilmente della manifesta infondatezza di quanto *ex adverso* sostenuto. (*omissis*).

Non esiste e non può esistere alcun obbligo della P.A. di attuare un procedimento volto alla non conferma del dirigente generale cessato. Come si evince con chiarezza dal testo dell'art. 3, comma settimo, della legge 145/2002 la cessazione dell'incarico è automatica allo scadere del sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge e, a questo punto ad ogni singolo Ministro erano consentite solo ed esclusivamente due possibilità: o lasciare decorrere infruttuosamente il termine di novanta giorni dalla cessazione dell'incarico, così semplicemente riconfermando il dirigente cessato o procedere alla attribuzione di incarichi ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 19 del D.Lgs. 165/2001.

Come è ben chiarito nella circolare esplicativa del 31 luglio 2001 la cessazione della durata dell'incarico comporta per l'amministrazione l'obbligo di adottare un ulteriore provvedimento esplicito, riguardante la posizione del dirigente cessato dall'incarico, avente uno dei seguenti contenuti:

- a) l'attribuzione al dirigente dello stesso incarico cessato, eventualmente modificato in relazione a singoli profili contenutistici;
- b) l'attribuzione di un incarico funzionale equivalente;
- c) l'attribuzione di un incarico di studi, con il mantenimento del trattamento economico precedente della durata minima di un anno.

In siffatta prospettiva è di tutta evidenza che la comunicazione di avvio del procedimento, l'istruttoria e la motivazione, nel che si sostanzia l'attività pubblicistica volta al conferimento dell'incarico, costituiscono adempimenti correlati alla scelta del tutto discrezionale del tipo di incarico che si intende attribuire al dirigente cessato.

Così se l'opzione è per la riconferma dell'incarico con modifiche concernenti aspetti contenutistici dello stesso è dell'avvio di tale procedimento che il medesimo deve essere avviato e rispetto a tale scelta che va effettuata l'istruttoria e che il successivo provvedimento andrà motivato.

La tesi sviluppata da controparte la quale, come detto, teorizza la sussistenza di un diritto o interesse del dirigente a vedere attivato un procedimento volto alla propria non conferma e, soprattutto, a consentire che la scelta di conferimento dell'incarico ricada sulle persone più capaci in base a criteri razionali e trasparenti e non venga effettuata secondo il capriccio o peggio, le convenienze del soggetto decisore è il frutto di una lettura assolutamente distorta e fuorviante delle norme regolanti la materia.

Come si arguisce chiaramente dalla lettera dell'art. 3, comma settimo, della legge 145/2002, una volta cessati *ex lege* gli incarichi dirigenziali in essere, essendo immediatamente operativo il nuovo regime tutti gli incarichi devono intendersi conferiti "*ex novo*" anche in caso di attribuzione al medesimo dirigente. È pertanto inesatto parlare di "conferma" poiché, alla stregua di quanto previsto dal legislatore, il silenzio della P.A. va inteso nel senso che mediante esso si è inteso implicitamente procedere al conferimento dell'incarico già ricoperto dal dirigente avente ad oggetto il medesimo contenuto.

Contestualmente è consentita l'attribuzione di nuovi incarichi o meglio l'attribuzione degli incarichi riguardanti i dirigenti generali cessati ad altri dirigenti e tale scelta deve essere il frutto di un'attività da espletarsi nel rispetto di quanto previsto dall'art. 19, comma primo e secondo del D.Lgs.vo 165/2001, nel testo novellato.

Ora, a ben leggere le disposizioni contenute nelle due norme appena ricordate, che sono state oggetto più di modifiche formali che sostanziali, ci si avvede facilmente che la verifica rispetto alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo, va condotta con riferimento al soggetto su cui ricade la scelta del Ministro e non con riferimento al soggetto che in precedenza rivestiva l'incarico da conferire ed è di ciò che occorre dar conto nella motivazione del provvedimento di attribuzione dell'incarico.

Queste e solo queste (oltre naturalmente il diritto ad avere mezzi, risorse ed uomini occorrenti per il raggiungimento degli obiettivi e la rigorosa limitazione della possibilità di revoca dell'incarico) sono le garanzie che debbono essere apprestate al dirigente all'interno del nuovo modello e ciò in considerazione del fatto che l'attribuzione degli incarichi di carattere dirigenziale generale implica una scelta, che se non è di carattere esclusivamente fiduciario, come nel caso degli incarichi sovradirigenziali, certamente per l'importanza strategica che rivestono gli uffici di vertice presuppone anche la sussistenza di un rapporto fiduciario fra Ministro e dirigente prescelto. Ciò quindi comporta che si tratta di una scelta nella accettazione della quale il Ministro conserva ampi margini di discrezionalità.

Come è stato recentemente osservato in dottrina "uno degli aspetti più delicati della riforma della dirigenza pubblica è costituito dalla determinazione delle modalità di conferimento degli incarichi dirigenziali".

Difatti una volta che sia stato posto il confine fra l'area della politica e l'area della gestione, si tratta di stabilire, in buona sostanza, se e come l'organo di governo politico possa scegliere i dirigenti cui affidare la gestione.

I modelli proponibili sono molteplici: si va dalla scelta fiduciaria "resa" da parte dell'organo politico alla designazione, sulla base di criteri oggettivi predeterminati orientati o ad una verifica di titoli formali ovvero di requisiti sostanziali, da parte di un organismo indipendente rispetto all'amministrazione interessata.

Tra queste due posizioni estreme si possono individuare soluzioni intermedie, di carattere inevitabilmente compromissorio, espressive di un determinato punto di equilibrio fra l'esigenza del politico di essere sopportato da dirigente di cui possa "fidarsi", l'esigenza dei dirigenti di poter operare senza condizionamenti politici e, infine, la necessità ordinamentale, soprattutto, a che la scelta dei dirigenti, indipendentemente dall'essere o meno espres-

sione di potere amministrativo come tale funzionalizzato (art. 97 e 98 Cost.), risulti comunque conforme ai principi di trasparenza ed imparzialità nonché orientata all'efficienza ed alla efficacia dell'azione amministrativa che i prescelti devono prospetticamente garantire; laddove quest'ultimo stesso contestuale richiamo a principi garantistici ed a regole efficientistiche può risultare fisiologicamente contraddittorio, dato che l'amministrazione più imparziale non è detto che sia anche la più efficiente.

Difatti i principi garantistici di legalità, imparzialità e trasparenza implicano, applicati alla fattispecie in esame il rispetto di parametri di valutazione predeterminati, la puntuale esternazione del processo valutativo effettuato da esprimersi, necessariamente in un giudizio comparativo fra i candidati, la verificabilità *ex post* dell'iter valutativo seguito, infine e correlativamente la sindacabilità anche in sede giurisdizionale della scelta effettuata ove questa risulti non conforme ai parametri prefissati ovvero non adeguatamente motivata o trasparente. Tale assetto può riflettersi in una certa rigidità e macchinosità delle procedure e del necessario fondamento del processo valutativo sui titoli curriculari posseduti dai candidati in quanto più facilmente misurabili, con correlative possibili negative inesperienza sul piano dell'efficienza sia in termini di analisi costi-benefici delle procedure seguite, sia di effettiva congruenza di queste ultime rispetto all'obiettivo di assegnare la specifica responsabilità dirigenziale al soggetto effettivamente potenzialmente più idoneo ad assumerla.

Il punto di equilibrio cercato dal legislatore attraverso la riformulazione dell'art. 19 trae essenziale fondamento nella considerazione che *proprio la estraneizzazione dell'organo politico dall'attività di gestione, del cui corretto esercizio rimane però comunque pacificamente responsabile nei confronti della collettività, impone una sua ingerenza nella scelta di coloro che detta attività direzionale burocratica devono svolgere. In sostanza risulta coerente con la logica della circolarità democratico-rappresentativa che l'organo politico esecutivo (Governo, Sindaco ecc.) possa cercare di attuare le proprie politiche avvalendosi di manager di sua fiducia, salvo poi rispondere della eventuale erroneità delle designazioni operate sia innanzi all'organo politico rappresentativo (Parlamento, Consiglio Comunale etc.) sia di fronte all'elettorato.*

D'altronde anche in una logica aziendalistica non appare certo incongruo che colui che pone gli obiettivi strategici abbia il potere di individuare le persone più adatte per perseguirli.

Il sistema si fonda, dunque, sulla tendenziale fiduciarità della scelta del *management* pubblico; tendenziale perché detta fiduciarità risulta assoggettata ad una serie di temperamenti per così dire "garantistici" in quanto rivolti ad attenuare la soggettività delle scelte. Tali temperamenti attengono alla procedura di affidamento, alla durata degli incarichi ed alle modalità di rinnovo o di revoca degli stessi (cfr. *La riforma del pubblico impiego*, III ed., Maggioli, 186 e ss.).

I temperamenti garantistici cui la citata dottrina ha inteso alludere si riferiscono alle previsioni di cui agli art. 19, comma primo e secondo, del D.Lgs. 165/2001, che anche nella nuova versione (peraltro nella sostanza coincidente con la vecchia) riguardano, come dinanzi si ricordava, soltanto la necessità che dal provvedimento di conferimento dell'incarico, il quale nel nuovo assetto precede la stipula del contratto individuale, emerga essenzialmente che nella scelta sono stati rispettati i parametri fissati nel primo comma ovviamente con riferimento al soggetto destinatario dell'incarico e non a quello dal medesimo cessato.

In sintesi ciò di cui l'autorità politica deve dar conto è di aver orientato la propria scelta verso dirigente che per attitudini e capacità professionali si possa considerare all'altezza dell'incarico conferitogli (*id est* dei contenuti del posto-funzione dirigenziale e degli obiettivi perseguiti) e ciò anche considerate le sue esperienze pregresse. Al contrario non vi è alcun obbligo e nell'ambito del sistema per le ragioni dette nemmeno vi può essere, di esternare le ragioni per le quali non si è sperato di conferire l'incarico ovvero di non conferire nuovo incarico al dirigente cessato. Ipotizzare l'obbligo della P.A. di avviare un procedimento destinato a sfociare in un provvedimento di non conferma ovvero che il conferimento dell'incarico debba configurarsi come l'atto conclusivo di una selezione di natura sostanzialmente (se non formalmente) concorsuale, frutto di una valutazione comparativa dei titoli degli aspiranti, condotta secondo criteri predeterminati, dei quali l'amministrazione debba dare contezza con modalità analoghe a quelle previste nelle ordinarie procedure concorsuali, significa invocare una applicazione delle nuove regole che va contro la lettura e lo spirito della nuova disciplina. Si consideri inoltre che già prima che intervenisse la legge 145/2002

uno dei criteri fondamentali posti a garanzia della dirigenza nel suo complesso era quello della rotazione che è stato sicuramente rafforzato dalla previsione con la quale è stata ridotta la durata massima degli incarichi e dal comma 4-bis dell'art. 19 D.Lgs. 165/2001 aggiunto dall'art. 3, comma primo, lett. e) della legge 145/2002 il quale prevede che: "i criteri di conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale, conferiti ai sensi del comma 4 del presente articolo, tengono conto delle condizioni di pari opportunità di cui all'art. 7".

Tutto ciò sta a significare che non può pretendersi dall'Organo politico di motivare il mancato rinnovo, la non conferma ovvero la scelta di un dirigente non titolare di ufficio di livello dirigenziale piuttosto che di dirigente già titolare di ufficio di livello dirigenziale verrebbe a creargli inevitabili problemi segnalati dalla dottrina, ben poco si potrebbe armonizzare con l'impalcatura complessiva della riforma concernente i rapporti fra Autorità politica e dirigenza e finirebbe inevitabilmente per creare una inevitabile posizione di vantaggio per il dirigente venuto a cessare rispetto a coloro i quali non sono titolari di ufficio di livello dirigenziale generale, in contrasto con quanto chiaramente disposto dal legislatore in attuazione dei precetti costituzionali a torto *ex adverso* invocati (art. 3, 97 e 98 della Costituzione). Le esposte considerazioni valgono anche a confutare le censure di cui ai punti del ricorso con cui vengono prospettate violazioni di carattere procedurale richiamando la legge 241/1990 che poggiano su una ricostruzione del tutto erronea e distorta del procedimento di conferimento dell'incarico.

Per concludere sul punto si soggiunge soltanto che quanto si è andato esponendo a confutazione degli avversi assunti trae conforto dalla ricordata ordinanza n. 11/2002 della Corte Costituzionale nella quale in modo assai perentorio sono stati respinti i dubbi di costituzionalità del sistema fondato sulla tendenziale fiduciarità della scelta dei titolari degli uffici di livello dirigenziale generale prospettati dal codesto Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

Ciò chiarito dalla motivazione con la quale si è ritenuto di conferire ad altro dirigente la titolarità dell'ufficio in precedenza attribuito al ricorrente si evince con chiarezza che le Amministrazioni resistenti hanno proceduto nel pieno rispetto del dettato normativo. Del resto tutto ciò che controparte riesce a contestare è la rapidità dell'azione. In contrario è appena il caso di osservare che la necessità di procedere rapidamente (il più rapidamente possibile) si imponeva al fine di evitare vacanze o reggenze nelle strutture apicali dell'apparato amministrativo che ne avrebbero potuto paralizzare o quanto meno pregiudicare il funzionamento. (*omissis*).

Avv. Tito Varrone»

## 4. – LE ORDINANZE CAUTELARI DEL GIUDICE DEL LAVORO

**Tribunale di Roma, Sezione lavoro, primo grado – Ordinanza 15 gennaio 2003 – Giudice:** Casari – Procedimento cautelare intentato da C.E. (Avv. A. Androni) c/ ISFOL – Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori (Avv. V. Bencivenga) e c/ A.F. (Avv.ti T. De Flaviis e L. Bertini).

«(omissis) Ritiene l'ufficio di dover esaminare congiuntamente le eccezioni pregiudiziali di inammissibilità (correlata ad istanza di sospensione del presente giudizio) e di difetto di giurisdizione dell'adito tribunale, sollevate entrambe in memoria difensiva dall'ISFOL, poiché strettamente connesse.

Sostiene l'Istituto l'inammissibilità dell'azione cautelare intentata innanzi a questo giudice per essere stato convenuto solo l'ISFOL pur essendo coinvolta la Presidenza del Consiglio, per contemporanea pendenza innanzi al TAR Lazio di ricorsi intentati da altri dirigenti generali di altre pubbliche amministrazioni e per la necessità di una trattazione omogenea e nell'ambito della stessa sede delle problematiche di costituzionalità ivi e qui sollevate.

Sostiene altresì il resistente la giurisdizione del giudice amministrativo atteso il rovesciamento operato dall'art. 19 D.Leg.vo 165/01, come modificato dalla legge 145/02, del rapporto esistente tra provvedimento di incarico e contratto individuale e l'attuale assoluta prevalenza del primo, cui è demandata la determinazione di tutti gli elementi del rapporto del dirigente, ad eccezione della sola quantificazione del trattamento economico.

Rileva il Tribunale che a seguito della devoluzione al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, "delle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ... incluse quelle relative al conferimento ed alla revoca degli incarichi dirigenziali ..." (vedi art. 63 T.U. legge n. 165/2001) il Legislatore ha chiaramente previsto un discrimine tra giurisdizione del giudice ordinario e giurisdizione del giudice amministrativo che prescinde totalmente dalle posizioni soggettive (di diritto soggettivo o di interesse legittimo) in ipotesi lese dalla pubblica amministrazione, fondando viceversa la distinzione a seconda della materia oggetto di controversia (ad es. revoca o conferimento di incarico).

Se così è lo sbilanciamento operato dall'art. 19 tra provvedimento amministrativo e contratto ed il conseguente scivolamento da posizioni di diritto soggettivo a posizioni di mero interesse legittimo, non sono situazioni in grado di incidere sulla giurisdizione del giudice ordinario nella materia al medesimo attribuita espressamente.

Se ne deduce che qualora il ricorrente, come nel caso di specie, chieda la tutela della propria situazione soggettiva lesa (sia essa di diritto o di interesse) il giudice ordinario potrà comunque statuire in ordine alla medesima disponendo, se del caso, la disapplicazione dell'atto amministrativo.

Qualora viceversa l'istante chieda a monte l'annullamento dell'atto amministrativo che a tale lesione ha dato luogo, la giurisdizione permane in capo al TAR.

Né il legislatore ha previsto che la sussistenza di tale doppio binario di tutela implichi pregiudizialità del giudizio amministrativo e la conseguente necessità di sospensione del giudizio ordinario.

Essendo tale l'attuale sistema normativo, pur con gli aggiustamenti che si renderebbero necessari, devono essere disattese entrambe le eccezioni sollevate, avendo in questa sede il ricorrente concluso per il ripristino del lavoratore nelle proprie funzioni.

Si rileva altresì che, così definito l'oggetto del presente giudizio cautelare, ben poteva essere il medesimo intentato nei confronti dei soli resistenti convenuti.

Passando quindi all'esame delle doglianze dell'istante, ricorda il Tribunale che ai fini dell'invocata tutela ex art. 700 c.p.c. del diritto vantato dal ricorrente occorre verificare la contestuale sussistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

In particolare, riguardo al *periculum*, l'art. 700 c.p.c. richiede la sussistenza nella fattispecie del fondato timore di subire un pregiudizio imminente ed irreparabile: l'imminenza ricorre quando il danno appare immediato ed implica la necessità di provvedere urgentemente; l'irreparabilità ricorre quando non è possibile una reintegrazione del diritto neanche a mezzo del risarcimento essendo idonei gli effetti dannosi a durare nel tempo.

Ad avviso di quest'Ufficio, parte ricorrente non ha dato prova della sussistenza nel caso di specie di tale requisito.

Adduce la difesa del ricorrente sul punto: 1) "la sussistenza di un danno economico" derivante dalla "defenestrazione senza alcun incarico compensativo"; 2) "il danno derivante

alla carriera ed all'immagine dell'istante dall'intrinseca valutazione negativa che la mancata conferma e la mancata attribuzione di un incarico equivalente esprimono in ordine alle sue capacità ed attitudini".

Riguardo al primo aspetto rileva il giudicante che il danno economico è per definizione risarcibile, salvo che, per il suo concreto atteggiarsi e per le condizioni particolari del singolo, non mini il diritto ad una esistenza libera e dignitosa. Tale ultima circostanza non è stata neppure dedotta e deve quindi ritenersi nella fattispecie inesistente.

Riguardo al danno alla carriera ed all'immagine derivante dalla mancata conferma nell'incarico, occorre rilevare che il ricorso non deduce in alcun modo un pericolo relativo alla professionalità del lavoratore derivante dal mancato esercizio di fatto delle precedenti mansioni ma lamenta esclusivamente la lesione dell'immagine dell'istante derivante dal giudizio negativo insito nel mancato reincarico.

Non saremmo quindi in presenza di una lesione delle capacità professionali del lavoratore ma, immutate queste ultime, assisteremmo ad un discredito gettato sul ricorrente, con ripercussioni negative, sia nell'ambito dell'Istituto di appartenenza sia all'esterno, tali da minarne l'immagine e le possibilità di carriera.

In altre parole, non viene posto un problema di sostanza ma, come chiarito anche in sede di discussione dalla difesa dell'istante, di "visibilità".

Se questi sono i termini del lamentato pericolo, non si conviene con la difesa di parte ricorrente in ordine alla sussistenza di una "intrinseca valutazione negativa" sulle capacità del ricorrente espressa dalla pubblica amministrazione nel suo operare.

Nessuna onta o macchia può derivare dal venir meno dell'incarico precedente, atteso che la "decapitazione" è avvenuta per legge, automaticamente, ed ha interessato la generalità degli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e dei direttori generali degli enti pubblici vigilati dallo Stato, a prescindere quindi dalle caratteristiche e capacità personali dei singoli interessati e dalla volontà delle amministrazioni ed enti medesimi cui non è stato dato alcun vaglio di opportunità.

Né si può ritenere di per sé che la mancata conferma del ricorrente nel medesimo incarico sia indice di un giudizio negativo sulle sue capacità professionali. Non vi è chi non veda come la volontà espressa dalla maggioranza del parlamento nella riforma in questione, prescinde, nella realizzazione di quello che è stato significativamente chiamato meccanismo dello "spoils system", dalle capacità professionali dei malcapitati interessati.

Ciò è palesato dalla prevista decadenza automatica dall'incarico a prescindere anche dai più favorevoli risultati raggiunti nello svolgimento del proprio operato.

Preso atto di tale caratteristica del sistema adottato, non si può che prendere atto della rilevanza data dal legislatore ad altri fattori che giocano sulla possibilità di reincarico quale, precipuamente, la sussistenza di uno stretto rapporto fiduciario con il Ministro e la ritenuta affidabilità politica del soggetto incaricando.

In altre parole, se la dirigenza generale diviene *staff* del Ministro (come osservato dalla dottrina), non basta possedere comprovate capacità tecniche, ma occorre anche essere ritenuti dal Ministro politicamente affidabili e quindi affini agli obiettivi politici che il governo in carica si propone di raggiungere.

Che questo sia stato l'intento della maggioranza parlamentare è altresì evidenziato dal tenore della memoria di istituzione della Presidenza del Consiglio dei Ministri in analogo procedimento prodotto dalla resistente in atti, ove a chiare lettere è detto che "la scelta in questione nulla ha a che vedere con valutazioni sulla qualità professionale e sui risultati dei dirigenti cessati" (pagina 7).

Ma se così è, l'unico giudizio derivante da un mancato reincarico è di non ritenuto allineamento del C. "alle strategie dell'autorità politica" (vedi sempre pagina 7), valutazione quindi totalmente avulsa dai risultati raggiunti, dal bagaglio culturale, di capacità e di esperienze del dirigente in questione (come degli altri).

Occorre poi rilevare che il mancato conferimento di incarico equivalente od incarico di studi è dipeso sia da divieto espressamente sancito dall'art. 19 della circolare del 31 luglio 2002 del Ministero della Funzione Pubblica recante le modalità applicative della legge sul riordino della dirigenza sia, per quanto riguarda il solo incarico equivalente, all'insussistenza di tale posizione nell'ambito dell'ISFOL.

Quanto sopra dedotto in ordine al *periculum* esime dall'esame del *fumus*.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.: Rigetta il ricorso *ex art. 700 c.p.c. (omissis)*.

Roma, 13 gennaio 2003».

**Tribunale di Roma, Sezione lavoro, primo grado – Ordinanza 23 gennaio 2003 – Giudice:**  
M.G. Marocco – D.G.M. c/Ministero dell'Economia e delle Finanze, INAIL.

«(omissis) È dato pacifico in causa che il ricorrente è pubblico dipendente con qualifica di dirigente generale e con incarico di sindaco del collegio dei Sindaci dell'INAIL; è altresì pacifico che il D.G. è stato rimosso da detto incarico in applicazione dell'art. 3, comma 7, legge 145/00.

La Legge in esame, intitolata “Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato”, detta all'art. 3 le norme in materia di incarichi dirigenziali e di ingresso dei funzionari internazionali nella pubblica amministrazione, disponendo al comma 7 che le disposizioni poste nell'articolo in esame trovano diretta applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura e che i predetti incarichi cessano al sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge.

La lettera della norma, così chiara da non necessitare di alcuna interpretazione, mostra agevolmente che la disciplina della cessazione *ope legis* degli incarichi dirigenziali è prevista esclusivamente per i dirigenti cui siano stati attribuiti incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e di direttore generale.

La ricerca della *ratio legis*, operata alla stregua dei noti canoni ermeneutici predisposti dall'ordinamento, consente peraltro di affermare che il legislatore ha con ciò inteso garantire la sussistenza di un concreto vincolo di fiduciarità tra il Governo e la figura apicale delle varie articolazioni amministrative, nell'ottica comprensibile della migliore gestione della cosa pubblica.

Dunque, così come sostenuto dalla difesa di parte ricorrente in sede di discussione, deve dirsi che l'inapplicabilità della norma *de qua* alla fattispecie per cui è causa deriva direttamente dalla previsione legislativa, altra essendo l'ipotesi che il legislatore ha inteso disciplinare.

Ed infatti, rammentate le superiori premesse, è evidente che il ricorrente non svolgeva – in quanto non gli era stato attribuito – né un incarico di funzione dirigenziale di livello generale né di direttore generale di un ente pubblico vigilato dallo Stato, essendo stato invece addetto al mero controllo di legittimità degli atti dell'INAIL, in uno con gli altri componenti del collegio sindacale.

Dunque deve dirsi che il provvedimento con cui il ricorrente è stato rimosso dall'incarico in parola è stato adottato in palese violazione dei presupposti di legge richiamati invece dall'Amministrazione convenuta per giustificare la sua azione, posto che al momento dell'adozione del provvedimento in esame il ricorrente non era, in concreto, dirigente apicale né nell'amministrazione dello Stato né in un ente pubblico vigilato dallo Stato.

Risulta pertanto soddisfatto il requisito del *fumus boni iuris* normativamente richiesto per l'adozione dell'invocato provvedimento cautelare.

Ritiene però questo Giudice che nel caso di specie non può dirsi soddisfatto anche l'altro requisito necessario per giustificare l'intervento in via d'urgenza dell'ufficio adito, ovvero il *periculum in mora*.

Al riguardo va precisato che il *periculum in mora* è integrato dal rischio che in pendenza del procedimento ordinario il diritto che si intende affermare in via d'azione sia lesa in modo irreversibile ovvero in modo tale che la sua risarcibilità sia oggettivamente impossibile o quanto meno estremamente difficile, di talché si giustifica l'adozione di un provvedimento che inibisca la realizzazione della lesione paventata e anticipi la decisione adottanda nella fase di merito.

Tanto precisato, dal tenore del ricorso emerge che il ricorrente ha prospettato in prima battuta, in ordine al danno che teme di poter subire nelle more a seguito dell'asserita illegittima pretermissione dal posto di lavoro, la sussistenza di una lesione al suo diritto alla professionalità, alla carriera e alla reputazione sociale, ritenendo il pregiudizio in parola *icto oculi* evidente.

Orbene, va preliminarmente osservato che la domanda azionata in via d'urgenza dal ricorrente è quella relativa alla sola reintegrazione nel posto di lavoro, mentre manca qualsiasi specificazione delle conclusioni che si intende introdurre nella successiva fase di merito.

A rigore l'omissione in parola renderebbe di per sé sola inaccoglibile in rito la domanda ex art. 700 c.p.c. che qui interessa, non essendo dato né ai contraddittori né al Giudice conoscere puntualmente il *petitum* di cui si chiede siano anticipati gli effetti; pur tuttavia, nella doverosa interpretazione conservativa dell'atto introduttivo del presente giudizio, e tenuto conto che nella – successiva – fase di merito non potrebbe essere introdotto alcun *petitum* ulteriore, deve concludersi che i diritti che in questa sede si indicano lesi dalla condotta illegittima di parte datoriale, introducendoli come espressione tangibile del *periculum in mora*, non potrebbero ricevere tutela in via d'urgenza, mancando la chiara ed inequivoca deduzione della specifica domanda di risarcimento del relativo danno.

La tesi sostenuta è poi corroborata dalla ulteriore considerazione che la soluzione contraria a quella prospettata si tradurrebbe in una sostanziale negazione degli oneri allegatori che incombono al ricorrente ex art. 414 c.p.c., qui ancor più pressanti se solo si tiene conto del fatto che – come si è detto – le circostanze dedotte nel giudizio ex art. 700 c.p.c. devono coincidere con la materia che sarà oggetto del contendere in sede ordinaria.

Peraltro, pur a non volere condividere le superiori ragioni – ma non si vede come – vi è comunque da dire che in ogni caso non potrebbe considerarsi sussistente il requisito del *periculum in mora*.

Ed infatti, si osserva che l'affermazione della esistenza del pregiudizio è allo stato degli atti apodittica, proprio perché, per ammissione dello stesso ricorrente, il danno deve considerarsi sussistente *in re ipsa*.

Orbene questo Giudice non ignora i principi affermati anche di recente dalla S.C. in materia – benché elaborati in esito alla riflessione sulla diversa fattispecie del danno da errato esercizio dello *ius variandi* datoriale – in forza dei quali il paventato danno non patrimoniale alla vita professionale lederebbe anche il diritto fondamentale alla libera espressione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro, comportando un pregiudizio che incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato, e che tale lesione produrrebbe automaticamente un danno (non economico ma) comunque rilevante sul piano patrimoniale, per la sua attinenza agli interessi patrimoniali del lavoratore e determinabile anche in via equitativa (cfr. Cass. 10/2002; Cass. 11727/99; Cass. 1443/2000).

Tuttavia ritiene questo Giudice – ribadendo la propria giurisprudenza sul punto – che anche questo ulteriore aspetto del danno (all'immagine o alla vita professionale o di relazione), proprio in ossequio ai principi informativi dell'ordinamento, deve essere allegato (art. 414 c.p.c.) e provato (art. 2697 cc), quanto meno in via presuntiva (e, per quanto qui rileva, con la sommarietà consentita dalla natura del mezzo azionato), nella sua ontologica esistenza.

In caso contrario, invero, si introdurrebbe una sorta di presunzione dell'esistenza del danno che non trova giustificazione in alcuna norma positiva.

Ne deriva pertanto che, allo stato degli atti, si dispone del solo riscontro della condotta colpevole datoriale, ma non si dispone di alcun dato univoco, di sicuro riscontro oggettivo, della sussistenza attuale e concreta di una lesione irreversibile della sfera soggettiva del ricorrente, ovvero di una lesione la cui risarcibilità futura sia oggettivamente impossibile o estremamente difficile.

Né a conclusioni diverse si può giungere tenendo conto che, accanto ai profili di danno in parola il ricorrente ha lamentato anche un danno di natura meramente patrimoniale, scaturente dal mancato ricevimento della retribuzione e dall'assenza di altre fonti di reddito che garantiscano, a lui e al suo nucleo familiare, di far fronte alle esigenze di vita.

Ed infatti, pur a voler trascurare il fatto che il ricorrente non ha neppure dimostrato qual è la composizione della sua famiglia e l'eventuale stato di disoccupazione dei componenti (con le evidenti conseguenze ai fini del decidere), vi è comunque da dire che l'interesse a percepire la retribuzione, attesa l'indiscussa funzione alimentare del corrispettivo della prestazione lavorativa, è presente in inadempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto di lavoro, ed ha riguardo alla sola fattispecie di recesso datoriale ingiustificato in area assistita da tutela reale.



Il carattere eccezionale della norma (che invero impone al datore di lavoro un *facere* – altrimenti – infungibile) ne vieta, pacificamente, l'applicazione oltre l'ipotesi prevista, con la conseguenza che nel caso di specie un *petitum* di tal tenore deve considerarsi inammissibile.

A conclusioni diverse non può giungersi neppure tenendo conto del fatto che la normativa positiva in materia di pubblico impiego prevede attualmente la possibilità di rendere anche una pronuncia di condanna della P.A.

Ed invero, ritiene questo Giudice che l'ampiezza dei poteri individuati in capo al G.O. dall'art. 68 d.lg. 29/93, come successivamente modificato, può porre il dubbio se possano considerarsi derogati i limiti fissati dalla legge abolitiva del contenzioso in relazione alla possibilità per il G.O. di condannare l'amministrazione ad un *facere* specifico consistente nella emanazione o eliminazione di un provvedimento amministrativo – analogamente ai poteri del G.A. – ma certo non consente comunque – in ossequio ai principi generali del processo civile, qui applicato – che si pronunci una condanna ad un *facere* infungibile, dunque non passibile di esecuzione forzata.

Né varrebbe opporre che il privato ben potrebbe far ricorso al giudizio di ottemperanza (articoli 27, n. 4 T.U. C.d.S. e 37 legge istitutiva del TAR) e dunque conseguire il risultato perfissatosi: ed infatti, ai fini che qui interessano è sufficiente dire, in via assorbente rispetto ad ogni altra considerazione, che presupposto processuale per attivare il procedimento in questione è la sussistenza di una sentenza passata in giudicato e non semplicemente dotata di forza esecutiva.

Pertanto, il carattere meramente provvisorio del *dictum* che può essere reso in questa sede preclude, in modo incontestabile e a maggior ragione, la possibilità di utilizzare il giudizio *de quo*, con le evidenti conseguenze ai fini del decidere.

Si potrebbe obiettare, a ben vedere, che anche la pronuncia – positivamente disciplinata – della reintegrazione *ex art. 18 legge 300/70* non è comunque passibile di esecuzione forzata ma che ciò non ha comunque ostato alla previsione positiva della relativa norma e da ciò desumere l'ammissibilità della domanda azionata.

Tale argomento, però, non appare offrire spunti validi per inficiare la conclusione assunta; ritiene infatti questo Giudice che una norma eccezionale, quale l'art. 18 *cit.*, non possa – in ossequio a principi logici, prima ancora che giuridici – consentire di astrarre una regola generale, valevole cioè per ogni fattispecie, questa potendosi invece desumere solo da norme che regolano le ipotesi che alla fattispecie generale sono rapportabili in forza del – diverso – rapporto di genere a specie.

Riprendendo il discorso più sopra iniziato, vi è comunque da dire che, pur non potendo essere reso l'ordine di reintegrazione richiesto, in ossequio ai principi generali sarebbe comunque ammissibile la pronuncia meramente dichiarativa del diritto del ricorrente a conservare il posto previamente occupato in seno al collegio sindacale dell'Inail; ed infatti, poiché un *dictum* di tal tenore è presupposto della condanna invocata, e dunque implicito nel *petitum* formulato, su di esso ben può intervenire la pronuncia dell'Ufficio adito, ciò non comportando violazione del disposto degli articoli 99 e 112 c.p.c.

Pur tuttavia, va ribadito che la declaratoria del diritto è forma di tutela non passibile, strutturalmente, di tutela anticipata, sicché sono ovvie le conseguenze ai fini del decidere.

Riassuntivamente, quindi, deve dirsi che nella fattispecie portata al vaglio di questo Giudice è sicuramente certo il buon diritto del ricorrente, essendo risultata palese la violazione di legge da parte della P.A. datore di lavoro; pur tuttavia, il mancato accoglimento della domanda in questa sede deriva da ostacoli di ordine processuale connessi sia alla non riconosciuta ricorrenza di tutti i presupposti per la concessione del provvedimento di urgenza sia al tipo di pronuncia invocata.

Da ultimo, con riguardo alla eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dall'INAIL nella memoria di costituzione, osserva questo Giudice che effettivamente il ricorrente non ha né esposto ragioni di diritto a fondamento della chiamata in giudizio dell'Istituto né ha concluso nei confronti dello stesso; da ciò deriva che, allo stato degli atti, l'eccezione in parola deve considerarsi fondata.

Alla luce delle svolte considerazioni il ricorso deve essere integralmente respinto (*omissis*).

P.Q.M.: Respinge il ricorso.

Roma, 21 gennaio 2003».

**Tribunale di Roma, sezione lavoro, primo grado – Ordinanza 3 febbraio 2003 n. 4392 – G. U. M. Tucci – R. (Avv. Androni) c/ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento Funzione Pubblica, Ministero per i beni e le attività culturali e P. (Avv. Paolantonio).**

«(omissis) Letti gli atti, sciogliendo la riserva assunta all'esito dell'udienza del 27 gennaio 2003, ritenuto *in via preliminare*:

che sussista la giurisdizione del giudice adito *ex art.* 63 d.lgs. n. 65 del 2001;

che parimenti appare sussistere compatibilità tra il giudizio cautelare e la questione di legittimità costituzionale in quanto nel caso in cui il Giudice ritenga tale questione non manifestamente infondata e rilevante, in presenza del squisito del *periculum in mora*, ben può regolamentare l'assetto di interessi in questione in modo da fare sì che l'attesa del giudizio di costituzionalità, laddove abbia esito positivo, non pregiudichi irreparabilmente il diritto del ricorrente.

*Riguardo al fumus boni iuris*: che lo stesso non sussiste in base alle seguenti considerazioni:

1) la norma applicata (art. 7 legge n. 145 del 2002) effettivamente riguarda un ambito di soggetti più ampio (tutti i dirigenti generali) rispetto a quello di cui al comma 3 art. 9 (dirigenti generali nominati con d.P.R. e automaticamente decaduti dopo novanta giorni dal voto di fiducia al nuovo Governo *ex* comma 8 art. 19) comprendono anche quelli di cui al comma 4 (nominati con D.P.C.M. e non coinvolti nella decadenza automatica di cui al comma 8 citato) ed effettivamente la ricorrente rientra in tale seconda ipotesi.

Si rileva tuttavia che, al contrario di quanto sostenuto dalla difesa R., la nuova legge ha effettuato radicali innovazioni in quanto, tra l'altro, ha soppresso il ruolo unico dei dirigenti, ha ridotto sensibilmente il termine, da quinquennale a triennale, degli incarichi dirigenziali, ha collegato il mancato rinnovo del contratto o la revoca dell'incarico, o addirittura il recesso dal rapporto di lavoro non solo al mancato raggiungimento degli obiettivi ma, alternativamente, anche all'inosservanza delle direttive date al dirigente (mentre invece nell'impostazione precedente il mancato raggiungimento degli obiettivi comportava l'assegnazione ad altro incarico e solo alla grave inosservanza delle direttive o al ripetuto mancato raggiungimento degli obiettivi erano collegate sanzioni più gravi) con conseguente maggiore vincolo tra il Ministro e il dirigente generale. Dette innovazioni costituiscono elementi che rendono razionale la disposizione ritenuta illegittima dalla ricorrente (rientrando quindi la stessa nell'ambito di scelte politiche demandate al legislatore), perché finalizzata a consentire l'applicazione di fatto immediata di tutto il nuovo sistema.

2) proprio per le osservazioni sopra effettuate la deroga all'asserito principio di stabilità dei rapporti di lavoro (cosa che comunque per i dirigenti generali non è garantita dalla stessa legge) è comunque giustificata dal diverso assetto normativo né appare violato il precepto di cui all'art. 97 e 98 Cost. in quanto nel caso di specie di fatto si è provveduto ad una tempestiva nomina del nuovo dirigente;

3) essendo la decadenza stabilita *ex lege*, non era necessaria alcuna motivazione da parte della P.A.;

4) Il provvedimento di conferimento di incarico al controinteressato appare comunque motivato anche il relazione al cospicuo *curriculum* in atti;

5) l'assenza presso il Ministero dei Beni Culturali di funzioni di livello dirigenziale generale disponibili è considerato pacifico dalla stessa ricorrente mentre per i posti vacanti in altri Ministeri, atteso il venir meno del ruolo unico dei dirigenti, ben la ricorrente potrebbe ottenere un nuovo incarico laddove chieda di accedere alla procedura di mobilità di cui all'art. 23, secondo comma D.Lgs. n. 16 del 2001 come modificato dalla legge n. 145 del 2002.

*Riguardo al periculum in mora*: che l'esame dello stesso è superfluo non sussistendo il *fumus boni iuris*.

*Riguardo alle spese*: che la complessità e la novità della fattispecie ne giustifica la compensazione integrale.

*P.Q.M.*: Rigetta il ricorso; compensa le spese di lite.

Roma, 3 febbraio 2003».

**Tribunale di Roma, primo grado – Ordinanza 3 febbraio 2003 – Giudice:** P. Giovene di Girasole – E.M. c/Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca.

«(omissis) Va preliminarmente rilevata l'incompatibilità tra la tutela in via d'urgenza garantita dal ricorso *ex art. 700 c.p.c.* e la prospettata questione di illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, d.lgs. 145/02, che ha disposto la cessazione *ope legis* degli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale, dal sessantesimo giorno dalla entrata in vigore della legge. L'analisi della questione nella presente sede presupporrebbe che il giudice della cautela, qualora ne ravvisasse la ammissibilità e rilevanza, o dovrebbe sospendere il procedimento e rimettere gli atti alla Corte Costituzionale, oppure dovrebbe concedere il provvedimento all'esito di un giudizio prognostico di presumibile accoglimento della questione da parte della Corte Costituzionale, con successiva rimessione degli atti alla Corte. Entrambe le soluzioni non appaiono tuttavia percorribili, alla stregua del diritto positivo. La prima, perché l'attesa di una eventuale pronuncia di incostituzionalità, richiedente termini notoriamente lunghi, vanificherebbe l'esigenza di immediatezza della tutela, che caratterizza il ricorso all'art. 700 c.p.c. La seconda, perché darebbe luogo ad un'abnorme disapplicazione della legge, preclusa al giudice ordinario, come ben evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, laddove ha sancito, in caso di anticipazione del giudizio di incostituzionalità di una legge da parte del giudice adito in sede cautelare, l'esorbitanza dai suoi poteri e la violazione delle norme che regolano l'intervento dell'organo di controllo costituzionale, dunque la violazione del dovere di applicare le leggi vigenti, "che solo la Corte Costituzionale o lo stesso potere legislativo possono rendere inoperanti" (Cass. civ., sez. lav., 7 dicembre 1989, n. 13415; Cass. civ., SS.UU., 7 luglio 1988 n. 4476). Ed invero, il giudizio prognostico favorevole sull'esito della causa di merito, in cui si sostanzia l'esame del "*fumus boni juris*", va necessariamente effettuato alla stregua del diritto vigente.

Le considerazioni innanzi svolte, cui questo giudice ritiene di conformarsi, escludono la possibilità di esaminare il ricorso, per la parte fondata sulla asserita illegittimità costituzionale della norma in esame.

Tanto premesso, va rilevato come la ricorrente abbia prospettato l'illegittimità dell'operato del Ministero dell'Istruzione, anche in riferimento al vigente assetto legislativo.

In particolare, deduce la E.M. che gli atti di revoca e di successivo conferimento degli incarichi ai direttori generali sarebbero stati adottati dall'Amministrazione senza effettuare alcun tipo di istruttoria, in violazione dell'art. 19 del t.u. 165/01, secondo cui "per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura ed alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente...". E che ciò avrebbe impedito alla ricorrente di partecipare al procedimento, e di essere sottoposta a valutazione comparativa, sia in ordine alla possibile conferma dell'incarico precedentemente rivestito, sia per quanto riguarda l'eventuale attribuzione di un incarico equivalente. Tale affermazione, peraltro in contrasto con la differente interpretazione della norma in esame fornita dalla stessa ricorrente, laddove ne ha prospettato per vari versi l'incostituzionalità, non trova riscontro nella disciplina introdotta dal d.lgs. 145/02, che ha invece innanzitutto sancito, all'art. 3, comma 7, l'automatica decadenza, *ope legis*, da tutti gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale, e da quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato, i quali «cessano al sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge». Sicché il tenore della disposizione non lascia spazio ad alcuna possibilità di valutazione, e tanto meno prevede un obbligo di motivazione, in ordine alla cessazione da siffatti incarichi, che opera di diritto. La stessa disposizione prosegue prevedendo che «... In sede di prima applicazione dell'art. 19 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, come modificato dal comma 1 del presente articolo, ai dirigenti, ai quali non sia riattribuito l'incarico in precedenza svolto, è conferito un incarico di livello retributivo equivalente al precedente. Ove ciò non sia possibile, per carenza di disponibilità di idonei posti di funzione o per la mancanza di specifiche qualità professionali, al dirigente è attribuito un incarico di studio, con il mantenimento del precedente trattamento economico, di durata non superiore ad un anno". È evidente la volontà legislativa manifestata con siffatta disposizione, ovvero quella di riconoscere natura fiduciaria agli incarichi dirigenziali in questione, con la conseguenza che le relative nomine, succes-

sive al decadere dei precedenti incarichi, implicano non solo una valutazione di natura tecnica, ma innanzitutto una valutazione sull'affidabilità politica delle persone. A tale conclusione induce in primo luogo la summenzionata previsione della automatica decadenza da tutti gli incarichi dirigenziali, a prescindere dalla valutazione dei risultati raggiunti, che altro non significa che volontà di garantire una dirigenza totalmente nuova, dunque in linea con l'orientamento politico governativo. In tale ottica va dunque interpretato anche il successivo disposto della norma, che invero prevede come meramente eventuale la possibilità di riconferma del dirigente nell'incarico precedentemente svolto, o di attribuzione di un incarico equivalente, garantendo in definitiva al dirigente decaduto esclusivamente il diritto a vedersi almeno attribuito un incarico di studio di durata non superiore ad un anno, con il mantenimento del precedente trattamento economico. Alcuna diversa interpretazione appare invero possibile, a fronte della previsione della semplice possibilità di conferimento di incarico di livello retributivo equivalente, ovvero subordinata alla disponibilità (evidentemente dipendente dalle scelte governative) di posti idonei, ed alla sussistenza di specifiche qualità professionali. Ed in proposito, la stessa ricorrente ha riconosciuto la mancanza, presso il Ministero dell'Istruzione, di posti liberi aventi ad oggetto funzioni equivalenti, mentre non competeva al Ministro dell'Istruzione ed alla Presidenza del Consiglio, o di altri Ministeri, proporre il conferimento di incarichi presso altri Ministeri, attesa la scelta legislativa, emergente dall'art. 23 d.lgs. 165/01, di sopprimere il ruolo unico della dirigenza.

Da tutto quanto innanzi premesso discende la insussistenza del *fumus boni juris* in ordine alle pretese di parte ricorrente.

La mancanza del *fumus* rende superfluo l'esame della eventuale esistenza del *periculum in mora*.

Motivi di equità suggeriscono la compensazione delle spese di lite.

*P.Q.M.*: Rigetta il ricorso. Compensa tra le parti le spese di lite.

Roma, 3 febbraio 2003».

**Tribunale di Roma, seconda sezione lavoro – Reclamo – Ordinanza 4 febbraio 2003 – Presidente: D. Cortesani – Relatore: A.M. Luna – N.G. c/Ministero della salute, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Istituto Superiore per la Prevenzione e la sicurezza del lavoro.**

«(omissis) Il ricorrente, quindi, agendo nei confronti del Ministero della salute, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dell'Istituto Superiore, ha chiesto che, previa eventuale declaratoria di illegittimità della comunicazione del 4 ottobre 2002, sia ordinata la sua reintegrazione nell'incarico e nelle funzioni di direttore del Dipartimento per la programmazione e la gestione delle risorse economico-finanziarie e del personale.

Il Ministero della salute, la Presidenza del Consiglio e l'Istituto, costituitisi in giudizio, hanno contestato fondatezza della domanda cautelare affermando che la disposizione di cui all'art. 3, comma 7 della legge n. 145/02 si applica a tutti i dirigenti generali, irrilevanti essendo, a fronte del dato normativo, le interpretazioni contenute in circolari amministrative. Hanno poi contestato la sussistenza del *periculum in mora* essendo stato offerto un incarico di studio, di livello equivalente all'incarico in precedenza affidato, che dimostra la volontà dell'amministrazione di non escludere il ricorrente dal conferimento di nuovi incarichi dirigenziali.

Il Giudice, con ordinanza 25 novembre 2002, n. 41233 reg. cron., ha accolto il ricorso ed ordinato la reintegrazione del dirigente nelle funzioni.

Con atto depositato il 7 dicembre 2002, ha proposto reclamo il Ministero della salute affermando che, in realtà, l'Istituto non è un ente pubblico, bensì un organo del servizio sanitario nazionale, mentre la disposizione dell'art. 9 del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 419, il quale riconduce l'Istituto alla categoria degli enti, non sarebbe in concreto operativa giacché non è stata ancora emanata la normativa per la ristrutturazione e la riorganizzazione dell'Istituto stesso. Ribadisce, poi, l'infondatezza della domanda cautelare per difetto di *periculum in mora*.

Il lavoratore si è costituito confermando le proprie posizioni difensive e prospettando anche l'inammissibilità del reclamo in quanto l'argomentazione avanzata dal Ministero è del tutto nuova ed anzi in contrasto con la posizione assunta nella prima fase.

Tanto premesso, questo Collegio reputa infondato il reclamo, benché non inammissibile.

Si osserva, infatti, preliminarmente, che non sono applicabili al giudizio cautelare le preclusioni di cui agli art. 416 e 437 c.p.c. in quanto non richiamate espressamente da alcuna delle disposizioni di cui agli artt. 669-*bis* e segg. c.p.c.; né le stesse appaiono compatibili con il sistema legislativo del procedimento cautelare, nel quale, anzi, è consentito portare alla cognizione del giudice del reclamo, ai fini di chiedere la sospensione dell'esecuzione del provvedimento, fatti e circostanze nuove sopravvenuti (art. 669-*terdecies*, quinto comma c.p.c.) e, quindi, a maggior ragione, possono essere dedotti, anche come motivi di reclamo, tali fatti e motivi nuovi ed anche preesistenti, ma non dedotti nella prima fase, secondo quanto si desume anche dalla possibilità di proporre nuovamente domanda cautelare, laddove la prima sia stata respinta, allegando mutamenti delle circostanze o deducendo nuove ragioni di fatto o di diritto (art. 669-*septies* c.p.c.).

Ben può quindi il reclamante, per contrastare l'avversa pretesa, prospettare nuove ragioni di diritto.

Nel merito, tuttavia, gli argomenti prospettati dal Ministero della salute non appaiono condivisibili.

Secondo il d.lgs. 30 giugno 1993, n. 268, l'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro (I.S.P.E.S.L.) era definito come organo tecnico-scientifico del Servizio sanitario nazionale, dipendente dal Ministro della sanità, pur avendo autonomia scientifica, organizzativa, amministrativa e contabile.

Tale situazione è mutata a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 419/99, adottato in esecuzione della delega di cui agli articoli 11, comma 1, lettera *b*), prima parte, e 14 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni e integrazioni, concernente il riordino degli enti pubblici nazionali non svolgenti attività di previdenza.

In particolare, l'art. 9 del d.lgs. n. 419/99, disciplina l'Istituto superiore di sanità e l'ISPEL prevedendo che essi esercitano, nelle materie di competenza del Ministero della sanità, funzioni e compiti tecnico-scientifici e di coordinamento tecnico. L'Istituto, che continua ad essere dotato di autonomia scientifica, organizzativa, amministrativa e contabile, è sottoposto alla vigilanza del Ministro della sanità (e non è più quindi da questo dipendente) e costituisce organo tecnico-scientifico del Servizio sanitario nazionale, del quale il Ministero, le regioni e, tramite queste, le aziende sanitarie locali e le aziende ospedaliere si avvalgono nell'esercizio delle attribuzioni conferite loro dalla normativa vigente.

L'Istituto, quindi, è in senso improprio un organo poiché è tale rispetto al servizio sanitario nazionale che non è un soggetto, ma è il complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione (art. 1 legge n. 833/78).

Esso è invece un ente per ragioni innanzi tutto di interpretazione sistematica, essendo disciplinato specificamente con un provvedimento normativo *sub*-primario finalizzato espressamente al riordino degli enti pubblici nazionali. Come detto, del resto, non sarebbe appropriata un'attività di mera vigilanza, da parte dell'amministrazione statale competente, su un proprio organo, più propriamente essendo la vigilanza una funzione che appunto può esercitarsi nei confronti di altro soggetto, sottoposto a controllo.

Il reclamante stesso, invero, riconosce che l'Istituto debba avere natura di ente pubblico in base al d.lgs. n. 419/99; afferma tuttavia che l'operatività delle nuove norme è condizionata alla futura adozione del provvedimento normativo necessario per ristrutturazione e riorganizzazione dell'Istituto, così come è avvenuto, per l'analogo Istituto superiore di sanità (d.P.R. n. 70/01).

L'art. 9, comma 3, del d.lgs. n. 419/99, invero, dispone che sono organi dell'Istituto (come anche del "gemello" Istituto superiore di sanità) il presidente, il consiglio di amministrazione, il direttore generale, il comitato scientifico e il collegio dei revisori. La medesima disposizione stabilisce che all'organizzazione dell'Istituto deve provvedersi con i regolamenti

di cui all'art. 13 del medesimo d.lgs. n. 419/99, che devono anche recare disposizioni di raccordo con la disciplina prevista dal decreto legislativo 5 giugno 1998, n. 204, e dalle altre disposizioni vigenti per gli enti di ricerca.

Il successivo art. 13 rimette ad una successiva attività normativa la concreta definizione degli statuti degli enti oggetto dello stesso decreto legislativo; tuttavia, il medesimo art. 13, al comma 3, detta le disposizioni da osservare comunque, a decorrere dal 10 gennaio 2002, nel caso in cui la revisione statutaria non sia intervenuta entro il 30 giugno 2001.

Tale disposizione, quindi, indicando quali debbano essere, a decorrere dal 10 gennaio 2002, le strutture degli enti, anche in assenza della normativa di attuazione, fa sì che gli enti oggetto di riordino siano posti ugualmente in condizione di "funzionare" anche concretamente, pur in assenza della normativa di attuazione, essendo peraltro possibile comunque applicare, in attesa della revisione statutaria le norme in precedenza vigenti, giusta quanto dispone l'art. 14 del d.lgs. n. 419/99.

Posto che, quindi, l'Istituto è autonomo soggetto di diritti quanto meno a decorrere dal 10 gennaio 2002, ad esso si applica la disposizione di cui all'art. 3, comma 7, della legge n. 145/02 solo per quanto riguarda il direttore generale e non anche agli altri dirigenti generali, dal primo dipendenti, secondo la interpretazione offerta dal Ministro della funzione pubblica, con circolare del 31 luglio 2000, che appare sul punto pienamente condivisibile.

Non essendo N.G. destinatario della citata norma transitoria sulla cessazione automatica degli incarichi, la sua posizione giuridica non ha subito mutamento di sorta per effetto della innovazione legislativa.

Quanto al *periculum in mora*, le considerazioni espresse dal primo Giudice possono essere confermate giacché l'incarico che viene offerto appare quasi del tutto privo di contenuto tenuto conto che, come documentalmente provato, il medesimo incarico è stato quasi contemporaneamente affidato ad una società (v. nota del 25 settembre 2002 dell'ISPESL), sicché il dirigente, privato delle funzioni, dovrebbe svolgere un'attività che, allo stato, sembrerebbe quanto meno non immediatamente utile e dunque non idonea a consentire la prosecuzione del naturale processo di arricchimento ed affinamento professionale, con conseguente depauperamento delle capacità professionali che, proprio ai maggiori livelli di qualificazione, richiedono un costante lavoro di aggiornamento ed una concreta operatività.

Le spese di questa fase saranno disciplinate all'esito del giudizio di merito.

*P.Q.M.*: Il Tribunale, pronunciando sul reclamo proposto dal Ministero della salute, avverso l'ordinanza del Giudice del Lavoro di Roma 25 novembre 2002, n. 41233 reg. cron., così provvede:

1. – rigetta il reclamo;
2. – spese all'esito del giudizio di merito.

Roma, 30 gennaio 2003».

**Tribunale di Roma, quarta sezione lavoro, primo grado – Ordinanza 18 febbraio 2003 – Giudice:** A. Coluccio – G.C. c/ Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica e c/ A.M.

«(omissis) preliminarmente deve essere dichiarata inammissibile, in sede cautelare, la proponibilità della questione di legittimità costituzionale.

Infatti, con la sospensione del procedimento cautelare e la remissione della questione alla Corte Costituzionale, il giudice adito emetterebbe un provvedimento in palese contrasto con le finalità del giudizio *de quo*, che è finalizzato alla concessione di un provvedimento in via provvisorio e d'urgenza.

Né appare ammissibile emettere il provvedimento cautelare e contemporaneamente sospendere il procedimento, posto che con l'emanazione del provvedimento cautelare il giudice adito si "spoglia" definitivamente del procedimento cautelare e nessuna ulteriore decisione potrebbe assumere all'esito della decisione della Corte.

Dunque, senza poter entrare nel merito della rilevanza della questione sollevata, per i motivi sopra esposti, occorre esaminare l'esistenza dei requisiti per la concessione del provvedimento richiesto.

Quanto al *fumus boni iuris* si osserva che la domanda principale, inerente la richiesta di ripristino delle funzioni di Direttore dell'Ufficio scolastico regionale per la Liguria, potrebbe, in astratto, essere accolta solo ove la Corte Costituzionale ritenesse incostituzionale l'art. 3, comma 7, legge n. 145/2002, nella parte in cui dispone la cessazione *ex lege* degli incarichi dirigenziali in essere.

In assenza di tale pronuncia la cessazione dell'incarico *ante tempus* risulta legittimo, in quanto disposto in forza di legge.

Il *fumus bonis iuris* appare, pertanto, allo stato, assolutamente insussistente.

Quanto alla domanda subordinata, volta ad ottenere una funzione equivalente di Dirigente Generale su posti vacanti o assegnati *ad interim* alla data di notifica del ricorso o in data successiva, è da dire che la stessa risulta carente del requisito del *periculum in mora*.

Il lamentato danno economico è, per consolidata giurisprudenza, risarcibile e, dunque, non è sufficiente per la concessione del provvedimento richiesto; così come risarcibile, ove accertato, all'esito della cognizione piena, è quello per il lamentato demansionamento.

Si osserva, ancora, che per individuare il danno alla professionalità non è sufficiente una verifica in astratto, dovendosi invece accertare l'esistenza di un concreto danno subito dal lavoratore; ciò comporta l'onere a carico del ricorrente di specifiche e puntuali allegazioni in merito al pregiudizio lamentato; solo in presenza di una particolare professionalità o tecnicità delle mansioni svolte, soggette a rapida obsolescenza si potrebbe ravvisare il pregiudizio dedotto; diversamente argomentandosi giungerebbe a ritenere legittimo l'intervento dello strumento cautelare per qualsiasi mutamento di situazioni lavorative e si consentirebbe l'utilizzo di tale strumento cautelare ogni qualvolta si ritenesse lesa una propria posizione soggettiva.

Nel caso concreto la professionalità acquisita dal ricorrente nel corso della sua esperienza lavorativa non può certo risultare minata dal conferimento dell'incarico studi affidato dalla P.A., che per stessa volontà legislativa viene equiparato alla attività di dirigenza.

Per quanto attiene al pregiudizio alla salute, invocato in sede di discussione e solo incidentalmente dedotto in ricorso, è, invece, da dire che le deduzioni e produzioni in merito appaiono sprovviste di concreti elementi diretti ad accertare il nesso di causalità tra comportamento dell'amministrazione convenuta e la patologia sofferta.

Né, infine, può ritenersi che il ricorrente abbia subito un danno all'immagine, posto che la revoca dell'incarico è avvenuta automaticamente per legge ed ha interessato un alto numero di dirigenti, a prescindere dalle capacità professionali dei dirigenti estromessi.

Nessuna lesione all'immagine professionale del ricorrente appare pertanto perpetrata.

*P.Q.M.*: Respinge il ricorso. Compensa le spese.

Roma, 17 febbraio 2003».

### **Tribunale di Roma, sezione lavoro, primo grado – Ordinanza 19 febbraio 2003 ex art. 700 –**

*Giudice:* F. Baraschi – E.B. c/ Ministero dell'Istruzione, dell'Università e Ricerca, Presidenza del Consiglio dei Ministri e c/ L.S.

«(omissis) L'art. 700 c.p.c. testualmente recita: “chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza (...) per assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito”; come è noto, la tutela cautelare ex art. 700 può essere accordata solo ove ricorrano i requisiti del:

– *fumus boni iuris*, verosimile fondatezza della domanda, accertata in una prima sommaria valutazione,

– *periculum in mora*, pericolo che nel tempo necessario per far valere il diritto in via ordinaria questo possa subire un pregiudizio grave ed irreparabile;

nel caso in esame la prima questione da valutare riguarda la compatibilità, teorica e pratica, tra la procedura d'urgenza, attivata da E.B., ed il ricorso incidentale alla Corte Costituzionale che lo stesso ricorrente chiede al Giudice di attivare;

la questione ha carattere definitivo in quanto, come detto, la cessazione del ricorrente dall'incarico è avvenuta in applicazione della legge n. 145/2002 ed in particolare dell'art. 3 comma 7 della legge stessa;

orbene, tale norma prevede che gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato cessino automaticamente entro il sessantesimo giorno successivo alla entrata in vigore della legge;

la norma quindi nel prevedere la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali, con riferimento alle posizioni c.d. apicali delle Amministrazioni e degli Enti, si pone come “ostacolo” alla concessione della tutela invocata da E.B.;

in altre parole, sembra al Giudice che nel vigore della norma citata la cessazione dell’incarico di E.B. non possa che ritenersi legittima;

né può essere condivisa la censura relativa alla mancanza di attività istruttoria e di motivazione in quanto la legge, nel prevedere un meccanismo di cessazione automatica, salva la possibilità di conferma entro un termine stabilito, evidentemente esclude la necessità che alla revoca dell’incarico dirigenziale si giunga attraverso un procedimento amministrativo di verifica dei risultati conseguiti con adozione di un provvedimento, di revoca appunto o di conferma, che certamente non potrebbe che essere (necessariamente) motivato;

il legislatore, con la norma in esame, ha invece adottato un meccanismo automatico e generalizzato di cessazione degli incarichi (e non di revoca) prevedendo come derogatoria la possibilità della conferma entro il termine prefissato; tale meccanismo, appunto per la sua generalità ed automaticità, non richiede l’adozione di un atto di volontà da parte della P.A. ai fini della cessazione dell’incarico, cessazione che avviene automaticamente se non impedita tempestivamente con la conferma;

la norma quindi rende, a parere del Giudice, legittima la cessazione dell’incarico di E.B. e, in questo senso, si pone come “ostacolo” alla concessione della invocata tutela restitutoria;

si consideri, al riguardo, che la “disapplicazione” di una norma di legge, anche se ritenuta illegittima per contrasto con la Carta Costituzionale, esula dai poteri concessi al G.O. il quale è tenuto ad applicare la legge in vigore fino a quando la stessa non sia espulsa dall’ordinamento ad opera dei soggetti istituzionali cui tale potere appartiene;

nel caso in cui, dunque, questo Giudice ritenesse “non manifestamente infondata”, oltre che “rilevante”, la questione di costituzionalità come proposta dal ricorrente, altro non potrebbe fare che sollevare la questione stessa davanti alla Corte Costituzionale sospendendo, nelle more del giudizio della Corte, la procedura d’urgenza;

tale meccanismo, pur giuridicamente ammissibile, appare concretamente inidoneo ad assicurare a E.B. la tutela che egli oggi invoca;

sulla giuridica ammissibilità del suddetto meccanismo si osserva che il ricorso incidentale alla Corte Costituzionale può essere attivato, come noto, in ogni giudizio che si svolga davanti ad una autorità avente natura giurisdizionale e dotata di competenza decisoria;

la Corte, peraltro, ha adottato in materia criteri piuttosto estensivi riconoscendo caratteri di “giudizio” a procedimenti che, quale che sia la loro natura e modalità di svolgimento, si compiano alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale come, ad esempio, in materia di “volontaria giurisdizione” (decisioni 4/56, 129/57 e 24/58) e di provvedimenti del giudice istruttore in sede civile (n. 73/81) oltre che ai procedimenti davanti al magistrato di sorveglianza sull’esecuzione della pena e sulla applicazione delle misure di sicurezza, o anche nel caso del procedimento penale per decreto;

in questo senso non sembra che possa negarsi al procedimento cautelare che si svolge, nel contraddittorio delle parti, davanti al Giudice civile natura di “giudizio” nell’ambito del quale ben può essere sollevata una questione incidentale di costituzionalità;

tuttavia, come detto, tale meccanismo non appare concretamente idoneo ad assicurare a E.B. la tutela dei suoi diritti, almeno nei termini nei quali egli l’ha invocata;

facendo ricorso al procedimento cautelare egli infatti ha sostenuto di non poter attendere il tempo necessario per un ordinario giudizio di merito in quanto, nelle more dello stesso, il suo diritto avrebbe subito un danno grave ed irreparabile (c.d. *periculum in mora*);

orbene, non essendo possibile, per quanto esposto, concedere al ricorrente la tutela invocata fino alla rimozione (eventuale) della norma di legge che legittima l’azione della P.A. convenuta, l’eventuale accoglimento della sua domanda potrebbe essere pronunciato solo a seguito della decisione favorevole della Corte Costituzionale e quindi a distanza di un tempo ben maggiore rispetto a quello necessario per un ordinario giudizio di merito celebrato secondo il rito del lavoro;



anche in riferimento alla domanda relativa al mancato conferimento di incarico equivalente deve ripetersi quanto già esposto in tema di non necessità di istruttoria e motivazione da parte della P.A.;

si consideri, comunque, che l'attuale sistema normativo in materia di dirigenza pubblica espressamente prevede la temporaneità degli incarichi e la possibilità che il dirigente, privo di incarico, sia adibito a compiti di studio, consulenza, ricerca o ispezione (art. 19, comma 10, d.lvo n. 165 del 2001); in questo senso la doglianza di E.B. non sempra condivisibile almeno con riguardo al requisito del *periculum in mora* posto che, come detto, né la titolarità di uno specifico incarico né la possibilità di accedere a nuovi incarichi possono considerarsi diritti stabili ed acquisiti per il dirigente pubblico;

in conclusione la domanda di E.B. deve essere respinta in quanto, allo stato, la norma di legge in vigore esclude la fondatezza della sua pretesa ed il procedimento necessario ai fini della (possibile) abrogazione della norma stessa non sarebbe in grado di tutelare "immediatamente" le sue ragioni, così come presupposto dalla procedura alla quale egli ha fatto ricorso;

le spese vanno compensate per evidenti ragioni di equità ed attesa la mancata pronunzia nel merito degli aspetti decisivi della domanda;

*P.Q.M.*: Respinge il ricorso. Spese compensate (*omissis*).

Roma, 19 febbraio 2003».

**Tribunale di Roma, Sezione lavoro, primo grado – Ordinanza 25 febbraio 2003 ex art. 700 c.p.c.** – C.M. c/ Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica e c/ D.S.G.

«(*omissis*) La questione all'esame di questo giudice involge in primo luogo la possibilità di invocare con domanda principale – ed avanzata in un ricorso d'urgenza – la questione di legittimità costituzionale della norma rilevante nella fattispecie. L'art. 3, comma VII, della legge n. 145/2002 dispone infatti la cessazione dell'incarico di funzione dirigenziale di livello generale ovvero di quello di direttore generale degli Enti pubblici vigilati dallo Stato, entro il sessantesimo giorno dalla sua entrata in vigore nonché la riattribuzione di un incarico di livello retributivo equivalente, ovvero ancora, ove ciò non sia possibile, un incarico di studio, sempre con il mantenimento del trattamento economico precedente: è in applicazione di tale disposizione, infatti, che il ricorrente ha visto revocare il proprio incarico di direzione generale con attribuzione di un incarico di studio della durata di un anno. Recita la disposizione in questione: "Fermo restando il numero complessivo degli incarichi attribuibili, le disposizioni di cui al presente articolo trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura. I predetti incarichi cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione. Fermo restando il numero complessivo degli incarichi attribuibili, per gli incarichi di funzione dirigenziale di livello non generale può procedersi, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, all'attribuzione di incarichi ai sensi delle disposizioni di cui al presente articolo, secondo il criterio della rotazione degli stessi e le connesse procedure previste dagli articoli 13 e 35 del contratto collettivo nazionale di lavoro per il quadriennio 1998-2001 del personale dirigente dell'Area 1. Decorso tale termine, gli incarichi si intendono confermati, ove nessun provvedimento sia stato adottato. In sede di prima applicazione dell'articolo 19 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dal comma 1 del presente articolo, ai dirigenti ai quali non sia riattribuito l'incarico in precedenza svolto è conferito un incarico di livello retributivo equivalente al precedente. Ove ciò non sia possibile, per carenza di disponibilità di idonei posti di funzione o per la mancanza di specifiche qualità professionali, al dirigente è attribuito un incarico di studio, con il mantenimento del precedente trattamento economico, di durata non superiore ad un anno. La relativa maggiore spesa è compensata rendendo indisponibile, ai fini del conferimento, un numero di incarichi di funzione dirigenziale equivalente sul piano finanziario, tenendo conto prioritariamente dei posti vacanti presso l'amministrazione che conferisce l'incarico".

Questo Tribunale afferma a riguardo l'inammissibilità di un provvedimento di urgenza a tutela di una posizione soggettiva compressa o condizionata da una legge ordinaria sospettata di incostituzionalità e ciò in quanto si anticiperebbero gli effetti di una dichiarazione di incostituzionalità e si sconfinerebbe nelle prerogative riservate al giudice delle leggi e dello stesso legislatore quando il preciso dettato costituzionale – art. 101, comma 2, Cost. – che assoggetta il giudice alla legge, ne impone la stretta applicazione (in tal senso v. anche la recente Ord. Trib. sez. IV Lavoro di Roma del 5 febbraio 2003) R. c/ Ministero dell'Istruzione – A, agli atti). Il procedimento giurisdizionale, per altro verso, non può che costituire l'occasione per investire il giudice delle leggi del sindacato di legittimità costituzionale, lo strumento attraverso il quale il giudice *a quo* opera una valutazione esclusivamente volta a stabilire la rilevanza è non manifesta infondatezza della lamentata dissonanza della norma applicata nel caso di specie, rispetto ai principi costituzionali, ma non può riguardare direttamente ed immediatamente la fondatezza della relativa questione. Va ribadita quindi la impossibilità di disapplicare la norma di legge, e ciò anche in via provvisoria ed in considerazione del carattere strumentale, contingibile ed urgente del procedimento che ci occupa. Né appare compatibile con i principi ispiratori della tutela cautelare la sospensione (*ex art. 23, comma 2, della legge 11 marzo 1953, n. 87*) che la remissione della questione alla Corte Costituzionale implica, senza contare che, emesso il provvedimento finale della relativa fase, il giudice dell'urgenza si spoglia di ogni potere in relazione al caso deciso (mentre l'eventuale giudizio positivo sulla rilevanza della questione, sarebbe comunque condizionato dalla conferma del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* da parte del giudice del reclamo).

In ogni caso si ritengono necessarie alcune precisazioni.

In primo luogo non può non rilevarsi che il nuovo assetto normativo ha ridisegnato la disciplina della dirigenza valorizzando il rapporto strettamente fiduciario dei dirigenti di più alto grado con l'autorità governativa (v. fra l'altro la riduzione del termine massimo di durata dell'incarico e, per i dirigenti di vertice, la cessazione automatica dopo novanta giorni dalla fiducia al governo *ex art. 19, comma 8, d.lgv. 165/2001, come novellato*) mentre anche la disciplina transitoria, in questa sede oggetto di censure, si spiega proprio in ragione della necessità di creare un raccordo con il nuovo modello previsto nella legge n. 145/2002 (la quale, all'art. 3, comma VII, precisa anche che "... le disposizioni di cui al presente articolo trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura").

Come chiarito anche con la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento Funzione Pubblica, richiamata da tutte le parti costituite, la legge n. 145/2002 sul riordino della dirigenza, ha profondamente mutato l'assetto complessivo della dirigenza statale, con particolare riguardo al conferimento degli incarichi dirigenziali (direttamente incidendo sul D.Lgv. 165/2001) valorizzando le responsabilità politiche degli organi di vertice delle amministrazioni nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei ad attuare gli obiettivi programmatici (confr. circ. all. n. 7 di parte ricorrente). È stato, in particolare, ribaltato il criterio cui era ispirato il conferimento degli incarichi dirigenziali dello Stato, con la abrogazione del ruolo unico e della successiva facoltà di procedere al conferimento dell'incarico mediante stipula di contratto di diritto privato.

Per quanto interessa in questa sede la Funzione Pubblica fornisce anche dei "chiariamenti interpretativi, riferiti al periodo di immediata attuazione della legge" in ragione della delicatezza della fase di superamento del precedente assetto normativo caratterizzato dal rilievo centrale del contratto individuale di lavoro nella definizione dell'oggetto e degli obiettivi degli incarichi dirigenziali ed in cui la piena attuazione del nuovo modello organizzativo è subordinata alla costituzione dei ruoli dirigenziali delle singole amministrazioni. L'art. 3, comma 7, si legge, individua il nucleo essenziale del regime transitorio della nuova disciplina diretta ad incidere su due tipi di incarichi, in corso alla data di entrata in vigore della legge (dirigenziali dei ruoli delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo e di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato). Quanto alla cessazione la regola comune è l'introduzione del termine legale entro i sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge (per cui l'incarico cessa in ragione del mero decorso del tempo e l'eventuale provvedimento ha solo effetti dichiarativi). Quanto alla posizione del dirigente cessato l'amministrazione dovrà: attribuire lo stesso incarico cessato, attribuire un incarico di livello

retributivo equivalente ovvero un incarico di studi, con il mantenimento del trattamento economico precedente, della durata massima di un anno. Il provvedimento di conferimento dell'incarico anche nella fase di immediata applicazione della legge ha carattere provvedimento (il contratto accessivo ha contenuto meramente economico) e quindi si pone come determinazione conclusiva di un procedimento amministrativo nel quale si manifesta l'interesse pubblico correlato al perseguimento degli obiettivi definiti dall'organo di indirizzo politico-amministrativo. Il riferimento ai principi generali del procedimento amministrativo (regole partecipative e comunicazioni di avvio del procedimento) si riferisce, quindi, alla fase procedimentale concernente la determinazione riguardante l'incarico di affidare al dirigente cessato, ma non opera in relazione alla automatica cessazione dell'incarico (il quale discende da un effetto legale).

Del resto, è questa considerazione che permette di ritenere che il presupposto per la attribuzione dell'incarico equivalente è la disponibilità "di un posto con queste caratteristiche oggettive" e che tale disponibilità va verificata "... all'esito delle altre assegnazioni agli uffici di livello dirigenziale generale ..", mentre è chiaro che l'ulteriore valutazione relativa al possesso delle specifiche qualità, ovvero la valutazione comparativa, si rende necessaria solo in caso di esito positivo della prima verifica (V. circ. richiamata, pag. 15).

Nella fattispecie pertanto la doglianza relativa alla mancata istruttoria non può riguardare la indisponibilità di "funzione equivalente" (sub. 1-ter conclusioni di cui al ricorso), mentre solo alla positiva verifica di incarichi disponibili avrebbe potuto conseguire una attività di valutazione e/o comparazione.

Del resto anche la nozione di equivalenza appare condizionata dalla esclusione ad opera dell'art. 19 del d.lgv. 165/2001 non modificato dalla legge n. 145/2002 sul punto della operatività dell'art. 2103 c.c. nel caso *de quo* ("Al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'articolo 2103 del codice civile"), residuando un riferimento alla sola equiparazione retributiva (art. 13 CNL 98-01), come in effetti sottolineato anche dall'art. 3, comma VII (... ai dirigenti ai quali non sia riattribuito l'incarico in precedenza svolto è conferito un incarico di livello retributivo equivalente al precedente).

Non appare sostenibile, di poi, che la verifica degli incarichi retributivi di livello equivalente debba essere effettuata anche nell'ambito delle altre amministrazioni in quanto se è vero che la abrogazione del regolamento del ruolo unico di cui al d.P.R. n. 150/99 è differita all'entrata in vigore del nuovo regolamento, è anche vero che la ormai nota circolare precisa che "Le nuove procedure per i conferimenti degli incarichi vanno immediatamente applicate, anche nella fase transitoria, indipendentemente dalla piena operatività dei singoli ruoli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato" e ciò in quanto le nuove percentuali concernenti le aliquote riguardanti il conferimento degli incarichi di cui si discute, sono riferite alla dotazione organica dei posti di ciascuna amministrazione (come dimostra il fatto che nel proporre l'incarico di funzione dirigenziale di livello generale le singole amministrazioni debbono formulare la loro proposta, con l'indicazione del tipo di incarico, "nel rispetto delle percentuali previste dall'art. 19, commi 4, 5-bis, 5-ter e 6, anche allo scopo di verificare il limite delle nuove misure eventuali stabilite dall'ordinamento per ciascun ambito di capienza in relazione alla dotazione organica di ciascuna amministrazione .." (il comma IV dell'art. 19 del d.lgv. 165/2001 impone al Ministro di orientare la sua scelta fra i dirigenti di prima fascia dei ruoli di cui all'art. 23, oppure in misura non superiore al 50% della relativa dotazione, gli altri dirigenti appartenenti ai medesimi ruoli; ruoli che a norma dell'art. 23 nuovo testo del d.lgv. 165/2001 sono quelli esistenti presso ogni singolo Ministero - I e II fascia).

Risultando, in definitiva, il comportamento della Amministrazione in diretta applicazione della legge e non potendo spingersi il sindacato di questo giudice, per le ragioni dette, nel merito del sospetto di incostituzionalità, non può non affermarsi la insussistenza dei presupposti della tutela azionata. La natura del comportamento della Amministrazione, sostanzialmente attuativo del dettato di legge non permette, peraltro, di riconnettere al provvedimento con il quale il ricorrente è stato privato del suo originario incarico, ovvero alla mancata attribuzione di incarico di livello retributivo equivalente, quella valenza negativa a cui il C.M. collega la esistenza del pregiudizio quanto al danno lamentato alla sua professionalità ed immagine professionale (al di là del pregiudizio relativo alla perdita del trattamento economico che lo stesso avrebbe percepito sino alla originaria scadenza dell'incarico, pregiudizio quest'ultimo, tuttavia, suscettibile di riparazione per equivalente). Si vuol dire, in altre

parole, che non può essere considerata ingiusta la diminuzione riguardante una posizione soggettiva quando la stessa, come nella fattispecie, deriva direttamente dalla legge e che quelli che possono essere vissuti come atti prevaricatori e discriminanti (in sede di discussione orale la parte ricorrente ha evidenziato soprattutto il pregiudizio derivategli dalla intrinseca valutazione negativa), non possono assumere tali connotazioni qualora si consideri il loro collegamento al mero fattore temporale e non ad una valutazione di merito (ovvero disciplinare), dell'operato del dirigente.

Nondimeno anche nella specificità della vicenda processuale che ci occupa ed in considerazione del tempo di deposito del ricorso, non può sottacersi la prospettazione del controinteressato (sviluppata anche nella discussione orale), secondo la quale l'asserito pregiudizio, qualora esistente, ormai risulterebbe verificatosi, con riflessi sulla effettiva incidenza della tutela invocata in questa sede. Del resto le Amministrazioni resistenti evidenziano anche che la Corte dei Conti ha già provveduto alla registrazione di tutti i D.L.C.M. impugnati con la conseguenza della decisiva rilevanza, in termini di effettività, esclusivamente di una pronuncia, inibita in sede di g.o., direttamente incidente sull'atto (*rectius*: di annullamento).

Alla stregua delle esposte considerazioni pertanto il ricorso non può trovare accoglienza.

Sussistono tuttavia giusti motivi, attesa la novità della questione trattata, per disporre la integrale compensazione fra le parti delle spese processuali.

Roma, 24 febbraio 2003».

**Tribunale Civile di Roma, terza sezione lavoro, primo grado – Ordinanza del 4 marzo 2003 – ex art. 669-ter e 700 c.p.c. - (Avv. dello Stato G.P.de Figueiredo, cont. 1370/03).**

«(omissis) Tutto quanto premesso va osservato che il ricorso è in parte fondato e va accolto, per quanto di ragione. Preliminarmente va disattesa l'eccezione di carenza di interesse del ricorrente per intervenuta acquiescenza.

Invero dal carteggio intercorso tra il ricorrente ed il Gabinetto del Ministro si evince con chiarezza che D.G. proponeva il possibile oggetto dell'incarico di studio, da individuarsi nell'ambito della "devolution" alle Regioni, solo dopo che il Ministro si era determinato, a non riconfermare in capo al predetto l'incarico dirigenziale precedentemente da lui ricoperto.

Ciò si desume dalla stessa lettera citata anche dalla difesa della Pubblica amministrazione, risalente al 4 ottobre 2002 nella quale il ricorrente "suggerisce" alcune modifiche da apportare al testo del contratto di attribuzione di incarico di studio. Nella missiva del 4 ottobre 2002 (cfr. all. 7 di parte resistente) nella quale egli dichiara di aderire all'invito rivoltagli in data 7 ottobre 2002 per la stipula del contratto di incarico di studio, il ricorrente precisa che "in nessun caso la sottoscrizione del contratto di cui trattasi potrà considerarsi come acquiescenza alle determinazioni che l'Amministrazione ha assunto nei miei confronti in sede di applicazione della legge n. 145/2002.

Preciso anzi che mi riservo di tutelare, nelle sedi competenti, i miei diritti ed interessi connessi al mancato conferimento dell'incarico in precedenza svolto o di un incarico di livello retributivo equivalente al precedente".

Da quanto esposto può affermarsi che se la dimostrata conoscenza del ricorrente in ordine alla determinazione della P.A. di non riconfermargli l'incarico dirigenziale precedente svolto vale ad escludere che egli possa dolersi di non essere stato informato in ordine all'avvio del procedimento relativo alla mancata sua riconferma e alla mancata attribuzione di incarico equivalente non può altresì affermarsi che egli abbia prestato acquiescenza alle determinazioni della Pubblica amministrazione di attribuirgli l'incarico di studio.

Parimenti non può affermarsi che il ricorso, depositato il 18 dicembre 2002, è stato tardivamente proposto, come affermato dalla controinteressata, ovvero circa 3 mesi dopo la nomina di quest'ultima (20 settembre 2002) nell'incarico da lui precedentemente svolto.

Va infatti ricordato che solo ai primi di novembre del 2002 il ricorrente ha avuto accesso ai documenti amministrativi e quindi solo all'esito di tale esame ha potuto svolgere compiutamente le proprie difese.

Ciò posto ritiene il giudice che nella presente sede cautelare non possa sollevarsi la prospettata questione di legittimità costituzionale.

Invero pur essendo questo giudice consapevole dell'esistenza di contrari orientamenti, si ritiene che le esigenze di celerità e sommarietà che connotano il presente procedimento cautelare, presentato peraltro *ante causam*, quindi a prescindere dall'instaurazione del giudizio di merito al quale accede, sia del tutto contrastante con i tempi necessariamente lunghi che conseguono alla eventuale rimessione della questione alla Corte Costituzionale ed alla sospensione del presente giudizio.

Inoltre il giudizio di verosimiglianza del diritto vantato, quindi il *fumus boni iuris*, non può essere riferito al possibile accoglimento da parte della Corte Costituzionale della eccezione d'incostituzionalità della norma censurata ma va vagliato in relazione alla situazione di diritto positivo esistente secondo l'ordinamento vigente. Una soluzione contraria imporrebbe all'odierno giudice, in assenza di qualunque norma a riguardo, di anticipare il giudizio della Corte costituzionale appropriandosi del potere di disapplicare ante tempo una norma giuridica che invece deve ritenersi vigente sino alla eventuale pronuncia di accoglimento della eccezione da parte della Corte Costituzionale.

In caso diverso verrebbe violato il principio positivo nel nostro ordinamento, secondo cui il sindacato di legittimità della legge è accentrato in capo al Giudice delle leggi, ovvero alla Corte Costituzionale mentre al giudice a quo è solo consentito di rimettere la questione, su istanza di parte o d'ufficio, alla Corte medesima.

In sostanza o si dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale in questa sede, senza emettere tuttavia alcun provvedimento cautelare, al fine di evitare "anticipazioni" rispetto al giudizio del giudice delle leggi, così tuttavia frustrando la finalità della tutela cautelare, oppure occorrerebbe verificare se, a prescindere dal giudizio della Corte Costituzionale, sussistono profili di illegittimità nella condotta della P.A. rispetto alla legge n. 1145/2002 secondo quanto comunque prospettato dal ricorrente.

Invero a prescindere dai profili di ecepita incostituzionalità della legge, va osservato che il ricorrente ha dedotto che in ordine al mancato reincarico e/o attribuzione di incarico equivalente la P.A. ha omesso qualunque motivazione.

La norma di cui all'art. 3, comma 7 della legge n. 145/2002 a riguardo dispone che: "fermo restando il numero complessivo degli incarichi attribuibili, le disposizioni di cui al presente articolo trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale, e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura. I predetti incarichi cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione. In sede di prima applicazione dell'articolo 19 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, come modificato dal comma 1 del presente articolo, ai dirigenti ai quali non sia riattribuito l'incarico in precedenza svolto è conferito un incarico di livello retributivo equivalente al precedente. Ove ciò non sia possibile per carenza di disponibilità di idonei posti di funzione o per la mancanza di specifiche qualità professionali, al dirigente è attribuito un incarico di studio, con il mantenimento del precedente trattamento economico, di durata non superiore ad un anno".

La norma testè richiamata individua, quindi, una scansione temporale di passaggi graduali: dopo la scadenza *ex lege* di tutti gli incarichi di dirigenza generale con il decorso dei 60 giorni dall'entrata in vigore della legge (8 agosto 2002), al dirigente al quale non viene riconfermato il medesimo incarico viene attribuito o "in via prioritaria" un incarico equivalente, o, in via di mero subordine, in mancanza di funzioni equivalenti o delle specifiche qualità professionali, viene attribuito un incarico di studio.

Nel caso di specie, scaduto l'incarico di dirigente della Direzione generale della programmazione sanitaria in capo al ricorrente, la P.A. si è limitata a non attribuire alcun incarico di natura equivalente a D.G. senza effettuare, come invece imposto dalla norma, alcuna indagine in merito alla esistenza di altri incarichi di natura equivalente o, in alternativa, ad operare una valutazione in termini di mancanza di specifiche qualità professionali del ricorrente, assegnando invece *tout court* al medesimo l'incarico di studio.

Appare sul punto opportuno rammentare che la stessa circolare della funzione pubblica del 31 luglio 2002 applicativa della legge 15 luglio 2002 n. 145, in linea di principio, pur sottolineando il carattere provvedimentale – e quindi unilaterale – della determinazione della

P.A. del conferimento dell'incarico dirigenziale al dirigente cessato dalle originarie funzioni, specifica che l'attività in questione è comunque assoggettata ai principi generali del procedimento amministrativo; nel contempo, al punto 13, nel sottolineare che in via prioritaria deve essere attribuito al dirigente un incarico di livello retributivo equivalente a quello precedentemente ricoperto (ovvero di pari fascia o di retribuzione complessiva non inferiore al 10% rispetto a quella precedentemente percepita) specifica l'obbligo per la P.A. di verificare la disponibilità materiale di posti con le medesime caratteristiche oggettive ed il possesso di specifiche qualità professionali richiamando tutti i principi di cui all'art. 19 del D.lgs. n. 165/2001.

La circolare inoltre sottolinea "la necessità di esprimere una congrua motivazione in merito alla decisione di non attribuire al dirigente cessato un incarico di livello equivalente".

Orbene il ricorrente ha anche individuato quale potesse essere l'oggetto dell'incarico equivalente, ovvero di preposizione all'ufficio di controllo interno, incarico tra l'altro già dal medesimo ricoperto per due anni sino al marzo 2000, come specificato da lui (cfr. pag. 51 del ricorso), o, in alternativa, di incarichi vacanti presso l'Ispesl.

Va osservato che sul punto l'Amministrazione non ha svolto alcuna specifica difesa limitandosi ad affermare che il conferimento dell'incarico dirigenziale costituisce espressione, e questo non è dubitabile, di attività discrezionale e quindi per ciò solo senza obbligo di motivazione.

Sotto tale profilo il comportamento della P.A. deve essere censurato in quanto non rispettoso della disposizione di legge sopra richiamata.

Sussiste anche il *periculum in mora* consistente nel danno all'immagine e alla professionalità acquisita dal ricorrente ed attestata dalla copiosa documentazione prodotta, che potrebbe subire un pregiudizio irreparabile dal mancato esercizio delle funzioni per un lasso di tempo non inferiore a minimo due anni, tenuto conto dei realistici tempi di durata di un processo, occorrente a far valere il proprio diritto in via ordinaria.

Va pertanto ordinato alla Pubblica Amministrazione, in persona del ministro *pro tempore* del Ministero della salute, di attribuire al dott. D.G. l'incarico del servizio di controllo interno del Ministero o comunque di altro incarico di livello equivalente in essere alla data dell'8 ottobre 2002.

Il governo delle spese del presente giudizio va rimesso all'esito del giudizio di merito da instaurarsi entro 30 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza, come per legge.

*P.Q.M.*: ordina al Ministero della Salute, in persona del Ministro *pro tempore*, di attribuire a D.G. l'incarico equivalente di Direttore del Servizio di controllo interno del Ministero suddetto, o di altro incarico equivalente;

fissa il termine di giorni trenta per l'instaurazione del giudizio di merito all'esito del quale rimette il governo delle spese del presente procedimento.

Roma, 4 marzo 2003».

**Tribunale di Roma, primo grado – Ordinanza del 13 marzo 2003 – M.P. c/ Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica e c/ C.A.**

«(omissis) Tanto premesso, osserva il giudice che va preliminarmente rilevata la incompatibilità tra la tutela in via d'urgenza garantita dal ricorso *ex art. 700 c.p.c.* e la prospettata questione di illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, d.lgs 154/2002, che ha disposto la cessazione *ope legis* degli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale, dal sessantesimo giorno dalla entrata in vigore della legge. Come già osservato dal Tribunale di Roma, nell'ordinanza del 3 febbraio 2003, emessa in questione assolutamente identica, "L'analisi della questione nella presente sede presupporrebbe che il giudice della cautela, qualora ne ravvisasse la ammissibilità e rilevanza, o dovrebbe sospendere il procedimento e rimettere gli atti alla Corte Costituzionale, oppure dovrebbe concedere il provvedimento all'esito di un giudizio prognostico di presumibile accoglimento della questione da parte della Corte Costituzionale, con successiva rimessione degli atti alla Corte. Entrambe le soluzioni non appaiono tuttavia percorribili, alla stregua del diritto positivo. La prima, perché l'attesa di una eventuale pronuncia di incostituzionalità, richiedente termini notoriamente lunghi, vanificherebbe l'esigenza di immediatezza della tutela, che caratterizza il ricorso all'art. 700

c.p.c. La seconda, perché darebbe luogo ad una abnorme disapplicazione della legge, preclusa al giudice ordinario, come ben evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, laddove ha sancito, in caso di anticipazione del giudizio di incostituzionalità di una legge da parte del giudice adito in sede cautelare, l'esorbitanza dai suoi poteri e la violazione delle norme che regolano l'intervento dell'organo di controllo costituzionale, dunque la violazione del dovere di applicare le leggi vigenti, "che solo la Corte Costituzionale o lo stesso potere legislativo possono rendere inoperanti" (Cass.civ. sez. lav. 7 dicembre 1989 n. 13415; Cass.civ. SS.UU 7 luglio 1988 n. 4476). Ed invero, il giudizio prognostico favorevole sull'esito della causa di merito, in cui si sostanzia l'esame del *fumus boni iuris*, va necessariamente effettuato alla stregua del diritto vigente".

Per le considerazioni esposte, va esclusa la possibilità di esaminare il ricorso relativamente alla parte fondata sulla lamentata illegittimità costituzionale della norma in esame.

Passando all'esame dei profili di illegittimità con riferimento al vigente assetto normativo, il giudice osserva che il ricorso è infondato per mancanza di entrambi i presupposti.

Sotto il profilo del *fumus boni iuris*, va fatto rilevare che l'art. 3 della legge n. 154/2002 ha introdotto una sostanziale modifica in materia di incarichi di funzioni dirigenziali, con l'abrogazione del ruolo unico e della successiva facoltà di procedere al conferimento dell'incarico mediante stipula di un contratto di diritto privato, con la espressa previsione (cfr. comma 1, art. 19, così come modificato dall'art. 3, c.l., lett. A, legge n. 145/2002) della inapplicabilità dell'art. 2103 c.c. (non derogabile da contratti o accordi collettivi), con l'accentuazione del carattere fiduciario delle nomine dirigenziali.

Con l'art. 3 legge n. 415/2002, il legislatore ha espressamente previsto che le nuove disposizioni trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione di livello generale" e che gli incarichi dirigenziali di livello generale in essere cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge" e che "ai dirigenti ai quali non sia riattribuito l'incarico in precedenza svolto è conferito un incarico di livello retributivo equivalente al precedente. Ove ciò non sia possibile, per carenza di disponibilità di posti di funzione o per la mancanza di specifiche qualità professionali, al dirigente è attribuito un incarico di studio, con il mantenimento del precedente trattamento economico, di durata non superiore ad un anno".

Orbene, con tale nuova disciplina il legislatore, così come chiarito nella circolare 31 luglio 2002 del Dipartimento della Funzione Pubblica, allegata agli atti, ha introdotto "un termine legale finale di durata degli incarichi dirigenziali di livello generale e di quelli di direttore generale in atto", con la conseguenza che l'effetto della cessazione dell'incarico va ricondotta direttamente alla legge e basata esclusivamente sul decorso del tempo, con ciò escludendo un obbligo di motivazione.

Tale circolare ha chiarito inoltre, che l'attribuzione del nuovo incarico costituisce l'atto conclusivo di un procedimento (essendo la cessazione dell'incarico un effetto legale), volto ad assicurare il perseguimento dei programmi e degli obiettivi ministeriali.

In tale procedimento non è stata individuata alcuna posizione di favore in capo a coloro che ricoprono gli incarichi dirigenziali, ma riservata loro una speciale garanzia, in caso di mancata riassegnazione nella medesima posizione o in incarico equivalente.

Così delineato il meccanismo introdotto dalla legge n. 145/2002, bisogna prendere atto della rilevanza data dal legislatore ad altri fattori che possono determinare la possibilità di reincarico, quale la sussistenza di uno stretto rapporto fiduciario con il Ministro e la ritenuta affidabilità politica del soggetto incaricato. Con il nuovo sistema i dirigenti generali vengono chiamati a svolgere, come opportunamente messo in rilievo dalle parti convenute, un ruolo chiave per la concreta attuazione delle linee politiche del Ministro, ferma restando la distinzione fra l'attività di governo che è di indirizzo politico – amministrativo e come tale riservata al Ministro, e l'attività gestionale, riservata in via esclusiva alla dirigenza.

Va al riguardo fatto rilevare che il convenuto C.A. ha dedotto, senza che sul punto sia intervenuta smentita da parte del ricorrente, che nel caso M.I.U.R. a fronte di trenta incarichi di livello dirigenziale conferiti dall'allora Ministro De Mauro, a due mesi dalla fine della legislatura, si sono avute 20 conferme.

In ordine alla dedotta illegittimità della mancata conferma per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento e del diniego di incarico equivalente, va richiamato quanto già

sopra detto in merito alla cessazione dell'incarico quale effetto della nuova legge. Ciò posto, non vi era alcuna necessità di comunicazione di avvio del procedimento, proprio perché la cessazione non accedeva ad un provvedimento amministrativo assunto nel corso di un procedimento, ma essa costituiva l'effetto immediato della legge.

La circolare del 31 luglio 2002 ha poi chiarito: "... Si intende peraltro che la comunicazione è riferita esclusivamente alla fase procedimentale concernente la determinazione riguardante l'incarico da affidare al dirigente cessato dalle originarie funzioni. Le regole procedurali, invece, non possono operare in relazione alla automatica cessazione dell'incarico, trattandosi di un effetto legale, che prescinde dallo svolgimento di un autonomo procedimento....".

In ordine alla doglianza relativa alla mancata istruttoria, occorre rilevare che secondo lo schema procedimentale delineato dal legislatore con la legge qui in esame, nel caso *de quo* occorreva soltanto verificare la sussistenza di posti aventi ad oggetto funzioni equivalenti; e tale verifica ha avuto esito negativo.

Per quanto riguarda poi le vacanze esistenti presso altri Ministeri, tale possibilità appare in radice esclusa dalla volontà del legislatore di sopprimere il ruolo unico della dirigenza; la circolare più volte richiamata ha inoltre precisato che "Le nuove procedure per i conferimenti degli incarichi vanno immediatamente applicate, anche nella fase transitoria, indipendentemente dalla piena operatività dei singoli ruoli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato ..." e ciò in quanto le nuove percentuali concernenti le aliquote riguardanti il conferimento degli incarichi di cui si discute, sono riferite alla dotazione organica dei posti di ciascuna amministrazione.

Apparendo il comportamento della Amministrazione in linea con la nuova legge, deve dichiararsi la insussistenza del *fumus boni iuris*.

La mancanza di tale presupposto rende superfluo l'esame dell'eventuale *periculum in mora*; al riguardo, va fatto rilevare che l'attuale sistema normativo, in materia di dirigenza pubblica espressamente prevede all'art. 19 legge 165/2001, la temporaneità degli incarichi e la possibilità che il dirigente sia adibito a compiti di studio, consulenza, ricerca o ispezione, con la conseguenza che la possibilità di accedere a nuovi incarichi o la titolarità di uno specifico incarico non possono considerarsi diritti stabili ed acquisiti per il dirigente pubblico.

Per le ragioni sin qui esposte il ricorso va respinto.

La particolarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite.

*P.Q.M.*: Respinge il ricorso. Compensa le spese di lite.

Roma, 13 marzo 2003».

**Tribunale di Roma, Sezione seconda lavoro – Reclamo – Ordinanza 2 aprile 2003 – Presidente: D. Cortesani – Relatore: G. Corsetti – C.E.E. (Avv.ti L. Torchia, V. Angiolini, A. Andreoni, T. Di Nitto) c/ ISFOL (Avv. V. Bencivenga) e F.A. (Avv.ti T. De Flaviis e L. Bertini).**

«(omissis) Sentite le parti in interrogatorio libero, il Tribunale, primo grado, con ordinanza in data 13 gennaio 2003 respingeva il ricorso per difetto del "*periculum in mora*".

Con ricorso *ex art. 669 bis c.p.c.* depositato il 30 gennaio 2003 C.E.E. proponeva reclamo avverso l'ordinanza di cui sopra riproponendo le argomentazioni e le conclusioni già indicate nel ricorso introduttivo.

Anche in questa sede si costituivano l'ISFOL e F.A. ribadendo il primo le medesime conclusioni avanzate in primo grado e chiedendo il secondo il rigetto del reclamo.

All'udienza del 13 marzo 2003 il ricorrente dichiarava di avere ricevuto una raccomandata con la quale gli si comunicava la liquidazione di 8.000 euro a titolo di t.f.r. ma di non averli ricevuti. Il Tribunale si riservava quindi la decisione.

All'esito dell'esame degli atti è avviso del Collegio che, pregiudizialmente, debba essere respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione, in quanto, come ha confermato la Corte Costituzionale nella sentenza 23 luglio 2001 n. 275 (con la quale è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 D.Lgs. 29 ottobre 1998 n. 387 che ha modificato l'art. 68, 1 co., D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 nella parte in cui ha devoluto al giudice ordinario la giurisdizione in ordine alle controversie concernenti il conferimento e la



revoca degli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, in riferimento agli artt. 76 e 77 Cost.), “quale che sia la configurazione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti ed in particolare quello dei dirigenti (per i quali può riscontrarsi un elemento concorrente di preposizione ad un ufficio pubblico), certamente il legislatore delegante e quello delegato, in attuazione della delega, hanno voluto modellare e fondare tutti i rapporti dei dipendenti dell’amministrazione pubblica (compresi i dirigenti) secondo il «regime di diritto privato del rapporto di lavoro traendone le conseguenze anche sul piano del riparto della giurisdizione, a tutela degli stessi dipendenti, in base ad una esigenza di unitarietà della materia».

Né può rilevare in questa sede, anche sotto il profilo della eccepita inammissibilità del ricorso, la circostanza che il C.E.E. abbia agito anche in sede amministrativa chiedendo l’annullamento delle delibere sopra menzionate, dal momento che, come stabilisce l’art. 63, 1° comma, ultima parte del D.Lgs. n. 165/2001, quando vengono in questione atti amministrativi presupposti che sono rilevanti ai fini della decisione “il giudice li disapplica, se illegittimi. L’impugnazione davanti al giudice amministrativo dell’atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo”.

Nel merito, sotto il profilo del “*fumus boni juris*”, è avviso del Collegio che il ricorso non sia fondato.

L’art. 7, 3° co. della legge n. 145/2002 (Disposizioni per il riordino della dirigenza statale...) stabilisce che: “... le disposizioni di cui al presente articolo trovano immediata applicazione relativamente agli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e a quelli di direttore generale degli enti pubblici vigilati dallo Stato ove è prevista tale figura. I predetti incarichi cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione. Fermo restando il numero complessivo degli incarichi attribuibili, per gli incarichi di funzione dirigenziale di livello non generale, può procedersi, entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, all’attribuzione degli incarichi secondo le disposizioni del presente articolo, secondo il criterio della rotazione degli stessi e le connesse procedure previste dagli articoli 13 e 35 del contratto collettivo nazionale di lavoro per il quadriennio 1998-2001 del personale dirigente dell’Area. Decorso tale termine, gli incarichi si intendono confermati ove nessun provvedimento sia stato adottato. In sede di prima applicazione dell’art. 19 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, come modificato dal comma 1 del presente articolo, ai dirigenti ai quali non sia riattribuito l’incarico in precedenza svolto è conferito un incarico di livello retributivo equivalente al precedente. Ove ciò non sia possibile, per carenza di disponibilità di idonei posti di funzione o per la mancanza di specifiche qualità professionali, al dirigente è attribuito un incarico di studio, con il mantenimento del precedente trattamento economico, di durata non superiore ad un anno. La relativa maggiore spesa è compensata rendendo indisponibile, ai fini del conferimento, un numero di incarichi di funzione dirigenziale equivalente sul piano finanziario, tenendo conto prioritariamente dei posti vacanti presso l’amministrazione che conferisce l’incarico”.

Ora, atteso che al ricorrente è stata fatta applicazione di tale disposizione, sicché il suo incarico è venuto a cadere *ex lege* decorso il 60° giorno dalla data di entrata in vigore della legge, deve innanzitutto premettersi che, secondo il tenore letterale della norma, l’ISFOL, ente pubblico di ricerca, *ex D.Lgs. n. 419/1999* è sottoposto alla vigilanza dello Stato (in particolare del Ministero del Lavoro) ed è tra le Amministrazioni destinatarie della nuova disciplina legislativa.

Ciò chiarito, deve respingersi, in quanto inammissibile in questa fase cautelare, la richiesta di remissione degli atti alla Corte Costituzionale (per non manifesta infondatezza delle questioni sollevate circa la legittimità della norma sopra riportata) con contestuale emissione dei provvedimenti ritenuti più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

La compatibilità tra la concessione della tutela d’urgenza e la remissione degli atti alla Corte, come noto, ha formato oggetto di ampia discussione in dottrina ed in giurisprudenza, con varie soluzioni, tra le quali vi è quella, posta a base della sentenza della Corte Costituzionale n. 4/2000, in atti, nella quale è stata ritenuta rilevante una questione di legittimità Costituzionale che, in sede di giustizia amministrativa, era stata sollevata scindendo la pronuncia cautelare in due fasi: un primo accoglimento, interinale e provvisorio, e poi un secondo, definitivo, provvedimento da emettersi all’esito della pronuncia della Corte.

Senonché, pur dando atto della valutazione di rilevanza espressa dal Giudice delle leggi, tale soluzione non appare estensibile al procedimento *ex art. 700 c.p.c.*

Ed infatti, l'unica scissione che il nostro codice prevede nell'ambito del procedimento d'urgenza, è quella tra l'emissione del decreto "*inaudita altera parte*" e quella dell'ordinanza di conferma, che deve essere emessa in una udienza fissata in un termine non superiore a 15 giorni (v. art. 669 *sexies c.p.c.*).

Al di là di questa ipotesi, dunque, non è consentito emettere un provvedimento d'urgenza "non definitivo" in attesa di un altro "definitivo" all'esito del giudizio della Corte.

Esclusa, dunque, tale possibilità, è avviso del Collegio che il Giudice ordinario, pur nell'ipotesi che sospenda il giudizio, non può emettere un provvedimento che anticipi la decisione della Corte, nemmeno facendo una valutazione di probabilità, posto che, in questo caso, non si tratta di valutare il "*fumus boni juris*" di un diritto, in astratto esistente, di cui si chiede l'applicazione al caso concreto, bensì di riconoscere un diritto che, in quel momento, non esiste nemmeno nell'ordinamento.

Ne deriva che, allorché viene richiesta l'emissione di un provvedimento che presuppone un giudizio di illegittimità costituzionale della norma (ovvero, nel caso in esame, la reimmisione nell'incarico dirigenziale), la relativa domanda non è ammissibile e la eventuale sospensione del giudizio diventa irrilevante.

Ugualmente inammissibile, peraltro, è la ulteriore domanda del C.E.E. di essere valutato per il conferimento dell'incarico comparativamente con F.A., dal momento che, sia pure ad un sommario esame, l'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001 (così come modificato dalla legge n. 145/2002) non pone un obbligo in tal senso, né risulta che la nomina F.A., peraltro motivata, non sia stata emessa nel rispetto delle condizioni di legge.

Inoltre, anche nell'ipotesi di illegittimità della nomina, ciò non potrebbe comportare né la reviviscenza dell'incarico del C.E.E. né il suo diritto di essere valutato in luogo del controinteressato.

Resta da esaminare, infine, la domanda di assegnazione di un incarico secondo il disposto dell'art. 7, 3 comma, legge n. 145/2002.

Ora la norma prevede effettivamente che, ove non sia possibile conferire un incarico di livello retributivo equivalente (come nel caso in esame), al dirigente debba essere attribuito un incarico di studio.

Dalla circolare del Ministero della Funzione Pubblica, poi, si evince che la norma può applicarsi anche ai dirigenti nominati *ex art. 19, comma 6, del D.Lgs. n. 165/2001*, ovvero reclutati tra persone esterne, posto che "la regola non è riferita allo specifico status del dirigente, ma al dato oggettivo della cessazione dell'incarico", e che inoltre la stessa è intesa a limitare gli effetti patrimoniali della norma sulla decadenza, trattandosi di un incarico che "ha un'equivalenza meramente economica e non funzionale come quello di livello dirigenziale generale".

Senonché, a prescindere dal fatto che la stessa circolare, anche se piuttosto genericamente, esclude l'applicazione di tale norma di garanzia ai direttori generali degli enti in quanto "per la specificità della figura e per la particolare natura delle funzioni svolte, non appare configurabile", vi è da osservare che lo stesso art. 7 prevede, come già riportato, che la maggiore spesa per l'incarico di studio sia compensata rendendo indisponibile, ai fini del conferimento, un numero di incarichi di funzione dirigenziale equivalente sul piano finanziario, tenendo conto prioritariamente dei posti vacanti presso l'amministrazione che conferisce l'incarico.

Ne deriva che, essendo quello conferito al C.E.E. un incarico apicale, per poter ammettere la configurabilità di un incarico di studio, almeno ad un sommario esame, bisognerebbe presupporre l'esistenza di un incarico dirigenziale equivalente sotto il profilo finanziario, vacante, che dovrebbe rimanere indisponibile per lo stesso periodo, potendo giungere alla conseguenza dell'impossibilità di conferire lo stesso incarico di Direttore Generale.

Anche ammesso, comunque, che potesse configurarsi la ammissibilità di un incarico di studio in una situazione come quella in esame, resta comunque il fatto che, nella fattispecie, non è stata fornita adeguata dimostrazione del "*periculum*".

Ed infatti, anche se il ricorrente non risulta avere ancora percepito il "t.f.r.", comunque di modesta entità dato il breve periodo di lavoro, si rileva che nulla di concreto è stato dedotto circa la complessiva situazione economica del C.E.E. il cui precedente rapporto di lavoro, iniziato nel 1974, è stato definito con un verbale di conciliazione in data 10 aprile 2001 (v. all. n. 5) in ordine al quale non è stato nemmeno precisato quale sia stato l'importo percepito dal ricorrente.

Né d'altra parte, è ipotizzabile che dal mancato conferimento di tale incarico di studio potrebbe derivare un danno alla professionalità o alla salute del ricorrente, sia per la brevità del periodo che per il contenuto non necessariamente equivalente alle mansioni svolte.

Non emergendo, dunque, motivi di accoglimento della domanda cautelare, il reclamo deve essere respinto.

Sussistono peraltro giusti motivi, ravvisabili nella novità della materia e per la particolarità delle questioni affrontate, per dichiarare compensate anche le spese del giudizio di reclamo. Respinge il reclamo (*omissis*).

Roma, 31 marzo 2003».

**Tribunale di Roma, Sezione seconda lavoro – Reclamo – Ordinanza dell'8 aprile 2003** –  
*Presidente: D. Cortesani – Relatore: A. Nunziata* – Ministero della Salute, ISPESL –  
 Istituto superiore prevenzione infortuni sul lavoro (*reclamanti*) c/ O.C. (*reclamato*)  
 e P.F. (*intervenuto*).

«(*omissis*) Ritenuto:

– che l'intervenuto, al quale è stato attribuito dall'amministrazione l'incarico in precedenza conferito ad O.C., ha eccepito la nullità del procedimento cautelare e del relativo provvedimento conclusivo per la mancata partecipazione di esso controinteressato;

– che tale eccezione è infondata;

– che, infatti, attraverso l'istituto del reclamo, il legislatore ha inteso introdurre un generale mezzo di controllo dell'operato del giudice della cautela, affidato a un giudice diverso e collegiale;

– che quest'ultimo è investito del complessivo contenuto della domanda cautelare, è titolare dei medesimi poteri conferiti al primo giudice, emette una pronuncia che sostituisce quella reclamata, non è limitato, nella propria cognizione e nella dotazione degli strumenti decisori, dai motivi dedotti dalla parte reclamante;

– che contrasta, pertanto, con la logica stessa dell'istituto qualsiasi intervento che lo pieghi alle caratteristiche del doppio grado, distogliendolo da quelle sue tipiche, che lo connotano come sviluppo ulteriore, seppure in sede diversa, dell'unico procedimento cautelare (Corte Cost. n. 421/96, Corte Cost. n. 65/98);

– che, di conseguenza, la costituzione dell'intervenuto in sede di reclamo sana, comunque, qualsiasi carenza del contraddittorio, non potendosi configurare in alcun modo la perdita di un grado del giudizio;

– che, nel merito, l'art. 700 c.p.c. dispone che chi ha fondato motivo di temere che, durante il tempo occorrente per far valere in via ordinaria il suo diritto, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere, con ricorso al giudice, i provvedimenti di urgenza che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito;

– che, per l'accoglimento della istanza, occorre pertanto la presenza di due requisiti: la verosimiglianza circa l'esistenza del diritto azionato (*fumus boni iuris*) e la sussistenza di un pericolo imminente e irreparabile al quale il ritardo può esporre il medesimo diritto (*periculum in mora*);

– che la «irreparabilità» del pregiudizio va ravvisata nella irreversibilità della lesione del diritto da assoggettare a cautela e/o nella impossibilità o estrema difficoltà di determinare esattamente la misura del risarcimento, ove gli effetti pregiudizievoli persistessero nel tempo;

– che incombe sull'istante l'onere di allegare e fornire elementi al riguardo (art. 2697 cc);

– che l'O.C. deduce, sotto il profilo in esame, un danno alla professionalità acquisita ed alla sua immagine a seguito del demansionamento operato dalla amministrazione in suo danno con il conferimento del nuovo incarico, a suo dire «quasi» del tutto privo di contenuto;

– che la astensione dall'esercizio della attività lavorativa in precedenza svolta, anche quando trattasi di attività ad alto contenuto professionale, non comporta sempre e necessariamente il fondato timore di un pregiudizio imminente e irreparabile alla professionalità, essendo invece richiesta la presenza «in concreto» di specifici connotati del contenuto dell'attività stessa, che la rendano soggetta a rapida obsolescenza, anche in relazione alla struttura in cui si inserisce, o ad eventi particolari, che rendano verosimile e ragionevole il menzionato pericolo;

– che nessun elemento concreto e specifico è stato dedotto nè, tanto meno, offerto per far ritenere che l'incarico di Direttore del Dipartimento delle relazioni esterne e servizi comuni di supporto delle aree di ricerca «C.» e «M.» dell'Ispesl, in precedenza ricoperto, avesse un contenuto particolare, così da potersi apprezzare la valenza della relativa professionalità come non recuperabile ovvero come irrimediabilmente compromessa nelle more del giudizio di merito in forza del mancato esercizio delle relative mansioni;

– che, peraltro, proprio lo spessore elevato della professionalità acquisita nel corso di molti anni di servizio (v. *curriculum* in atti) non rende verosimile la possibilità di una sua repentina e irrimediabile dispersione nelle more del giudizio;

– che l'O.C. non è stato lasciato inattivo, bensì gli è stato conferito incarico avente ad oggetto lo studio e la predisposizione di progetto finalizzato al completamento della informatizzazione complessiva del sistema gestionale amministrativo dell'Istituto;

– che questi ha prontamente accettato l'incarico in data 8 ottobre 2002, con la sottoscrizione del relativo contratto, ed ha concretamente iniziato a svolgere la nuova attività lavorativa affidatagli (circostanza pacifica; v. anche lettera 23 dicembre 2002 di invio di relazione trimestrale), proponendo la domanda cautelare soltanto il 14 gennaio 2003, e cioè dopo oltre tre mesi dalla accettazione predetta;

– che il suddetto comportamento della parte costituisce, seppure nell'ambito del quadro testè esposto, un ulteriore elemento in senso contrario alla sussistenza di una situazione di pericolo imminente e irreparabile;

– che, per quanto concerne il profilo personalistico, occorre valutare il contesto e il modo in cui viene posto in essere il comportamento della Amministrazione, nel senso che esso deve essere produttivo di una situazione offensiva della dignità ed immagine del lavoratore «in concreto», e cioè in relazione alla sua specifica situazione e/o alle specifiche modalità adottate;

– che, nel caso in esame, non viene offerto alcun elemento circa la valenza offensiva, nel senso sopra esposto, del comportamento della Amministrazione con riferimento alla concreta ed effettiva posizione professionale, sociale, familiare di O.C.;

– che, anzi, l'amministrazione si è limitata a proporgli un incarico di studio e ad invitarlo, qualora intendesse accettare la proposta, ad attivarsi per la sottoscrizione del relativo contratto, la qual cosa è poi avvenuta;

– che il conferimento di siffatto incarico è espressamente previsto dalla normativa del settore nell'ambito del sistema ivi delineato (art. 3 legge 145/2002);

– che, alla luce delle considerazioni esposte, non sussiste il requisito del c.d. *periculum in mora*;

– che, pertanto, va revocato il provvedimento cautelare emesso tra le parti dal Tribunale di Roma primo grado in data 5 febbraio 2003;

– che restano assorbite le ulteriori deduzioni delle parti, ivi comprese quelle attinenti al «*fumus boni iuris*»;

– che sussistono giusti motivi per dichiarare compensate le spese del procedimento cautelare e della fase di reclamo;

*P.Q.M.*: Revoca il provvedimento emesso tra le parti dal Tribunale di Roma, primo grado, il 5 febbraio 2003; dichiara compensate le spese del procedimento cautelare e della fase di reclamo.

Roma, 3 aprile 2003».

**Tribunale di Roma, Seconda sezione lavoro – Reclamo – Ordinanza del 29 aprile 2003 –**  
*Presidente:* D. Blasutto – *Relatore:* F. Perra – S.P.G. c/ Ministero dell'Economia e delle Finanze, INPS.

«(omissis) Presupposti indefettibili della tutela cautelare sono il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*; non è, infatti, sufficiente che, sulla base della sommaria delibazione propria del procedimento d'urgenza, appaia la sussistenza di elementi idonei a far ritenere la fondatezza della pretesa azionata, ma occorre la esistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile al quale il diritto può essere esposto a causa della durata del giudizio di merito, le cui esigenze di tutela immediata prevalgono sul diritto di difesa della controparte che viene sicuramente menomato dalla celerità propria della fase cautelare.

L'esame del presupposto del *periculum in mora* si rende, quindi, preliminare rispetto a quello della valutazione della fondatezza della pretesa che è resa superflua dalla inesistenza del primo.

Il Collegio ritiene che nel caso in esame tale presupposto, l'onere della cui sussistenza è a carico di chi invoca la tutela cautelare, manchi.

Risulta dai documenti di causa che è stato proposto a S.P.G. l'incarico di Capo del Dipartimento Provinciale del Ministero dell'Economia e delle Finanze di Napoli, pacificamente di livello dirigenziale generale e, quindi, equivalente a quello revocato di componente del Collegio sindacale dell'INPS (lettera del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 21 novembre 2002), e che tale incarico è stato rifiutato dal reclamante in quanto la retribuzione di posizione era per tale incarico inferiore rispetto a quella precedentemente percepita di Euro 37.532,94, nonché per motivi personali e di salute che impedivano il trasferimento del dirigente a Napoli.

L'equivalenza di tale incarico, in particolare, è stata riconosciuta dallo stesso dott. S.P.G. nella lettera del 27 novembre 2002, con la quale, nel far presente le predette circostanze, rinunciava all'incarico offertogli ma ammetteva che era «seppure equivalente sul piano funzionale» e chiedeva, in sua sostituzione, «l'incarico di studio che verrà proposto e che assicura, quantomeno, l'intero importo del precedente trattamento economico percepito».

Il Ministero convenuto ha, quindi, attribuito allo S.P.G., con decreto 20 gennaio 2003, l'incarico di studio della durata di un anno, con determinazione all'art. 2 degli obiettivi inerenti alla sua professionalità (capacità informativa dei bilanci degli Enti pubblici istituzionali, principi e regole di redazione dei documenti contabili, aspetti giuridici, contabili ed organizzativi) e pattuizione, nel contratto individuale stipulato il 13 dicembre 2002, di un trattamento economico analogo, se non maggiore, a quello già percepito come membro del collegio sindacale INPS (v. in particolare la retribuzione di posizione variabile stabilita in Euro 100.553,18 a fronte di quella del contratto stipulato con l'INPS di L. 160.000.000, una retribuzione di risultato di E. 24.789,93 a fronte di quella percepita dall'Inps di L. 48.000.000, oltre lo stipendio tabellare, la retribuzione di posizione fissa e la R.I.A.).

Risulta altresì che, contrariamente a quanto sostenuto in ricorso, sia il contratto che il decreto sono stati firmati dal Ministro (in atti), mancando solo la registrazione da parte della Corte dei Conti, e che il Ministero convenuto ha corrisposto al reclamante le sue spettanze economiche con le mensilità di dicembre, gennaio, febbraio e marzo (v. prospetti paga in atti). Non è, quindi, configurabile alcun pregiudizio economico in capo al dott. S.P.G. a seguito della revoca del precedente incarico e della attribuzione del nuovo incarico di studio. Relativamente alla dedotta lesione, alla professionalità, alla reputazione sociale e familiare, si rileva che, a prescindere da tale generica indimostrata allegazione, la configurabilità del pregiudizio imminente ed irreparabile in sede cautelare deve essere fondata su specifici elementi di fatto in relazione alla particolare situazione concreta di colui che la richiede, e non sulla natura intrinseca del diritto fatto valere o sull'oggetto della controversia.

Ciò premesso si osserva che, nel caso in esame, secondo la prospettazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, la cessazione anticipata dell'incarico di componente del collegio dei sindaci dell'INPS è avvenuta non su iniziativa e per volontà dell'Amministrazione, né tanto meno sulla base di una valutazione negativa dell'operato del dirigente, ma *ex lege* per il disposto di cui al comma 7 dell'art. 3 della legge n. 145/2002 che ha previsto per gli incarichi di livello dirigenziale la cessazione entro il sessantesimo giorno successivo alla sua entrata in vigore. Orbene, tale considerazione è sufficiente per escludere, ai fini della valutazione del *periculum in mora* e senza che possa rilevare agli stessi limitati fini il reale fondamento giuridico delle ragioni addotte a sostegno della disposta revoca, la probabilità di un giudizio di disvalore nei confronti del dirigente nell'ambito lavorativo, sociale e familiare.

Peraltro, sempre con valutazione limitata al *periculum*, va rilevato come la norma invocata dall'Amministrazione, di natura transitoria, preveda l'attribuzione ai dirigenti ai quali non sia stato riconfermato l'incarico in precedenza attribuito di «un incarico di, livello retribuito equivalente al precedente» ovvero, ove ciò non sia possibile per mancanza di idonei posti di funzione, di «un incarico di studio con mantenimento del precedente trattamento economico, di durata non superiore ad un anno»; richiedendo così la norma una equivalenza meramente economica e non di tipologia dell'incarico e stabilendo, inoltre, implicitamente,

la equipollenza quanto a contenuto professionale, dell'incarico di studio a quello dirigenziale non confermato; equipollenza, comunque, stabilita in via generale dalla nuova disciplina degli incarichi nella dirigenza pubblica (art. 191 D.Lgs. n. 165/2001 come modificato dalla legge n. 145/2002), al cui conferimento (e passaggio da un incarico all'altro) neppure può trovare applicazione l'art. 2103 c.c. (art. 19, comma 1, *cit.*).

Si deve ulteriormente precisare al riguardo che allo S.P.G. è stato offerto l'incarico di Capo dipartimento provinciale di Napoli che egli stesso, come prima si è visto, ha giudicato «equivalente» professionalmente, pur avendolo rifiutato per motivi economici e personali connessi al trasferimento di sede, e che quello di studio gli è stato affidato su sua esplicita richiesta; per cui non si vede come possa configurarsi una lesione della sua reputazione professionale in relazione alla importanza degli incarichi precedentemente svolti.

Non sussistendo, pertanto, il *periculum in mora* la domanda del reclamante non può trovare accoglimento, per cui è superfluo l'esame del presupposto del *fumus boni iuris*. La complessità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

*P.Q.M.*: Respinge il reclamo, compensa le spese del giudizio.

Roma, 24 aprile 2003».

**Tribunale di Roma, Seconda sezione lavoro – Ordinanza 12 maggio 2003 – Presidente D. Cortesani – Relatore: A. M. Luna – R.R. c/ Ministero per i beni e le attività culturali.**

«(omissis) Il Giudice designato, con ordinanza 3 febbraio 2003, n. 4392 reg. cron., ha respinto l'istanza ritenendo insussistente il *fumus boni iuris*.

La R.R. ha quindi proposto reclamo, con atto depositato in data 21 marzo 2003, ribadendo, con dovizia di argomentazioni, le proprie tesi e contestando la motivazione esposta dal primo Giudice.

Si è costituito, con memoria depositata il 23 aprile 2003, il controinteressato ribadendo la propria opposizione alla domanda cautelare.

Si sono costituiti anche il Ministero per i beni e le attività culturali, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Dipartimento della funzione pubblica per resistere al reclamo.

Tanto premesso, il Collegio reputa infondato il reclamo per difetto dell'indispensabile presupposto del *periculum in mora*.

La reclamante deduce, invero, che dai provvedimenti contestati derivano a lei gravi danni sia di carattere economico sia anche di diversa natura.

In particolare, lamenta il pericolo della perdita di retribuzione giacché sostiene nell'autunno del corrente anno, al cessare dell'incarico di studio, ella sarà collocata a disposizione con la perdita del 50% della retribuzione ovvero sarà licenziata per giustificato motivo oggettivo.

Tale prospettiva non appare conforme alla disciplina legislativa.

Cessato l'incarico di studio conferito con provvedimento dell'8 ottobre 2002, registrato alla Corte dei Conti il 27 novembre 2002, non vi è alcuna concreta prospettiva di un collocamento a disposizione del dirigente con una riduzione di retribuzione, né addirittura di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, giacché il dirigente si troverà in situazione del tutto analoga a quella di normale scadenza di incarico e, quindi, dovrà farsi luogo a nuova procedura di conferimento di incarico secondo le disposizioni di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 3 della legge n. 145/2002. Tale appare anche l'interpretazione offerta dal Dipartimento della funzione pubblica con la circolare 31 luglio 2002 (in *G.U.* 5 agosto 2002, n. 182) secondo cui, appunto, allo scadere dell'incarico di studio per i dirigenti iscritti alla prima fascia del ruolo l'amministrazione deve provvedere ad assegnare all'interessato un nuovo incarico secondo le regole ordinarie previste dal citato art. 19, e per i dirigenti iscritti alla seconda fascia, l'amministrazione deve assegnare un incarico di livello non generale, salva la possibilità di attribuire un incarico di livello generale, nei limiti dell'aliquota del 50% dei posti.

Allo stato, quindi, appare del tutto escluso il pericolo di un concreto pregiudizio di carattere economico.

La reclamante, poi, richiamati i principi costituzionali sulla tutela del lavoro, deduce che il *periculum in mora* dovrebbe ritenersi *in re ipsa* poiché il lavoratore è titolare non solo

di diritti legati alla sfera patrimoniale ma anche di situazioni soggettive attinenti a lui come persona. In particolare, un danno non risarcibile sarebbe ravvisabile in ogni declassamento essendo configurabile un depauperamento delle capacità professionali derivante dal mancato quotidiano esercizio delle mansioni spettanti, in quanto la deroga all'art. 2103 c.c., stabilita dall'art. 19 d.lgs. n. 165/01, varrebbe soltanto in caso di nuovo incarico, ma non anche in caso di revoca anticipata del precedente. Nella fattispecie, il mancato esercizio dell'incarico di direttore generale pregiudica il patrimonio professionale della reclamante poiché la disciplina del settore audiovisivo è in continua evoluzione e l'allontanamento anche per pochi mesi implica la perdita progressiva del mestiere. Inoltre, le nuove funzioni di studio, concernenti la «disciplina della censura sugli audiovisivi nei paesi europei», appaiono relative ad un tema di rilievo marginale e scollegato da qualsiasi obiettivo strategico del Ministero. I provvedimenti censurati, poi, inciderebbero negativamente sulle aspettative di carriera poiché la R.R. si trova improvvisamente privata della possibilità di accumulare esperienza e di dimostrare la propria professionalità nell'esercizio delle funzioni di vertice, tanto più che la mancata conferma implica una valutazione negativa sulle capacità professionali e sulle attitudini.

Tali argomenti non appaiono condivisibili.

Innanzitutto non può ritenersi che nel demansionamento sia insito il pericolo di un grave pregiudizio, laddove non siano allegate e provate specifiche circostanze di fatto da cui possa desumersi il concreto rischio che, nel tempo occorrente per l'espletamento del processo di merito, la professionalità del lavoratore possa effettivamente depauperarsi ovvero che siano perse o possano perdersi concrete occasioni di progressione di carriera (ad esempio la preclusione della partecipazione ad imminenti procedure selettive).

In secondo luogo, appare valida, anche nella presente fattispecie, la esclusione della applicazione dell'art. 2103 c.c. in forza di quanto prevede l'art. 19 d.lgs. n. 165/01 giacché l'incarico già conferito alla reclamante è cessato *ex lege* e, pertanto, la dirigente è venuta a trovarsi nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata ove l'incarico fosse cessato in forza del termine convenzionalmente apposto.

In terzo luogo, il mero fatto della cessazione delle specifiche mansioni non appare *prima facie* tale da pregiudicare il raggiunto livello di professionalità tenuto conto che, come detto, il pericolo di pregiudizio non è *in re ipsa* e che non sono state allegate specifiche circostanze per corroborare l'affermazione che la disciplina del settore audiovisivo sia di tale rapida evoluzione da rendere in breve tempo obsoleto il bagaglio di conoscenze acquisito dalla reclamante, in considerazione anche del fatto che il *curriculum* della stessa denuncia una notevole versatilità e non già una esclusiva specialistica competenza nel detto settore.

In quarto luogo, non sembra che l'incarico di studio sia del tutto inconsistente o lontano dagli obiettivi del Ministero giacché appunto lo stesso è stato attribuito dal Ministro per la funzione pubblica su proposta del Ministro per i beni e le attività culturali che ha in tal modo palesato la propria intenzione di acquisire un studio specifico su detta materia rientrando certamente nella competenza dell'Amministrazione.

In ultimo, si osserva che la privazione delle mansioni di direttore generale non è di per sé tale da pregiudicare le aspettative di carriera innanzi tutto perché il tempo di allontanamento da incarichi funzionali dovrebbe essere appunto limitato ad un anno e poi perché anche l'attività di studio svolta sarà oggetto di valutazione ai fini del conferimento di nuovi incarichi.

Quanto al danno all'immagine la reclamante riporta alcuni brani di interviste rilasciate da esponenti politici da cui si desumerebbe che coloro che non sono stati confermati nei precedenti incarichi sarebbero soltanto quelli che erano reputati scarsamente capaci o poco motivati.

A prescindere dalle dichiarazioni che possono essere state rese alla stampa, peraltro variamente interpretabili, resta il fatto oggettivo che la cessazione dell'incarico è la mera automatica conseguenza di una disposizione di legge, sicché ad esso non è ricollegabile alcun giudizio negativo sull'operato dei singoli dirigenti. Quanto alla mancata conferma, sembra emergere dalla legge la volontà di consentire al Governo di realizzare, immediatamente, un

più stretto vincolo fiduciario con coloro che sono i primi responsabili dell'attuazione delle scelte politiche, sicché dalla mancata conferma non può desumersi altro se non che, con ampia valutazione discrezionale, il vertice politico ha ritenuto che i propri obiettivi potevano essere più opportunamente realizzati mediante altro dirigente.

Considerata la particolarità della vicenda, appare equo compensare interamente le spese tra le parti.

Rigetta il reclamo proposto; dichiara interamente compensate tra le parti le spese di questa fase del procedimento (*omissis*).

Roma, 8 maggio 2003»

**Tribunale di Roma, Sezione seconda lavoro – Reclamo – Ordinanza 18 giugno 2003 - Presidente: D. Cortesani - Relatore: M. Leone - Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca e Presidenza del Consiglio dei Ministri c/ R.S. (Avv.ti Andreoni – Torchia – Di Nitto) e P.B. (Avv. Chiti-Angotti).**

«(*omissis*) I reclami venivano riuniti e trattati congiuntamente con la presente decisione.

Preliminarmente, deve respingersi, in quanto inammissibile ed incompatibile nel presente procedimento cautelare, la richiesta di rimessione degli atti alla Corte Costituzionale (per non manifesta infondatezza delle questioni sollevate circa la legittimità dell'art. 3, comma 7 legge n. 145/02) con contestuale emissione dei provvedimenti ritenuti più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

La compatibilità tra la concessione della tutela d'urgenza e la remissione degli atti alla Corte, come noto, ha formato oggetto di ampia discussione in dottrina ed in giurisprudenza, con varie soluzioni, tra le quali vi è quella, posta a base della sentenza della Corte Costituzionale n. 4/2000, in atti, nella quale è stata ritenuta rilevante una questione di legittimità costituzionale che, in sede di giustizia amministrativa, era stata sollevata scindendo la pronuncia cautelare in due fasi: un primo accoglimento, cautelare e provvisorio, e poi un secondo, definitivo, provvedimento da emettersi all'esito della pronuncia della Corte.

Senonché, pur dando atto della valutazione di rilevanza espressa dal Giudice delle leggi, tale soluzione non appare estensibile al procedimento *ex art. 700 c.p.c.*

Ed infatti, l'unica scissione che il nostro codice prevede nell'ambito del procedimento d'urgenza è quella tra l'emissione del decreto *inaudita altera parte* e quella dell'ordinanza di conferma, che deve essere emessa in una udienza fissata in un termine non superiore a 15 giorni (v. art. 669 *sexies c.p.c.*).

Al di là di questa ipotesi, dunque, non è consentito emettere un provvedimento d'urgenza «non definitivo» in attesa di un altro «definitivo» all'esito del giudizio della Corte.

Esclusa, dunque, tale possibilità, è avviso del Collegio che il Giudice ordinario, pur nell'ipotesi che sospenda il giudizio, non può emettere un provvedimento che anticipi la decisione della Corte, nemmeno facendo una valutazione di probabilità, posto che, in questo caso, non si tratta di valutare il *fumus boni iuris* di un diritto, in astratto esistente, di cui si chiede l'applicazione al caso concreto, bensì di riconoscere un diritto che, in quel momento, non esiste nemmeno nell'ordinamento.

Ne deriva che, allorché viene richiesta l'emissione di un provvedimento che presuppone un giudizio di illegittimità costituzionale della norma (ovvero, nel caso in esame, la reimmisione nell'incarico dirigenziale), la relativa domanda non è ammissibile e la eventuale sospensione del giudizio diventa irrilevante.

Nel caso di specie, peraltro, la transitorietà della disciplina di cui si invoca la illegittimità è elemento di ulteriore inopportunità nella scelta di rimessione al Giudice delle leggi, non essendo, i tempi dell'eventuale giudizio, compatibili con la vigenza della detta disciplina transitoria.

Tanto premesso, il Collegio reputa infondato il reclamo per difetto dell'indispensabile presupposto del *periculum in mora*.

La reclamante R.S. deduce, invero, che dal provvedimento contestato derivano a lei gravi danni sia di carattere economico sia anche di diversa natura.



Innanzitutto, si osserva che nel caso in esame la cessazione anticipata dell'incarico è avvenuta non su iniziativa e per volontà del Ministero, né tanto meno sulla base di una valutazione negativa dell'operato del dirigente, ma *ex lege* per il disposto di cui al comma 7 dell'art. 3 della legge n. 145/2002 che ha previsto per gli incarichi di livello dirigenziale la cessazione entro il sessantesimo giorno successivo alla sua entrata in vigore.

Tale considerazione è di rilievo determinante ed assorbente per escludere, ai fini della valutazione del *periculum in mora*, la probabilità di un giudizio di disvalore nei confronti del dirigente nell'ambito lavorativo, sociale e familiare.

Ed invero è la stessa citata disposizione legislativa, di natura transitoria, a prevedere l'attribuzione ai dirigenti, ai quali non sia stato riconfermato l'incarico in precedenza attribuito, di «un incarico di livello retribuito equivalente al precedente» ovvero, ove ciò non sia possibile per mancanza di idonei posti di funzione, di «un incarico di studio con mantenimento del precedente trattamento economico, di durata non superiore ad un anno», in tal modo provvedendo a fissare un'equivalenza economica in relazione alle diverse tipologie di incarico, nonché – indirettamente – un'equipollenza quanto a contenuto professionale, tra incarico di studio e incarico dirigenziale non confermato.

Invero, l'attribuzione dell'incarico di studio operata dalla disciplina transitoria non può considerarsi in alcun modo depauperante o dequalificante o comunque connotata da un qualsivoglia disvalore rispetto all'incarico di funzione; ciò tanto nel contesto di una valutazione *ex ante* (in fase di suo conferimento), stante l'equipollenza tra le due diverse specie di incarico che il legislatore ha previsto, quanto in una valutazione che dovesse essere operata *ex post* (alla scadenza dell'incarico), nella fase in cui l'operato del dirigente è valutato ai fini dell'eventuale conferma, non sussistendo alcuna norma – nell'ambito del sistema delineato dalla legge n. 145/02 – che impedisca una positiva valutazione – ove il dirigente se ne sia dimostrato meritevole nel concreto ed effettivo svolgimento dell'incarico di studio – dei risultati conseguiti.

Invero, in una interpretazione sistematica dell'intera disciplina, dove l'affidamento dell'incarico di studio – si ripete – è equiparato non solo a fini economici, ma anche giuridici, all'incarico di funzione, deve ritenersi che i parametri che entrano in considerazione, ai fini di una successiva attribuzione o conferma di incarico dirigenziale, ossia il «raggiungimento degli obiettivi» e l'«osservanza della direttive», siano applicabili anche ai fini della valutazione dell'operato del dirigente che abbia assunto un incarico di studio, pur ovviamente tenendo conto delle peculiarità che connotano tale genere di attività professionale, dove più spiccatamente assume rilievo il dato intellettuale e dove l'attività richiesta implica l'analisi di dati, l'approfondimento scientifico, l'elaborazione e la ricerca di soluzioni, in funzione anche propositiva, per lo sviluppo o il miglioramento organizzativo di determinati settori amministrativi.

Neppure è condivisibile la tesi secondo cui vi sarebbe una diversità tra l'incarico di studio di funzione previsto «regime» dal sistema (art. 19, comma 10: «i dirigenti ai quali non sia affidata la titolarità di uffici dirigenziali svolgono, su richiesta degli organi di vertice della amministrazioni che ne abbiano interesse, funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici previsti dall'ordinamento...») e quello, analogo ma diverso, previsto dalla disciplina transitoria. Secondo tale tesi, l'incarico di studio conferito in sede di disciplina transitoria sarebbe una «scatola vuota», priva di effettivi contenuti, tale cioè da determinare un futuro pregiudizio per il dirigente che vi sia stato investito, in quanto atto ad arrecare, al termine dell'incarico, nella fase di confronto e comparazione con i dirigenti immessi nell'effettivo esercizio dell'incarico di funzioni, una perdita delle *chances* di ottenere una conferma.

Osserva il Tribunale che, dal confronto delle relative discipline, non si rinviene alcuna differenza sostanziale tra l'incarico di studio nel sistema a regime e quello conferito nel sistema transitorio, di talché non si vede come il secondo possa essere valutato diversamente dal primo ai fini della conferma dell'incarico dirigenziale. L'unico tratto differenziale è dato dall'essere l'incarico, nel primo caso, richiesto dall'amministrazione che ne abbia interesse, evidentemente a fronte di una specifica esigenza manifestatasi, e, nel secondo caso, imposto *ope legis*, a prescindere dall'esistenza, nel momento del suo conferimento, di un'effettiva necessità. Ma tale aspetto (che può rilevare unicamente per i riflessi economici che siffatta generalizzata operazione potrebbe comportare per la collettività) non può rilevare direttamente per il singolo dirigente, se non nel caso in cui il difetto di interesse per la pubblica amministrazione si dovesse tradurre nella mancata definizione del contenuto dell'incarico o in una definizione solo fittizia e apparente di un incarico in realtà insussistente o palesemente inutile.

Trattasi di aspetti che, per avere rilievo in giudizio, avrebbero dovuto tradursi in altrettante censure specifiche, svolte dal dirigente con riguardo alle caratteristiche dell'incarico effettivamente conferito, e non già sulla base di assunti astratti, privi di fondamento nella disciplina legale.

Ben può, al contrario, argomentarsi come l'innovazione introdotta dalla disciplina transitoria sia potenzialmente intesa a consentire, ed anzi ad imporre, la trattazione di approfondimenti scientifici finalizzati a rendere più efficienti l'organizzazione e il funzionamento dei diversi apparati della pubblica amministrazione, non potendo di certo ipotizzarsi che il legislatore abbia voluto congegnare un sistema in cui, a fronte di un trattamento economico rimasto inalterato, il dirigente sia mantenuto inoperoso.

Ove poi un'applicazione della legge non conforme ai riferiti principi di efficienza e buon andamento dovesse arrecare concretamente un pregiudizio al dirigente, che non vedesse riconfermato l'incarico non già per carenze o negligenze manifestate durante lo svolgimento dell'incarico di studio, ma per difetto di un utile conferimento, carente di oggetto o di utilità, ben potrebbe tale danno essere fatto valere nella opportuna sede. Trattasi - all'evidenza - di un pregiudizio allo stato non attuale.

Nessun rilievo può essere prestato alla circolare interpretativa in atti che, non solo non è vincolante per il giudice, ma si discosta dall'interpretazione della legge che questo Tribunale ha inteso fornire con la motivazione sopra riportata.

Né sussistono gli altri dubbi paventati dal dirigente.

Cessato l'incarico di studio, non vi è alcuna concreta prospettiva di un collocamento a disposizione del dirigente con una riduzione di retribuzione, né addirittura di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, giacché il dirigente si troverà in situazione del tutto analoga a quella di normale scadenza di incarico e, quindi, dovrà farsi luogo - come già detto - ad una nuova procedura di conferimento di incarico secondo le disposizioni di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 165/01, come modificato dall'art. 3 della legge n. 145/02.

Allo stato, quindi, appare del tutto escluso il pericolo di un concreto pregiudizio di carattere economico e relativo al rapporto di servizio, mentre quanto al rapporto di funzione, questo non può che essere oggetto di valutazione alla stregua di ogni altra posizione equivalente.

Richiamati i principi costituzionali sulla tutela del lavoro, il dirigente deduce che il *periculum in mora* dovrebbe ritenersi insito nel depauperamento delle capacità professionali derivante dal mancato quotidiano esercizio delle mansioni spettanti, in quanto la deroga all'art. 2103 c.c., stabilita dall'art. 19 d.lgs. n. 165/01, varrebbe soltanto in caso di nuovo incarico, ma non anche in caso di revoca anticipata del precedente. Nella fattispecie, il mancato esercizio dell'incarico di direttore generale pregiudicherebbe il patrimonio professionale del dirigente, poiché la disciplina del settore è in continua evoluzione e l'allontanamento anche per pochi mesi implica la perdita progressiva della professionalità acquisita.

Neanche tale argomento è condivisibile.

Il mero fatto della cessazione delle specifiche mansioni non può ritenersi tale da pregiudicare il raggiungimento livello di professionalità, tenuto conto che il pericolo di pregiudizio non è *in re ipsa* e che non sono state allegate specifiche circostanze atte a corroborare l'affermazione secondo cui la disciplina di settore sarebbe soggetta a rapida evoluzione da rendere in breve tempo obsoleto il bagaglio di conoscenze già acquisito; tutto ciò senza considerare che l'attività di studio è, per sua natura, volta a consentire - ed anzi ad agevolare - l'aggiornamento professionale in un determinato settore.

Non può comunque configurarsi il pericolo di un grave pregiudizio laddove non siano allegate e provate specifiche circostanze di fatto da cui possa desumersi il concreto rischio che, nel tempo occorrente per l'espletamento del processo di merito, la professionalità del lavoratore possa effettivamente depauperarsi ovvero che siano perse o possano perdersi concrete occasioni di sviluppo di carriera.

Inoltre, appare valida, anche nella presente fattispecie, l'esclusione della applicazione dell'art. 2103 c.c. in forza di quanto prevede l'art. 19 d.lgs. n. 165/01, giacché l'incarico già conferito è cessato *ex lege* e, pertanto, il dirigente è venuto a trovarsi nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato ove l'incarico fosse cessato in forza del termine convenzionalmente apposto.

In conclusione, si osserva che la privazione delle mansioni di direttore generale non è di per sé tale da pregiudicare le aspettative di carriera innanzi tutto perché anche l'attività di studio svolta sarà oggetto di valutazione ai fini del conferimento di nuovi incarichi.

Non sussistendo il *periculum in mora* la domanda del reclamante non può trovare accoglimento ed è ultroneo l'esame del presupposto del *fumus boni iuris*.

Considerata la particolarità della vicenda, appare equo compensare interamente le spese tra le parti.

*P.Q.M.*: Accoglie il reclamo proposto dal Ministero dell'istruzione e dalla Presidenza del Consiglio, e per l'effetto rigetta l'originaria domanda azionata da R.S. Rigetta il reclamo proposto da R.S. (*omissis*).

Roma, 4 giugno 2003».

## 5. – LA PRONUNCA DEL TAR LAZIO SULLA COMMISSIONE VIA.

**Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione seconda – Sentenza 21 maggio 2003 n. 4443** – *Presidente*: D. La Medica – *Estensore*: G. Sapone – F.R. ed altri (Avv.ti M.A. Sandulli, P. Dell'Anno, M.R. Damizia) c/ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Ambiente e del Territorio (avv. dello Stato M.L. Guida, cont. 1081/03) e nei confronti di M.M. (avv.ti G.M. Cogo, S.M. Specchia), ed altri.

(*omissis*) *Diritto* – Con il proposto gravame è stato impugnato il D.P.C.M. in epigrafe indicato, in forza del quale è stata disposta, ai sensi dell'art. 6, 2° comma, della legge n. 145/2002, la revoca della nomina degli odierni ricorrenti a componenti della Commissione per le Valutazioni di Impatto Ambientale, istituita presso il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio.

Preliminarmente il Collegio è chiamato ad esaminare l'eccezione con cui le resistenti amministrazioni hanno prospettato il difetto di giurisdizione dell'adito Tribunale alla luce dell'art. 63 del D.lgvo n. 165/2001, il quale devolve alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative al conferimento ed alla revoca degli incarichi dirigenziali, ed in considerazione della circostanza che gli incarichi dei ricorrenti, relativamente ai profili economici e giuridici, sarebbero stati disciplinati come incarichi dirigenziali.

L'eccezione non è suscettibile di favorevole esame.

Al riguardo, premesso che le norme attributive della giurisdizione sono di stretta interpretazione e possono essere estese a fattispecie non espressamente previste soltanto qualora tali fattispecie presentino i medesimi elementi costitutivi di quelle indicate nelle citate norme, deve essere osservato che la fattispecie in esame non può essere in alcun modo equiparata alla revoca di un incarico dirigenziale per la palese circostanza che gli attuali istanti in virtù della revocata nomina non hanno mai acquisito la qualifica dirigenziale, presupposto essenziale per riconoscere la giurisdizione del G.O.

La circostanza, sulla quale ha insistito la Difesa Erariale, che la prestazione espletata dai ricorrenti nell'ambito della citata Commissione doveva essere almeno pari a quella minima prevista per i Dirigenti dello Stato e che il relativo trattamento economico era equiparato a quello dei Direttori generali di livello «C», non risulta conferente ad avallare la tesi in questione, atteso che i suddetti elementi sono stati previsti solamente per individuare l'ambito dei diritti e degli obblighi in capo agli interessati, ma, sicuramente, non possono in alcun modo essere considerati in grado di dimostrare l'avvenuta formazione di un rapporto di pubblico impiego di qualifica dirigenziale.

A tal fine, avuto presente che lo *status* giuridico dei componenti della Commissione *de qua*, in forza del rinvio effettuato dalla legge n. 67/1988, è quello previsto dall'art. 5 della legge n. 878/1986 per i componenti del Nucleo di Valutazione degli investimenti pubblici, il Collegio osserva che la suddetta disposizione prevede l'estensione ai componenti della Commissione in questione delle norme sui diritti e doveri degli impiegati civili dello stato in quanto compatibili, per cui si deduce, che il rapporto in questione non è stato in alcun modo considerato dal legislatore come un rapporto di pubblico impiego.

In tale quadro normativo, quindi, l'impugnato provvedimento non può in alcun modo essere considerato come un atto di gestione di un rapporto di pubblico impiego, e, conseguentemente, deve essere affermata la giurisdizione dell'adito Tribunale in ordine alla presente controversia.

Nel merito risultano fondati il terzo ed il quarto motivo di doglianza prospettanti la violazione degli artt. 3 e 7 della legge n. 241/1990.

Al riguardo i ricorrenti hanno fatto presente che:

1) la comunicazione dell'avvio del procedimento conclusosi con la gravata determinazione era richiesta in osservanza del consolidato e notorio orientamento giurisprudenziale che impone il rispetto della suddetta formalità per gli atti di secondo grado, quale è sicuramente la revoca;

2) il rispetto dell'obbligo di motivazione era richiesto in considerazione della portata generale dell'art. 3 della legge n. 241/1990.

La prospettazione ricorsuale è stata contestata da entrambe le parti resistenti le quali hanno escluso l'applicabilità nella fattispecie in esame delle richiamate disposizioni sul presupposto che nel caso di specie la revoca non si attegga come un provvedimento autoritativo avente effetti costitutivi, ma ha natura meramente dichiarativa in quanto si limita ad accertare un effetto derivante direttamente dalla legge.

In particolare, sulla base del richiamo della normativa in materia di revoca degli incarichi a segretario comunale (legge n. 75/1999), è stato sottolineato che nel sistema introdotto dalla legge n. 145/2002 le nomine effettuate nel periodo sospetto sono ontologicamente conformate come caducabili, nel senso che «la legge non attribuisce al neo Ministro un potere autoritativo di revoca di precedenti incarichi, ma rende semplicemente caducabili le nomine intervenute in un periodo che rende le stesse amministrativamente sconvenienti o politicamente sospette» (pag. 9 della memoria conclusionale del controinteressato).

Ciò premesso, occorre evidenziare che la norma applicata nella vicenda in trattazione è il secondo comma dell'art. 6 della legge n. 145/2002, il quale stabilisce che «le nomine di cui al presente articolo conferite o comunque rese operative negli ultimi sei mesi antecedenti la fine naturale della tredicesima legislatura, nonché quelle conferite o comunque rese operative nel corso della quattordicesima legislatura fino alla data di insediamento del nuovo Governo, possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge».

Relativamente alla fattispecie in trattazione, il Collegio osserva:

1) sulla base del tenore della citata disposizione («possono essere ... revocate»), il potere attribuito al Governo o al singolo Ministro è un potere discrezionale ed autoritativo e non un mero potere accertativo di un effetto già verificatosi in forza della predetta legge;

2) se non fosse stata adottata, nel termine di cui alla richiamata disposizione, la contestata revoca, l'originario provvedimento di nomina dei ricorrenti avrebbe continuato ad essere efficace nonostante l'entrata in vigore della citata disposizione.

A supporto di tale tesi deve essere osservato che per gli altri componenti della Commissione in questione, nominati nel periodo «sospetto» ma non revocati, non è stato adottato alcun provvedimento formale di conferma nell'incarico *de quo*, provvedimento che, invece, doveva essere adottato in quanto, seguendo la tesi dell'amministrazione, le precedenti nomine avevano cessato di essere efficaci in forza dell'entrata in vigore della legge n. 145/2002.

In ordine alla prospettata affermazione circa l'ontologica conformazione legislativa in merito alla caducabilità delle nomine effettuate nel periodo sospetto, il Tribunale non può non osservare che la caducabilità non può essere intesa come automatica caducazione, atteso che tale effetto non è in alcun modo stabilito espressamente dal legislatore, ma deve essere interpretata come attribuzione alle competenti autorità di un potere discrezionale in grado di incidere sui precedenti provvedimenti di nomina.

In sostanza la finalità perseguita con la legge n. 145/2002 di impedire che il nuovo Governo si trovi ad operare in un rapporto istituzionale non sereno con l'apparato burocratico e che nella realizzazione del suo programma politico in conformità agli impegni presi con gli elettori incontri difficoltà e ostacoli frapposti dall'azione di funzionari «infedelmemente» fedeli alla parte politica che a suo tempo li aveva nominati, è stata perseguita con l'attribuzione al nuovo Governo di un amplissimo potere discrezionale di intervenire, nei tempi e con le modalità ivi previsti, sulle nomine effettuate nel periodo sospetto dal Governo uscente, le quali, peraltro, in assenza di qualsiasi determinazione al riguardo, continuano ad essere nondimeno efficaci.

Deve essere sottolineato, infine, che in un simile quadro normativo risulta inconferente, il richiamo, effettuato da entrambe le parti resistenti al fine di evidenziare l'identità della disciplina giuridica, alla normativa (legge n. 75/1999) in materia di revoca degli incarichi di segretario comunale o provinciale, in quanto la normativa richiamata, a differenza del citato art. 6 della legge n. 145/2002 che nulla dispone al riguardo, prevede esplicitamente la cessazione automatica dell'incarico con la cessazione del mandato del sindaco e del presidente della provincia.

Alla luce delle argomentazioni di cui sopra, pertanto, atteggiandosi la contestata revoca come un tipico provvedimento autoritativo di secondo grado, non poteva non trovare applicazione, giusta il consolidato e notorio orientamento giurisprudenziale, l'art. 7 della legge n. 241/1990.

Per quanto concerne, poi, l'altro profilo di doglianza, prospettante il difetto di motivazione, il Collegio, uniformandosi a quanto recentemente statuito dalla sentenza n. 3277/2003 della Sezione II-ter, osserva che anche se appare plausibile che la nomina effettuata nel periodo rilevante di cui al secondo comma del citato art. 6 possa ingenerare il sospetto che il Governo uscente abbia voluto in qualche modo condizionare l'azione del nuovo Governo, è, tuttavia, evidente che una tale situazione di per sé non possa giustificare l'adozione di un provvedimento di revoca, necessitando a tal fine una puntuale motivazione, effettuata sulla base di un accurato riscontro di elementi certi ed oggettivi, in ordine all'inedoneità, anche tecnica, del nominato ad espletare correttamente le proprie funzioni in sintonia con gli indirizzi politici del nuovo Governo.

Conseguentemente, poiché la contestata revoca, in ordine a tale aspetto, non contiene alcuna motivazione, la stessa risulta essere adottata in palese contrasto con il disposto dell'art. 3 della legge n. 241/1990.

L'acclarata fondatezza della doglianza in trattazione, comporta l'accoglimento della proposta impugnativa, con assorbimento delle altre censure dedotte.

Per quanto riguarda, invece, la proposta azione risarcitoria, la stessa deve essere rigettata.

Al riguardo il Collegio osserva che con l'annullamento con efficacia *ex tunc* della gravata revoca, la situazione soggettiva degli odierni ricorrenti deve essere ripristinata da un punto di vista patrimoniale sempre con efficacia *ex tunc*, con il conseguente riconoscimento agli stessi, con rivalutazione ed interessi, di tutte le indennità che dovevano essere loro corrisposte in relazione al periodo in cui la contestata determinazione ha avuto efficacia.

Poiché la corresponsione dei citati emolumenti è la conseguenza diretta ed immediata degli effetti ripristinatori prodotti dall'annullamento della gravata determinazione, è evidente che la stessa non può atteggiarsi come autonoma pretesa risarcitoria.

In base alle pregresse considerazioni, il ricorso deve essere accolto nei limiti e nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, va annullato l'impugnato provvedimento.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio (*omissis*).

### Avvocatura generale dello Stato – Appello incidentale adesivo

«Fatto – Con la sentenza indicata in epigrafe il Tar Lazio ha annullato il d.p.c.m. 19 settembre 2002, con il quale i Sig.ri F. R. ed altri sono stati revocati, *ex art. 6, commi 1 e 2, legge n. 145/2002, dall'incarico di componenti della Commissione V.I.A., nonché gli atti ad essi connessi e conseguenti. Il Tar ha ritenuto che gli atti impugnati fossero illegittimi per il mancato avviso dell'avvio del procedimento e per difetto di motivazione.*

Contro tale decisione ha proposto appello il controinteressato M. M.

Le intestate Amministrazioni aderiscono all'impugnazione e propongono ricorso incidentale, nella parte in cui è stato annullato il d.p.c.m. impugnato, per le seguenti considerazioni di *Diritto – Violazione e falsa applicazione dell'art. 6, secondo comma, legge n. 145/2002, nonché degli artt. 3 e 7, legge 241/1990.*

Il Tar ha ritenuto illegittimo il provvedimento impugnato nel presupposto che esso fosse contrario alla disciplina ordinaria stabilita dagli artt. 3 e 7 della legge n. 241/1990, in tema di comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento e di obbligo di motivazione.

Il giudice di primo grado non ha tenuto conto del fatto che il provvedimento impugnato è stato adottato in base ad una normativa di carattere speciale ed eccezionale, per le specifiche esigenze correttamente individuate nella sentenza impugnata di impedire che l'attività del nuovo Governo fosse pregiudicata ovvero ostacolata dalla azione di funzionari nominati dalla parte politica avversa al termine del proprio mandato.

Sembra chiaro che non vi sarebbe stato bisogno di emanare la disposizione normativa sopra richiamata, qualora fosse stato necessario applicare comunque le ordinarie regole sulla

revoca degli atti amministrativi di nomina. È invece evidente che la normativa speciale consente di disporre la revoca senza particolari formalità, per le ragioni già insite nella disposizione di legge. In pratica, il legislatore ha tipizzato una fattispecie particolare (la nomina di alti funzionari da parte del Governo in scadenza) in presenza della quale il nuovo Governo può, entro un termine prestabilito, rimuovere i funzionari predetti. La discrezionalità che caratterizza l'esercizio di tale azione consiste nella valutazione della opportunità o meno di procedere alla rimozione del funzionario dall'incarico a lui conferito in quel particolare contesto. Allorquando il Governo abbia deciso di avvalersi di tale potestà, tuttavia, non occorre esprimere nessuna particolare motivazione, in quanto essa è già contenuta nel richiamo alle ragioni che hanno giustificato l'emanazione della norma di legge, e che lo stesso Tar ha perfettamente individuato.

D'altra parte, una specifica motivazione del provvedimento di revoca poteva essere in ipotesi richiesta, solo qualora lo stesso provvedimento di nomina avesse esplicitato le ragioni della scelta operata dal precedente Esecutivo. Infatti, solo l'esplicitazione di tali ragioni avrebbe potuto richiedere la esternazione di motivi ad esse contrari. Viceversa, le nomine adottate nel periodo "sospetto" e non sorrette da specifica motivazione (come quelle in contestazione), devono ritenersi logicamente basate sul solo rapporto fiduciario con il precedente Governo. In base alla *ratio* della legge, è sufficiente tale rapporto (che implica la mancanza di un rapporto analogo con il nuovo Governo) a giustificare il provvedimento di revoca. In tali casi, la motivazione è implicita nella circostanza che il funzionario esprime le tendenze della compagine politica contrapposta, e non già – come deve essere – del Governo in carica. Neppure rileva la circostanza che non tutti gli incarichi sono stati revocati, perché – come si è detto – il Governo, nel valutare l'opportunità di adottare il provvedimento di revoca, può ben ritenere che possa instaurarsi un rapporto fiduciario, pur in mancanza di una nomina diretta.

Ugualmente errata è la tesi secondo cui occorre iniziare uno specifico procedimento, del cui inizio era necessario dare avviso all'interessato. È infatti la stessa legge a prevedere il procedimento di riesame delle nomine, fissando i relativi termini, sicché la conoscenza dell'avvio del procedimento è fornito dalla stessa pubblicazione della legge. Peraltro, considerato che l'obbligo dell'avviso dell'avvio del procedimento risponde ad esigenze sostanziali, e non meramente formalistiche, gli interessati erano perfettamente in grado di conoscere la sussistenza delle condizioni per disporre la loro rimozione dall'incarico e, quindi, di formulare le proprie eventuali osservazioni, per effetto della sola conoscibilità della legge in questione.

*P.T.M.*: Si conclude per l'accoglimento del ricorso principale e del presente ricorso incidentale, nonché dell'istanza cautelare di sospensione della esecutività dell'impugnata sentenza, con ogni conseguenziale statuizione anche in ordine alle spese.

Roma, 22 luglio 2003

*L'Avv. Maria Letizia Guida»*

## 7. – UNA AUTOREVOLE DISSENTING OPINION

## Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale (1)

*di Sabino Cassese*

**SOMMARIO:** 1. – *I governi restano, le burocrazie passano.* 2 – *Il nuovo regime della dirigenza posto a raffronto con quello precedente.* 3 – *Le cause: la «passion des places».* 4 – *Gli effetti: il dominio dei politici sui burocrati.* 5 – *Continuità e fratture nell'alta funzione pubblica.* 6 – *Il nuovo regime alla prova di costituzionalità.* 7 – *Conclusioni.*

### 1. – *I governi restano, le burocrazie passano.*

Negli anni tra la fine del ventesimo secolo e gli inizi di quello successivo, nella storia della costituzione italiana, caratterizzata da una grande continuità, si è prodotta una frattura: prima si poteva dire che, come in tutti i principali Stati, i governi passano, la burocrazia resta; in Italia, ora le parti si sono invertite, perché i governi sono diventati stabili, la burocrazia transeunte. Due norme, una del governo di centro sinistra (1998), una del governo di centro destra (2002) hanno, da un lato, fatto cessare i dirigenti pubblici in carica; dall'altro, stabilito che i dirigenti pubblici durano in carica per una durata inferiore a quella dei governi(2). Se, prima, l'alta funzione pubblica era poco sensibile alla politica e formalistica, ora essa è posta alla mercé della politica, quindi indebolita.

Il cambiamento indicato è molto importante. Riguarda l'assetto dei poteri al vertice dello Stato e, quindi, la costituzione «materiale». Richiede, quindi, un giudizio sulla sua corrispondenza alla costituzione «formale» del 1948. Modifica un equilibrio stabilito fin dall'unificazione politica (1861). Va, quindi, posta a raffronto con un modello formatosi sul lungo periodo. Risponde ad un'esigenza politica della fase aperta nel 1993, con l'introduzione del metodo elettorale maggioritario. Di conseguenza, comporta un giudizio sulle attuali vicende politiche italiane.

In questo scritto il tema è affrontato illustrando prima il regime della dirigenza e ponendolo a raffronto con quello precedente; successivamente elencando le cause e gli effetti del nuovo regime sull'equilibrio dei rapporti

---

(1) Lezione per gli allievi della «Ecole Normale Supérieure» di Parigi, 14 novembre 2002. Ringrazio il professor Stefano Battini, il consigliere Gaetano D'Auria, il dottor Luigi Fiorentino, la dottoressa Elisabetta Midena e il dottor Valerio Talamo per i loro commenti a una prima versione di questo scritto, che è in corso di pubblicazione nel «Giornale di diritto amministrativo», 2002, n. 12.

(2) Va precisato che la riforma del 1998, contemplando una durata degli incarichi da 2 a 7 anni, ammetteva la possibilità che un incarico si svolgesse per un periodo superiore alla durata del governo nominante.



tra governo e alta funzione pubblica; poi allargando lo sguardo alle continuità e alle fratture nella storia dell'alta funzione pubblica; infine, facendo una verifica di costituzionalità del nuovo regime.

2. – *Il nuovo regime della dirigenza posto a raffronto con quello precedente.*

Si inizia dal nuovo regime della dirigenza. Questo è stato disposto da due norme (1998 e 2002), la seconda più radicale della prima. Esse sono il frutto della stessa tendenza, ma sono dovute a governi di orientamento diverso. Vanno, quindi, esaminate separatamente.

Nel 1998-1999, è stata stabilita, in primo luogo, la cessazione degli incarichi dirigenziali esistenti, che dovevano essere confermati entro novanta giorni<sup>(3)</sup>. In secondo luogo, che i quaranta incarichi dirigenziali più alti (segretari generali dei ministeri e capi di dipartimento) potevano essere confermati, revocati, modificati o rinnovati entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al governo. In terzo luogo, che tutti gli incarichi dirigenziali dovevano essere conferiti a tempo determinato, per una durata non inferiore a due e non superiore a sette anni. In quarto luogo, che per il 5 per cento dei posti sia di dirigente generale, sia di dirigente, i ministri potevano nominare persone scelte dall'esterno.

Nel 2002 è stata stabilita, in primo luogo, la cessazione degli incarichi dirigenziali generali (direttori generali), che vanno attribuiti «*ex novo*» (alla stessa persona o ad altri), e di quelli dirigenziali non generali (capi divisione), che sono confermati se non sono attribuiti ad altra persona entro novanta giorni. In secondo luogo, che i quaranta incarichi dirigenziali più alti cessano dopo novanta giorni dal voto sulla fiducia al governo. In terzo luogo, che tutti gli incarichi dirigenziali sono a tempo determinato, per una durata massima di tre anni per i dirigenti generali e di cinque per gli altri. In quarto luogo, che per il 10 per cento dei posti di dirigente generale e per l'8 per cento di quelli di dirigente possono essere nominati esterni all'amministrazione.

---

(3) Si tratta di un effetto determinato dalla norma transitoria contenuta nel secondo comma dell'art. 8 del d.P.R. n. 150 del 1999, che disciplina la prima attuazione del regime della contrattazione individuale degli incarichi di dirigenza generale. Per effetto di questa norma, il dirigente generale che non aveva ricevuto un incarico per la direzione di un ufficio di livello dirigenziale generale, poteva perdere le funzioni fino a quel momento esercitate, senza che l'amministrazione fosse tenuta a seguire le procedure di garanzia previste dalla normativa. Questa norma (sulla quale si possono leggere le circolari del Dipartimento della funzione pubblica n. 7 del 5 agosto 1999 e del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri 17 gennaio 2000) è stata impugnata davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio che, nell'ordinanza 19 luglio 2000, di rimessione alla Corte Costituzionale, ha riconosciuto la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, in riferimento agli artt. 3, 97 e 98 Cost. La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 11 del 2002, ha giudicato manifestamente infondata la relativa questione di costituzionalità. Secondo i ricorrenti, tale norma introduceva, per tutti i dirigenti generali, un meccanismo di tipo «*spoils system*», che il legislatore delegato aveva previsto all'art. 19, comma 8, de. d. lgs. n. 165 del 2001 solo per gli incarichi dei segretari generali e capi di dipartimento, i quali possono essere revocati senza particolare motivazione, in base al gradimento politico.

Si noti che il primo tipo di disposizione è «*una tantum*», e si è applicato all'inizio del centro-sinistra (1996-2001) e all'inizio del centro-destra (2002). Le altre disposizioni sono permanenti.

L'unica differenza di qualche rilievo tra il regime del 1998-1999 e quello del 2002 sta nel fatto che il primo stabiliva una durata minima di 2 anni, mentre il secondo consente incarichi anche mensili e semestrali.

Per comprendere queste norme e la loro portata innovativa vanno ricordati alcuni aspetti del contesto. In primo luogo, tutti i dirigenti, dal 1998, sono sottoposti al regime privatistico: non hanno, più lo statuto della funzione pubblica. Essi sono, quindi, regolati, da contratti di lavoro subordinato. E i contratti sono separati dagli incarichi. Se l'incarico cessa, non termina il contratto di lavoro. Il dipendente che perde l'incarico resta per il massimo di un anno con altro incarico. Che cosa accada dopo l'anno, se cioè cessi anche il rapporto di lavoro, non è chiaro (4).

In secondo luogo, disposizioni precedenti (del 1992-1993) avevano stabilito una distinzione tra governo ed alta funzione pubblica, assegnando al primo l'indirizzo e il controllo e alla seconda la gestione. Si disse, quindi, che i dirigenti avevano compiti propri di cui dovevano essere responsabili; che i ministri dovevano stabilire obiettivi e direttive, poi valutare alla loro stregua la gestione fatta dai dirigenti, ed essere, quindi, liberi di dismettere i dirigenti che non avessero raggiunto gli obiettivi o rispettato le direttive. Tutto ciò, però, non spiegava né la cessazione generalizzata, né la durata determinata dell'incarico. Infatti, sarebbe bastato stabilire l'obbligo di valutazione dell'attività e la dismissione dei dirigenti per mancato raggiungimento degli obiettivi o inosservanza delle direttive. Che la spiegazione non tenesse è dimostrato dal fatto che i ministri non hanno fissato obiettivi, né dato direttive, né, infine, fatto controlli.

Molto istruttiva la comparazione con la situazione precedente, configurata fin dal 1861, e regolata da ultimo nel 1972 (con la norma che ha introdotto e regolato la dirigenza, distinguendola dalla carriera direttiva) e nel 1992 (con la norma che ha sottratto gli impiegati pubblici, compresi i dirigenti, ma con esclusione dei dirigenti generali, allo statuto del pubblico impiego e li ha sottoposti ai contratti collettivi di lavoro).

Nel regime precedente non si distingueva, tra rapporto di lavoro ed incarico e non vi erano cesure tra un governo e l'altro. Sia i dirigenti generali, sia i dirigenti erano nominati a tempo indeterminato, i primi dal Consiglio dei ministri, i secondi dai singoli ministri. I primi erano scelti, di regola, tra i dirigenti più anziani di carriera; i secondi per concorso interno. Sia i primi

---

(4) Il regime del 2002 ha lasciato nell'ambito privatistico solo la definizione del trattamento economico, prevedendo che con provvedimento amministrativo siano determinati durata, oggetto ed obiettivi, del contratto individuale. Resta da individuare l'effettivo residuo spazio negoziale della contrattazione collettiva.

sia i secondi potevano essere dimessi, ma per gravi motivi, con provvedimento motivato o con ragioni disciplinari o con gravi inadempienze, e dopo, contestazione degli addebiti ed esercizio del diritto di difesa (5).

Dunque, il nuovo regime della dirigenza si differenzia molto da quello precedente. Prima l'alta funzione pubblica era indifferente al passaggio dei governi. Questi potevano scegliere le persone da nominare ai vertici burocratici alla scadenza della carica di ciascuna persona, quando il dirigente andava in pensione, o veniva nominato consigliere di Stato o della Corte dei conti. Ma si trattava di decisioni prese una per una, a seconda dell'età delle persone. E venivano prese, specialmente nei ministeri maggiori, rispettando l'ordine di anzianità. Per il livello immediatamente inferiore, quello dei dirigenti, la nomina avveniva, invece, in base a concorsi interni ai quali potevano accedere i dipendenti con almeno cinque anni di servizio.

Ora, invece, i vertici burocratici sono azzerati con il passaggio da un governo all'altro. E il nuovo governo può nominare liberamente, senza dover nulla spiegare, ai posti più alti, dipendenti pubblici o, nella misura del 10 per cento, privati.

Prima i dirigenti erano nominati senza vincolo di durata fino alla data di cessazione del rapporto di lavoro (65 anni, poi 67), ma potevano essere dimessi con procedura in contraddittorio e motivazione, per fatti disciplinari o gravi inadempienze.

Ora c'è la possibilità di dimissione per non avere realizzato gli obiettivi e rispettato le direttive, ma la nomina ha durata determinata sin dall'inizio in un massimo di tre anni per i dirigenti generali e di cinque per i dirigenti.

### 3. – *Le cause: la «passion des places».*

Quali sono i fattori che hanno provocato un cambiamento così radicale?

La spiegazione data inizialmente in sede ufficiale è la seguente: la burocrazia italiana è un mondo cristallizzato, poco mobile, scarsamente sensibile all'innovazione, interessato alla carriera e ai piccoli privilegi interni più che al rendimento. Dunque, occorre introdurre mobilità e responsabilità.

Questa spiegazione non regge: essa parte da una diagnosi giusta e propone un obiettivo anch'esso giusto: Ma il mezzo prescelto, e cioè il ricambio per nomina politica dei dirigenti e la loro precarizzazione non è l'unico strumento per raggiungere l'obiettivo, e neppure quello più efficace. Infatti, più mobilità e maggiori rendimenti si sarebbero potuti ottenere con la selezione sulla base del merito e non dell'anzianità (e, quindi, istituendo un «*fast stream*» per l'accesso, anche dall'esterno, dei più meritevoli al vertice amministrativo) piuttosto che «azzerando» la dirigenza e rimettendo la sostituzione a un giudizio del governo, e con un sistema imparziale di valutazione periodica, seguito dalla dimissione in caso di giudizio negativo, piuttosto che limitando dall'inizio la durata nella carica dei dirigenti.

Il vero fattore del cambiamento va cercato altrove, nei mutamenti prodottisi nel sistema politico. Negli anni '90 del ventesimo secolo, vi è stata

---

(5) Ma si ricordano pochissimi casi di applicazione di questa norma.

una generale stabilizzazione degli esecutivi. Al centro, questa è stata prodotta dalla introduzione del metodo elettorale. In periferia (regioni, province e comuni), la stabilizzazione è stata prodotta dalla introduzione della elezione diretta dei presidenti delle giunte regionali e provinciali e dei sindaci.

Il nuovo sistema politico italiano non ha solo rafforzato i governi; ha anche portato, per la prima volta, al governo le due forze politiche estreme, comunisti e fascisti, che non avevano precedentemente avuto accesso al potere centrale.

Questo rafforzamento della politica, nel senso di stabilizzazione dei partiti nei governi e della loro durata, è avvenuto in un decennio di «quarantena della politica», di privatizzazioni (che hanno fortemente diminuito il settore pubblico industriale e le amministrazioni «parallele» dominate dal patronato politico) e di affidamento di compiti prima governativi ad autorità amministrative indipendenti dal governo.

Le conseguenze di questi cambiamenti concomitanti si sono subito fatte sentire. La durata media dei governi, prima di un anno, è divenuta (tendenzialmente) quella della legislatura, quindi quinquennale. I partiti al governo si sono finalmente sentiti sicuri e padroni, perché hanno alle spalle una solida maggioranza parlamentare. E sono stati subito ripresi dalla «*passion des places*», più forte per la cura dimagrante fatta in precedenza e più difficile da soddisfare per essersi i governi degli anni '90 spogliati di posti e di poteri, con le privatizzazioni e la istituzione di autorità indipendenti. Infine, le due forze politiche che prima non erano state al governo non avevano consuetudine con l'alta burocrazia. Le altre forze politiche avevano, nel lungo periodo dagli anni '60 agli anni '80, contribuito a scegliere gli alti burocrati, sia pur uno ad uno, alla scadenza del loro rapporto di lavoro. Comunisti e fascisti erano stati esclusi da questa scelta. Erano, quindi, particolarmente interessati a far sentire la propria voce.

Dunque, la classe politica è giunta a consolidarsi ed è arrivata a questo punto affamata di posti, ma con difficoltà a soddisfare tale fame nei campi solitamente riservati alla politica, le nomine negli enti pubblici economici e la negoziazione dei controlli sui servizi pubblici (telecomunicazioni, energia elettrica, gas, trasporti). Ha dovuto, dunque, rivolgersi altrove, cambiando le «regole del gioco» del campo posto alle sue dirette dipendenze, quello burocratico.

La rapida successione del governo di centro-destra ad uno di centro-sinistra ha peggiorato la situazione, perché, avendo i governi del primo orientamento nominato un certo numero di dirigenti, quello del secondo orientamento ha ritenuto suo diritto di fare ancora di più.

Il cambiamento è stato condito con qualche esercizio di retorica, usando l'argomento che un governo, per fare una sua politica, deve disporre di uomini di sua fiducia. Questo argomento è stato nutrito a sinistra dal consueto sospetto per la burocrazia, considerata con diffidenza perché ritenuta legata ai governi precedenti (nei confronti dei quali, la sinistra era all'opposizione) e perché vista come un esercito di sabotatori. Ed è stato nutrito a destra dalla concezione dello Stato come azienda, dove il nuovo «capo» porta la sua «squadra».

Dunque, il ricambio per nomina politica e la precarizzazione non rispondono ad esigenze funzionali della gestione dello Stato, bensì ad esigenze interne di un corpo politico, come, quello italiano, che ha sempre avuto fame di posti per sistemare propri clienti e che vuole per questa strada assicurarsi la fedeltà politica della burocrazia. È paradossale che quello che né il fascismo né il lungo «regno» della Democrazia cristiana avevano fatto, sia stato, invece, fatto, in così breve tempo e con tanta coerenza, dai due governi di opposta tendenza del maggioritario.

4. – *Gli effetti: il dominio dei politici sui burocrati.*

Numerosi gli effetti dei provvedimenti illustrati. Il primo è quello di porre in una condizione istituzionale di debolezza l'alta funzione pubblica. Questa sa che deve avere il gradimento dei diversi governi, se vuole conservare il posto. Sa che ciò è completamente discrezionale, nel senso che la cessazione è automatica, prodotta direttamente dalla legge e, quindi, che il governo non deve dare alcuna giustificazione del proprio operato. Sa che, se nominata o confermata, l'aspetta almeno un'ulteriore conferma da parte dello stesso governo (infatti, la durata massima dell'incarico è di tre anni, mentre la durata massima del governo è di cinque anni). Sa, infine, che la sua precarizzazione impone fedeltà al governo in carica.

A loro volta, i governi sanno di avere un potere enorme, perché possono decidere, inizialmente, tutto in una volta, sulla sorte della dirigenza, mentre prima si poteva solo volta per volta, alla scadenza per fine dell'impiego di ciascuno. E perché possono fare le nuove nomine o le conferme per periodi anche più brevi dei tre anni, al limite anche per un anno o sei mesi, così rafforzando il grado di dipendenza della funzione pubblica dal governo.

Oltre a questo primo effetto (debolezza, dipendenza, precarizzazione, fidelizzazione), ve n'è un secondo, indiretto. Un meccanismo come quello congegnato è suscettibile di avere una grande forza espansiva. Una volta nominate persone di fiducia in posizioni chiave (per esempio, le direzioni del personale), queste potranno, a loro volta, fare lo stesso con i livelli inferiori, non dirigenziali, promovendo o collocando nei posti importanti i dipendenti dello stesso orientamento politico.

Il terzo aspetto di questa generale subordinazione dei dirigenti ai politici è quello di ridare nuovi poteri ai ministri, pur conservandone l'immunità. Infatti, da un lato, i ministri possono indirizzare e controllare, non compiere singoli atti di gestione. Dall'altro, questi ultimi sono affidati a dirigenti resi dipendenti e precari e quindi facilmente manipolabili e persino ricattabili. La conseguenza è che il vertice politico riprende in mano la gestione, ma senza assumerne le responsabilità, perché i singoli atti di gestione saranno dei dirigenti. Ciò costituisce un indubbio vantaggio, specialmente sotto il profilo penale e della responsabilità amministrativa (davanti alla Corte dei conti): il dirigente si addossa la responsabilità, il ministro prende la decisione. La separazione tra compiti politici di direzione e controllo e compiti amministrativi di gestione comporta una certa indipendenza dei dirigenti. Questi, se sono deboli e precari, faranno quello che il vertice politico dice loro, con l'ulteriore beneficio, per quest'ultimo, di esercitare poteri senza addossarsene le relative responsabilità.

Questo modo per assicurarsi almeno il conformismo, se non l'affiliazione politica della funzione pubblica (e non solo di quella alta, come si è visto), produce un ulteriore effetto, quello di portare alle ultime conseguenze l'assetto monistico dello Stato. Questo, finché c'era il metodo elettorale proporzionale, trovava in esso la garanzia principale di equilibrio. La precarietà dei governi suppliva all'assenza di contrappesi e di garanzie. Introdotto il metodo maggioritario, che si è innestato su un sistema parlamentare, si è rafforzato il «*continuum*» maggioranza elettorale-maggioranza parlamentare-governo. Con le nuove disposizioni sulla dirigenza, il «*continuum*» si estende alla pubblica amministrazione, per cui chi vince le elezioni piglia tutto, potere legislativo, governo e amministrazione; rafforzando quella «tirannide della maggioranza» nei confronti della quale un'alta funzione pubblica neutrale avrebbe potuto funzionare da contrappeso.

Non vanno, da ultimo, sottovalutate le conseguenze economiche del nuovo regime. Infatti, da un lato, con il passare del tempo, vi saranno sempre più dipendenti che conservano – per il massimo di un anno, perché la sorte successiva è incerta (6) – lo stipendio, con compiti di studio, ma non l'incarico. Quindi, nonostante gli accorgimenti presi per contenere le spese, vi sarà un aggravio di bilancio, perché si dovranno pagare due stipendi, quello del dirigente non confermato e quello del suo successore. Dall'altro, la politicizzazione della funzione pubblica e la ricerca che questa inesorabilmente farà di «santi in Paradiso» e cioè di protettori, produrrà moltiplicazione di posti, gonfiamento di organici, aggravii ulteriori di bilancio (7). L'inconveniente era già stato notato, nell'immediato secondo dopoguerra, quando era stato proposto (e scartato) un regime analogo, dall'economista Ernesto Rossi, che aveva criticato questo «sistema delle spoglie all'italiana».

I primi segni di questo radicale mutamento di registro si possono leggere sui quotidiani. In uno Stato fortemente dominato dalla politica dei partiti, il mondo un pò polveroso della burocrazia era rimasto parzialmente immune dalla lottizzazione. Esso era, quindi, ignoto ai mezzi di comunicazione di massa. I nomi dei dirigenti amministrativi non comparivano sui giornali (salvo quelli dei prefetti, fino agli anni '70, quando vi era l'uso di presentarli, all'atto della nomina, al Presidente della Repubblica, in un'apposita cerimonia). Ora, i giornali sono pieni delle notizie di chi sarà confermato e di chi non lo sarà, con tutto il corredo di notizie circa le loro affiliazioni, amicizie e simpatie politiche.

---

(6) Si noti che quella dell'anno di studio è una regola che vale, nel caso di mancata conferma degli incarichi, solo per i dirigenti generali e solo in sede di prima attuazione della legge n. 145 del 2002; in seguito, a regime, è controversa la sorte dei dirigenti non confermati, nel senso che non è prevista dalla legge nemmeno la garanzia minima dell'anno.

(7) La corsa al conformismo non vale solo per dirigenti generali, ma, indirettamente, coinvolge anche i dirigenti, interessati ad ottenere l'incarico di dirigente generale. Anzi, per questi, la pressione sarà maggiore perché la conferma nel ruolo dei dirigenti generali dipende dall'esercizio dell'incarico per un periodo quinquennale. Quindi, poiché l'incarico dura al massimo per 3 anni, i dirigenti, per essere inquadrati nel livello superiore, devono necessariamente ottenere almeno una conferma.

### 5. – *Continuità e fratture nell'alta funzione pubblica.*

Allarghiamo, ora, l'esame dalla recente ridefinizione dei rapporti tra politici e burocrati al più generale modello dell'alta funzione pubblica.

Nella sua storia si registrano continuità e fratture.

Tre sono i fattori di continuità. Il primo è costituito dalla separazione tra politici e burocrati. Dopo un primo periodo, dopo l'unificazione politica e amministrativa dell'Italia, di osmosi, per cui vi erano burocrati che divenivano politici, successivamente, le due «carriere» sono rimaste separate. Sono rari i casi di passaggio dall'uno all'altro campo, come quelli che si registrano, ad esempio, in Francia.

Il secondo fattore di continuità è costituito dalla presenza dei gabinetti. I ministri hanno propri collaboratori di fiducia, da essi stessi scelti, secondo il modello francese e a differenza da quello britannico, che non conosce i gabinetti (assumendo che i burocrati siano «*face-less figures*», leali servitori di qualunque maggioranza). Ma già qui si può registrare un cambiamento: mentre nel periodo 1948-78 circa la metà dei capi di gabinetto e dei capi degli uffici legislativi era costituita da dirigenti dello stesso ministero, nel periodo 1979-1994 il numero dei dirigenti è sceso a circa un quinto, prevalendo nettamente consiglieri di Stato e della Corte dei conti e avvocati dello Stato.

Il terzo fattore di continuità è quello culturale, di cui sono indizio la provenienza territoriale e la formazione universitaria dei dirigenti. Nel terzo quarto del secolo, il 62 per cento dei dirigenti proveniva dal Sud. Nell'ultimo quarto, il 51 per cento (ma la diminuzione dei meridionali è compensata dall'aumento dei romani). Dunque, la dirigenza è scarsamente rappresentativa sotto il profilo territoriale, perché il numero dei dirigenti meridionali è quasi doppio rispetto alla popolazione e al numero di politici eletti nel Mezzogiorno.

A questo si aggiunge la formazione universitaria, che è quella giuridica per ben due terzi dei dirigenti.

Più forti le fratture, principale delle quali è la seguente. Per gran parte della storia italiana, e comunque per tutto il dopoguerra, l'equilibrio tra politica, e amministrazione è stato tenuto da uno scambio nel quale la dirigenza si è accontentata di avere stipendi modesti e poco potere, pur di avere, in contraccambio, aspettative di carriera rette dall'anzianità e stabilità del posto.

Questo scambio salari e potere contro stabilità era funzionale al sistema e anche alla cultura dei dirigenti. Al sistema, perché la stabilità della dirigenza bilanciava la instabilità dei governi. Alla cultura dei dirigenti, perché questi, provenendo da una zona povera e affamata di impieghi, erano particolarmente sensibili alle interferenze nella loro posizione e carriera e inclini a non assumersi responsabilità.

Alla fine del ventesimo secolo sono cambiati tutti e tre questi fattori. In primo luogo, come già notato, ai dirigenti sono stati attribuiti i poteri di gestione: non c'è decisione, anche importante, dei ministeri che non sia presa dai dirigenti, nell'ambito degli obiettivi e delle direttive del ministro. In secondo luogo, proprio quando veniva scelto il nuovo regime, i dirigenti ottenevano un raddoppio del loro stipendio, passato da 62-72 mila euro annui a

114-124 mila euro per anno (questo spiega perché i dirigenti abbiano accolto il nuovo regime senza protestare, accettando il baratto precarizzazione – più alte retribuzioni). In terzo luogo, i governi si sono stabilizzati ed hanno reso instabile e precaria la posizione dei dirigenti.

6. – *Il nuovo regime alla prova di costituzionalità.*

Regge il nuovo regime alla verifica di costituzionalità? La Corte costituzionale, con grande superficialità, ha deciso, di recente (ordinanza n. 11 del 2002) che per i dirigenti pubblici, a differenza dei magistrati, «non vi è [...] una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi necessariamente con legge attraverso uno stato giuridico particolare che assicuri, ad esempio, stabilità ed inamovibilità». Essa, ha, così, accettato il nuovo regime (8).

La Corte costituzionale si è limitata, però, a porre a confronto l'art. 107 della Costituzione, secondo cui «i magistrati sono inamovibili», con gli articoli 97 e 98, dove non c'è norma analoga sulla pubblica amministrazione. Ma questi articoli impongono l'imparzialità, l'accesso mediante concorso (salvo i casi stabiliti dalla legge), l'obbligo del «servizio esclusivo della nazione», il divieto di conseguire promozioni non per anzianità per i dipendenti pubblici membri del Parlamento e la possibilità di porre limiti con legge all'iscrizione ai partiti politici per alcune categorie di dipendenti pubblici. Dunque, la posizione complessiva del dipendente pubblico è regolata per sottrarla ai condizionamenti dei partiti (e dei governi). Precarizzare la dirigenza e rendere completamente discrezionale la scelta dei dirigenti, comporta l'introduzione del criterio della fiducia nel rapporto ministro – dirigente, criterio che è estraneo, anzi contrario al disegno costituzionale. Non di inamovibilità si tratta, ma di nomina per durata determinata (e breve).

Si aggiunga che l'art. 92 della Costituzione dispone che il Presidente della Repubblica «nomina, nei casi indicati dalla legge, i funzionari dello Stato». Questa norma è stata dettata per sottoporre la nomina dei funzionari, operata dal governo, al controllo di un potere «neutro» o imparziale, quale è il Presidente della Repubblica. Quindi, per limitare la politicità indotta dall'organo che opera la scelta (il governo). Ma, alla fine del ventesimo secolo, contemporaneamente al nuovo regime, questo potere è stato eroso ed è ora limitato ai capi dipartimento e ai segretari generali, e cioè a non più di 40 alti funzionari.

Il secondo motivo per cui il nuovo regime è in contrasto con la Costituzione è il seguente: l'automatica cessazione per legge dall'incarico («*una tantum*») di tutti i dirigenti e permanente per i dirigenti generali più importanti viola i principi del giusto procedimento (contestazione degli addebiti, diritto di difesa, obbligo di motivazione) e del controllo giurisdizionale sulle decisioni amministrative. La distinzione tra incarico e rapporto è, in realtà, arti-

---

(8) Ed ha eluso il quesito posto dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con l'ordinanza n. 6060 del 2000, che aveva sollevato le questioni dell'effetto della precarietà sull'imparzialità e dell'assenza dell'obbligo di giustificare il mancato rinnovo. Si veda anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 313 del 1996.



ficiosa, sia perché l'incarico definisce il contenuto della prestazione lavorativa, sia perché non si sa che cosa accada del rapporto di lavoro dopo l'anno dalla cessazione dell'incarico sia, principalmente, perché, nella prassi, contratto e incarico sono stati indissolubilmente legati (il contratto definisce il trattamento economico correlato all'incarico e la sua efficacia è subordinata al conferimento dell'incarico (9). Se dovesse cessare il rapporto di lavoro, vi sarebbe un licenziamento senza giusta causa. Ed è proprio quello che è accaduto nel caso, perché si è stabilito un rapporto tra durata del contratto di lavoro e durata dell'incarico.

Il terzo motivo di illegittimità costituzionale della norma che prevede, per tutti i dirigenti generali «*una tantum*» e per 140 più alti dirigenti sempre, la cessazione automatica, per legge, dall'incarico (e – come si è detto – anche dal contratto) al cambio del governo, riguarda la divisione del lavoro tra Parlamento ed esecutivo. Anche senza giungere ad affermare che vi è una «riserva di funzione amministrativa», infatti, non vi è dubbio che il Parlamento, in questo caso, ha adottato una legge con effetti che sono quelli propri di un atto amministrativo (il licenziamento) e, quindi, che vi è un eccesso di potere legislativo.

Infine, non va trascurato che la cessazione per legge dall'incarico ha fatto terminare contratti esistenti, che assicuravano una più lunga durata del rapporto di lavoro. Ci si può chiedere se questa invasione legislativa nella sfera contrattuale sia legittima, oppure non rappresenti un intervento del Parlamento in un ambito riservato ormai all'autonomia privata e, quindi, da regolare con contratto.

### 7. – Conclusioni.

Con le norme del 1998-99, sono stati dimessi dall'incarico 69 dirigenti generali (circa il 16 per cento del totale) e 91 dirigenti (circa il 2 per cento). I circa quaranta dirigenti di grado più elevato, che cessano ogni volta che cade un governo, quando confermati, hanno avuto una conferma per ognuno dei cinque governi che si sono succeduti, con effetti comici, per cui i più alti gradi dello Stato, in pochi anni, hanno collezionato cinque decreti di incarico (da parte del governo Prodi, dei due governi D'Alema, del governo Amato e del governo Berlusconi), con relativi contratti.

La norma del 2002 ha prodotto effetti ancor maggiori perché ha riguardato, mediamente, il 40 per cento dei posti di dirigenti generali (10) e perché il governo ha affidato, in molti casi, incarichi di durata inferiore a quelle massime (3 e 5 anni), spesso di 5-6 mesi.

---

(9) Sul legame tra incarico e contratto, si veda la già citata circolare del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri del 17 gennaio 2000, per cui i contratti dei dirigenti generali dovevano contenere una clausola che subordinava l'efficacia del contratto al conferimento dell'incarico. Questo legame è stato confermato dal regime del 2002. La conseguenza è che un nuovo governo può disattendere i contratti già stipulati, dando provvedimento di incarico e contratto a favore di una diversa persona.

(10) I posti di dirigente generale sono 387. Di questi 232 sono stati confermati, 85 dati ad altre persone; 41 dirigenti sono stati assegnati ad altri incarichi, di livello equivalente e 29 hanno avuto incarichi di studio di durata massima annuale. Non si dispone di dati sui dirigenti.

Una situazione di questo tipo non si registra in nessun paese industrializzato: l'alta funzione pubblica può quasi ovunque essere rimossa, non essendo inamovibile; deve esserlo con una giusta causa; ma non è nominata per un tempo determinato (per cui, alla scadenza, cessa dall'ufficio senza alcuna spiegazione).

Questa forma di licenziamento senza giusta causa è peggiore del sistema definito delle spoglie. Questo proviene dall'espressione americana «*spoils system*», che, a sua volta, proviene dalla frase «*to the victors belong the spoils*»: al vincitore le spoglie. È un sistema sperimentato negli Stati Uniti dal 1820 al 1883 in modo sistematico e poi in forma attenuata. Aveva una giustificazione nobile (la rotazione negli uffici e la rottura della struttura di casta della burocrazia) e una meno nobile (la ricompensa di servizi partigiani resi ai candidati alle elezioni). Ma questo sistema prevedeva la cessazione del rapporto di lavoro, quando un nuovo partito andava al potere, portando i suoi fedeli. Invece, il regime italiano non solo consente ad ogni governo di nominare i propri fedeli, ma permette ai ministri di sfruttare la breve durata nella carica per tenere soggiogato il dirigente.

Un'ultima osservazione riguarda le politiche legislative. Nel breve giro di quattro anni, due diverse maggioranze si sono dotate di leggi per regolare la dirigenza. Ogni governo si è fornito di poteri «*ad hoc*», lungo la stessa direzione, ma con accenti diversi. Questa generale «manipolabilità» di un assetto che dovrebbe essere stabile, induce a previsioni pessimistiche sul futuro, che potrebbe essere ancora peggiore, rafforzando il dominio della politica sull'amministrazione. La continuità dello Stato sarà, dunque, assicurata meno da un corpo di professionisti scelti sulla base dei loro meriti, che da una classe politica di «*amateurs*» selezionati secondo il criterio del successo elettorale.

### Bibliografia

1. – Il profilo generale dell'alta funzione pubblica, i dati quantitativi e le ipotesi di fondo sono in S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia italiana*, in «*Politica del diritto*», 1981, settembre, n. 2-3, p. 219; S. CASSESE, *L'alta dirigenza italiana: un mondo cristallizzato*, in «*Politica del diritto*», 1998, marzo, n. 1, p. 155; S. CASSESE-A. MARI, *L'oscuro ruolo dell'alta dirigenza italiana*, in «*Politica del diritto*», 2001, marzo, n. 1, p. 3; S. SEPE, *L'alta burocrazia dello Stato tra competenza e subalternità*; G. VETRITTO, *Il monopolio della cultura giuridica tra i direttori generali dei Ministeri*; L. MAZZONE, *Due generazioni di direttori generali a confronto*; I. PORTELLI, *Le nomine esterne dei direttori generali*; H. ROCCHIO-N. BELVEDERE, *Geografia dell'alta burocrazia nelle amministrazioni centrali dello Stato*, tutti in «*Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*», 2002, n. 1.

2. – La più accurata trattazione sistematica della materia è quella di S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, p. 605 ss.

3. – Gli scritti giuridici di maggiore importanza sul problema della dirigenza sono: M. D'ALBERTI (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1990 e *L'alta burocrazia*, Il Mulino, 1994 (dal punto di vista del diritto pubblico); A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche

Italiane, 2000 e il «*Forum di LPA*» su «*La riforma della dirigenza pubblica: attuazione e problemi applicativi*», con scritti di G. D'AURIA, G. D'ALESSIO, B. DENTE e C. D'ORTA e molti altri interventi in «*Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*», 2001, gennaio-febbraio, n. 1, p. 15 ss. (dal punto di vista del diritto privato). Più recente, ma incompleto, L. RINALDI, *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, Torino, Giappichelli, 2002.

4. – Per comprendere le incertezze e le oscillazioni della cultura giuridica rispetto al nuovo regime della dirigenza, si possono leggere: G. D'ALESSIO, *La controriforma della dirigenza pubblica nel Disegno di legge del governo*, in «*Quale Stato*», 2001, n. 4, p. 132; B. DENTE, *Riforme (e controriforme) amministrative*, in «*Il Mulino*», 2001, n. 6, p. 1050; F. CARINCI, *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex Capo II, Titolo II, d.lgs. n. 29 del 1993 (il modello «Universale»)*, in «*ADL-Argomenti di diritto del lavoro*», 2001, n. 1, p. 27; P. TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, in «*ADL-Argomenti di diritto del lavoro*», 2001, n. 1, p. 59; G. DI GASPARE, *Miti e paradossi della riforma amministrativa tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavouriano di amministrazione pubblica?*, in «*Diritto pubblico*», 2001, n. 2, p. 653; G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in «*Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*», 2002, marzo-aprile, n. 2, p. 213.

5. – Il dibattito preparatorio della norma del 2002 è raccolto in «*Funzione pubblica*», 2002, n. 1-2.

6. – Sulla norma del 2002, G. D'AURIA, *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in «*Giornale di diritto amministrativo*», 2002. Non è ancora pubblicato l'ottimo studio di V. TALAMO, *La terza volta della dirigenza pubblica*, redatto per la Scuola superiore della pubblica amministrazione.

7. – Sulla diversa problematica della dirigenza locale, il cui assetto è stato dominato (e in parte continua ad esserlo) dalla statizzazione del periodo fascista, R. LEWANSKI - S. VASSALLO, *I nuovi dirigenti comunali. Interni o esterni: fa differenza?*, in «*Rivista italiana di politiche pubbliche*», 2002, n. 1, p. 99, i cui dati vanno, però, valutati con cautela, sia per l'estensione e la natura della indagine, sia per i rispondenti, sia per l'assenza di metri di paragone.

*Dossier*

## **Il termine ragionevole del processo: le ultime pronunce, aspettando le Sezioni Unite**

Mentre la giurisprudenza della Corte di Cassazione si andava consolidando nelle soluzioni offerte ai principali quesiti posti dalla legge n. 89/2001, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha criticato la scelta italiana con la pronuncia di ricevibilità che pubblichiamo a pag. 41 di questo fascicolo. In sostanza, osserva la CEDU, il sistema italiano non offre strumenti reali ed efficaci di riparazione in favore della vittima della durata irragionevole del processo sia perché non riconosce al diritto ad un giudizio dai tempi ragionevoli la qualità di diritto fondamentale dell'uomo, sia perché non si adegua perfettamente ai principi elaborati dalla giurisprudenza europea in tema di ristoro effettivo del danno. La decisione ha molto preoccupato la stessa Procura Generale della Corte di Cassazione, che ha ritenuto di richiamare, sul tema, non solo l'attenzione del Ministero degli Esteri, ma anche della stessa Corte di Cassazione. Fatto sta che il primo Presidente ha rimesso alle Sezioni Unite Civili alcuni ricorsi per l'esame dei temi di fondo, sinora costantemente ed uniformemente risolti (cfr. in questa *Rassegna*, aprile-giugno 2002, le sentenze pubblicate alle pagg. 111 *segg.* e *ivi*, luglio-dicembre 2002, pagg. 254 *segg.*).

È bene ricordare che la remissione alle Sezioni Unite è avvenuta a norma dell'art. 374, 2° comma, u.p., il che rende ingiustificata la perplessità di chi dovesse vedere in tale provvedimento una scelta poco coerente con il principio supremo della soggezione del giudice «soltanto alla legge» che, tra l'altro, impone sia di ignorare le critiche, provengano pur esse da chi riveste carichi rilevanti o svolge ruoli istituzionali, sia di rivendicare con ogni fermezza alla Magistratura il monopolio dell'interpretazione della legge nel processo.

Non resta che aspettare se verranno o meno confermate le approfondite considerazioni di cui a Cassazione, Sezione Unite, 14 giugno 2002 n. 8503, sullo stesso tema della posizione della CEDU nel sistema delle fonti.

*Avv. Antonio Palatiello*

### **Corte di cassazione, Sez. I, 11 dicembre 2002, n. 17650**

*Presidente Saggio – Relatore Graziadei – B. (avv. G. Romano)  
c/ Ministero della Giustizia (Avv. dello Stato A. Palatiello, cont. AGS 6714/09)  
e viceversa*

*Il diritto all'equa riparazione dei danni derivanti dalla irragionevole durata del processo è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge n. 89/2001 e riguarda le violazioni verificatesi anteriormente; tuttavia la morte della vittima di tempi irragionevoli della lite intervenuta prima dell'entrata in vigore di tale legge è ostativa alla nascita del diritto, che dunque gli eredi non hanno potuto trovare nel patrimonio del de cuius (1).*

«(omissis). – I ricorsi devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ.

Il primo motivo del ricorso principale ed il primo motivo del ricorso incidentale, da esaminarsi congiuntamente, pongono la questione dell'applicabilità della legge n. 89 del 2001 alle violazioni del principio della ragionevole durata del processo verificatesi anteriormente alla data della sua entrata in vigore, ed inoltre, in caso di risposta positiva, l'ulteriore questione dell'invocabilità della legge medesima da parte dell'erede, in relazione al pregiudizio determinatosi a carico del dante causa, quando il decesso preceda quella data.

L'Amministrazione propugna la soluzione negativa del primo dei riportati quesiti, con il superamento del secondo, sul rilievo che la legge n. 89 del 2001, avendo introdotto nell'ordinamento un diritto nuovo, opererebbe esclusivamente per le vicende processuali successive alla sua entrata in vigore, non dunque per fatti pregressi, con la sola eccezione prevista dall'art. 6 per il caso in cui su tali fatti anteriori sia pendente istanza di riparazione davanti alla Corte Europea; di conseguenza sostiene che la Corte di Genova avrebbe dovuto negare fondamento anche alla pretesa avanzata da G.B.

I ricorrenti principali assumono invece che detta legge è innovativa soltanto sotto il profilo dell'attribuzione di azione davanti al giudice nazionale, mentre, recependo un accordo internazionale già precettivo e vincolante, abbraccia i danni anteriori, riconoscendo anche per essi il diritto a riparazione; ne traggono il corollario che tale diritto è stato acquisito da G.B. per il nocumento subito fino al giorno del decesso, ed era dunque azionabile dai suoi eredi, subentrati nel diritto stesso.

I riportati motivi vanno respinti, sulla scorta delle seguenti considerazioni.

L'art. 2 della legge n. 89 del 2001, contrariamente a quanto afferma l'Amministrazione, contempla, senza limitazioni temporali, le violazioni dell'art. 6 paragrafo 1 della Convenzione, e, quindi, riguarda le inosservanze del canone della ragionevole durata del processo verificatesi dopo la ratifica di detta Convenzione da parte dell'Italia, anche se prima dell'entrata in vigore della legge medesima.

Questo ambito di applicazione non tocca però l'efficacia *ex nunc* della disposizione, in quanto costitutiva del diritto a riparazione in dipendenza di quelle inosservanze, tenendosi conto che l'insorgenza di detto diritto in un momento anteriore non potrebbe prescindere da un'espressa previsione di retroattività.

La carenza di siffatta previsione comporta, a confutazione della tesi dei ricorrenti principali, che la morte della vittima di tempi irragionevoli della lite, se intervenuta prima dell'entrata in vigore della legge n. 89 del 2001, è ostativa alla nascita del diritto in discorso (ed alla sua trasmissione agli eredi), in base alla regola generale secondo cui un soggetto non più esistente non può diventare titolare di posizioni contemplate da norma posteriore al suo venir meno.

Ai predetti criteri si è conformato il provvedimento impugnato, negando *in radice* la facoltà degli eredi di F.B. di reclamare un'equa riparazione *iure successionis*, ed esaminando le loro istanze con riferimento solo al pregiudizio dedotto *iure proprio*, con riguardo al protrarsi del giudizio d'appello dopo la riassunzione nei loro confronti (omissis)».

### **Corte di Cassazione, Sez. I, 14 gennaio 2003, n. 360**

*Presidente Saggio – Relatore Morelli – Presidenza del Consiglio dei Ministri  
(Avv. dello Stato A. Palatiello, cont. AGS 14883/02) c/ M. (n.c.)*

*Il diritto all'equa riparazione introdotto dalla legge n. 89 del 2001 non poteva essere acquisito da chi, al momento della sua entrata in vigore, non era più in vita e dunque nulla al riguardo possono avere ereditato i suoi successori (2).*

---

(1-2) La soluzione offerta dalla Corte di Cassazione è da condividere, ed è in linea con la giurisprudenza della Corte Europea: questa, infatti, sino al momento dell'entrata in vigore della «legge Pinto» riteneva ricevibili i ricorsi proposti direttamente, senza il previo esperimento dei rimedi interni perché riteneva che in Italia non fosse data riparazione alla vittima della durata irragionevole del processo.

Dunque anche alla luce della giurisprudenza CEDU, la quale va indubbiamente considerata, come

«(omissis). – Considerato in diritto che, secondo la stessa prospettazione del richiedente, la premessa giuridica della domanda da lui azionata nella dichiarata qualità di «erede del fratello» defunto (nel 1981), è il previo acquisto, da parte di quest'ultimo, del diritto ad equa riparazione *ex lege* n. 89 del 2001 (diritto, in tesi, poi trasmessogli *iure successionis*), in relazione al danno che si assume conseguente all'eccessiva durata di un processo a suo tempo instaurato dal *de cuius* innanzi alla Corte dei Conti;

che proprio tale premessa – come denunciato dall'Amministrazione (ora ricorrente con i primi connessi due motivi della impugnazione) – è effettivamente viziata in radice;

che infatti il diritto all'equa riparazione introdotto dalla legge n. 89 del 2001 non poteva evidentemente essere acquisito da persona che, al momento della sua entrata in vigore, non era più in vita e, in quanto per tal ragione priva di soggettività giuridica, non poteva – per definizione – assumere la titolarità di alcuna posizione giuridica soggettiva;

che, pertanto, il diritto al preteso indennizzo *ex lege* n. 89/01 *cit.*, non esistente nel patrimonio del defunto al momento del suo decesso, non poteva, conseguentemente, essere trasmesso all'erede che a torto, dunque ora la rivendica;

che il ricorso della Presidenza del Consiglio è quindi fondato nei due suoi primi connessi mezzi, con assorbimento della terza e residua censura subordinata;

che, per l'effetto va cassato il decreto impugnato;

che la causa può decidersi nel merito ai sensi del novellato art. 384 c.p.c. discendendo immediatamente, dall'applicazione del principio di diritto come sopra enunciato, l'infondatezza della pretesa avanzata *iure hereditario* dal M. (omissis)».

### **Corte di Cassazione, Sez. I, 3 aprile 2003, n. 5118**

*Presidente Saggio – Relatore Morelli – P. (avv. R. Scarnati)  
c/ Ministero della Giustizia (Avv. dello Stato A. Palatiello  
cont. AGS 26029/02) e viceversa*

*Nella valutazione della irragionevole durata del processo vanno considerate le attività deceleratorie da qualsiasi organo statale provenienti perché, comunque, oggettivamente incidenti sulla definitiva risposta, in termini di effettività, ad una domanda di giustizia del cittadino (nella specie, si trattava del ritardo con cui una Conservatoria dei Registri Immobiliari aveva rilasciato un certificato necessario ai fini dell'esecuzione immobiliare) (3).*

«(omissis) – È viceversa fondato l'unico complesso motivo della impugnazione principale, che si rivolge propriamente alla statuizione di esclusa compatibilità, ai fini dell'inden-

---

ha da subito sottolineato la giurisprudenza della Cassazione (cfr. ad es. Cass. 2 agosto 2002, n. 11592, in questa *Rassegna*, aprile-giugno 2002, 117), è esatto affermare che prima della legge Pinto il diritto all'equa riparazione (ed a maggior ragione al risarcimento del danno) non esisteva nel nostro ordinamento (salvo, ovviamente, le ipotesi del fatto illecito). È coerente, dunque, escludere il diritto dell'erede alla riparazione per l'epoca in cui tale diritto non poteva esistere nel patrimonio del *de cuius*, il quale, deceduto prima della nascita di quel diritto, non poteva certo averlo acquistato.

(3) La soluzione qui adottata è coerente con la rilevanza delle «violazioni di sistema» già affermata, ad esempio, da Cass. 26 luglio 2002, n. 11046 (in questa *Rassegna*, aprile-giugno 2002, 111) nel senso che, nell'accertare la violazione, il giudice deve considerare, tra l'altro, il «comportamento di ogni altra autorità chiamata a concorrere o a contribuire alla definizione del procedimento» (Cass. n. 11046/02 *cit.*), l'autorità del tutto estranea all'apparato giurisdizionale. Non è chiaro, però, quale sia, in quest'ultima ipotesi, il fondamento della legittimazione passiva del Ministero della Giustizia, più coerentemente negata in favore della Presidenza del Consiglio dei Ministri, quale soggetto «residuale», dalla ricordata sentenza n. 11046/02.

nizzo per cui è causa, del ritardo verificatosi nel giudizio *a quo*, avente ad oggetto esecuzione immobiliare, in dipendenza del tardivo rilascio della documentazione (prevista dall'art. 567 c.p.c.) da parte della Conservatoria dei Registri Immobiliari.

In tesi della Corte territoriale, i tempi dovuti alle disfunzioni di tale Organo amministrativo, a suo avviso non annoverabile tra quelli chiamati a concorrere o contribuire alla definizione del procedimento *ex art. 2 legge n. 89/01*, andrebbero conseguentemente appunto detratti dalla complessiva durata del processo, ai fini della correlativa valutazione di ragionevolezza.

Ma, anche per tal profilo, l'interpretazione restrittiva del citato art. 2 legge 89/01, che l'Avvocatura così propone, in contrasto con la stessa lettera e soprattutto con le finalità della legge Pinto, va superato in coerenza ai principi da questa Corte già enunciati nelle innanzi richiamate sentenze n. 14885, n. 13768 e (*per obiter*) n. 13987/02, a proposito della computabilità, in procedure in particolare di sfratto per rilascio di alloggio, del ritardo ascrivibile a provvedimenti dell'Autorità Amministrativa (dinieghi prefettizi di assistenza della forza pubblica) e della stessa autorità legislativa (sequenze di normative di proroga – (principio) per cui l'indennizzo *ex art. 2 legge n. 89/01* è destinato a porre riparo alle «disfunzioni del sistema», venendo a tal fine in rilievo l'attività (deceleratoria) da qualsiasi organo dello Stato proveniente purchè, comunque, oggettivamente incidente sulla definitiva risposta, in termini di effettività, ad una domanda di giustizia del cittadino (*omissis*)).

### **Corte di cassazione, Sez. I, 17 febbraio 2003, n. 2309**

*Presidente Olla – Relatore Adamo*

*D. S. ed altri (Avv.ti A. Miglino e F. Miglino) c/ Ministero della Giustizia (Avv. dello Stato A. Palatiello, cont. A.G.S. 35472/01) e viceversa*

*Il danno economico può essere ricollegato al ritardo nella definizione del processo solo se sia l'effetto immediato di tale ritardo e a condizione che si ricolleghi al ritardo stesso sulla base di una normale sequenza causale: pertanto non può considerarsi danno dovuto alla irragionevole durata del processo quello consistente nella minore entità del risarcimento da accessione invertita disposta dalla sopravvenuta legge n. 662/1996 (4).*

*Sulla somma dovuta a titolo di equa riparazione dei danni derivati dalla irragionevole durata del processo spettano gli interessi legali solo dalla data della domanda (5).*

---

(4) Il principio è sicuramente corretto. La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo affrontando il tema proprio della sopravvenienza della legge n. 662/1996, ha soffermato l'attenzione sull'aspetto riguardante il diritto di proprietà, così ritenendo non rilevante il tema della durata del processo e della sua ricaduta sulla quantificazione dell'indennità di espropriazione o del ristoro per l'accessione invertita: cfr. CEDU, 20 maggio 2003, S. c/ Italia, in questo fascicolo, pag. 44.

(5) Fra le possibili soluzioni del tema della decorrenza degli interessi (dalla data del fatto e cioè dal momento in cui la durata del processo si è fatta irragionevole determinando danni; o dalla data della domanda; o dalla data della liquidazione) la Corte di Cassazione ha optato motivatamente per la soluzione intermedia. È da ricordare, tuttavia, che per l'analogo problema della riparazione dell'ingiusta detenzione la scelta fu nel senso della decorrenza dalla data del decreto di liquidazione: si veda Cass., S.U., 14 giugno 2001, n. 24287, in questa *Rassegna* 2002, II, 465, con nota di C. PLUCHINO, e le mie *Brevi osservazioni sulle soluzioni adottate dalla Corte di Cassazione*, in questa *Rassegna*, aprile-giugno 2002, 140.

«(omissis) – Assume il ricorrente che erronea deve ritenersi la statuizione contenuta nell'impugnata sentenza in base alla quale la concatenazione causale fra l'irragionevole durata del processo ed il preteso danno patrimoniale subito sarebbe stata interrotta dall'emanazione della legge n. 662/1996.

Infatti l'adottata definizione del nesso di causalità contrasta con i principi desumibili dal vigente ordinamento sia che si voglia adottare la teoria della *conditio sine qua non*, sia che si voglia far ricorso al principio della causalità adeguata, posto che per entrambe le teorie ciò che interrompe il nesso di causalità è solo il fatto imprevedibile e come tale non riconducibile nell'iter causale ordinario (*id quod plerumque accidit*).

Nella specie proprio il fatto che il processo fosse ancora pendente oltre i limiti della ragionevole durata, è stato messo a profitto dallo Stato con l'emanazione della legge n. 662/1996 che ha ridotto l'ammontare del risarcimento dovuto in caso di accessione invertita, sicché l'emanazione della legge stessa lungi dal costituire un fatto imprevedibile è stata resa possibile proprio dalla durata del processo.

Inoltre la Corte territoriale non ha tenuto conto che ogni fatto che accade nel periodo di irragionevole durata del processo e determina danno deve ritenersi causativo, unitamente alla durata del giudizio, del pregiudizio prodottosi.

Il ricorso è infondato e va pertanto respinto.

Invero il vigente ordinamento giuridico, come si desume dall'art. 41 comma 2 c.p. ha adottato il principio della c.d. causalità adeguata distaccandosi dalla concezione condizionalistica della *conditio sine qua non*, propria del diritto romano, sicché deve escludersi che ogni accadimento che si inserisca nella concatenazione causale sia per ciò stesso causa dell'evento.

Devono ritenersi infatti causa dell'evento solo quegli accadimenti che sono la causa diretta dell'evento con la conseguenza che i fatti sopravvenuti interrompono il nesso di causalità, quando siano di per sé sufficienti a determinare l'evento.

Pertanto il danno economico può essere ricollegato al ritardo nella definizione del processo solo se sia l'effetto immediato di tale ritardo e a condizione che si ricollegli al ritardo stesso sulla base di una normale sequenza causale (*id quod plerumque accidit*).

Nel caso in esame il danno economico lamentato dal ricorrente, costituito dalla differenza fra quanto incassato e quanto avrebbe potuto incassare, non è correlato direttamente al ritardo nella definizione del giudizio sulla base di una normale sequenza causale, prevedibile ed evitabile, in quanto trova la sua causa nell'emanazione di una legge che ha alterato la normale sequenza causale e che non era prevedibile, in quanto frutto di una decisione discrezionale e politica del legislatore.

Suffraga quanto fin qui esposto la considerazione che, in difetto della legge n. 662/1996, il ritardo nella definizione del processo non avrebbe comportato di per sé il danno lamentato dal D. S. che avrebbe visto liquidarsi il risarcimento per l'accessione invertita subito sulla base della previgente normativa, per lui più favorevole, sicché il danno in questione va ricollegato ad un fatto sopravvenuto di per sé solo sufficiente, costituito appunto dalla promulgazione della legge n. 662/1996.

Giova infine rilevare che, fermo quanto già precisato in ordine al nesso di causalità fra il danno lamentato dalla ricorrente ed il ritardo nella definizione del processo, non è in radice giuridicamente possibile ricollegare un evento dannoso alla promulgazione di una legge, essendo l'emanazione delle leggi espressione di un potere politico del legislatore che, di fatto, può anche incidere negativamente sulle posizioni di singoli cittadini ma mai radicare un danno giuridicamente risarcibile, posto che una tale ipotesi verrebbe ad incidere gravemente sul potere libero e discrezionale di formazione delle leggi che la Costituzione riconosce al Parlamento e configura libero da ogni condizionamento (*omissis*).

(*omissis*) Con il secondo motivo l'Amministrazione, ricorrente incidentale, lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 1224 e 1228 comma 1 c.c., nonché omessa o insufficiente motivazione su un punto rilevante della controversia.

Deduce l'Amministrazione che sulla somma riconosciuta a titolo di danno morale non dovevano essere liquidati gli interessi a decorrere dal superamento della ragionevole durata del giudizio e ciò perché:

a) il termine «equa riparazione» usato dal legislatore denota che non si tratta di un integrale risarcimento ma di un semplice indennizzo, come evidenziato anche dalla circostanza che l'art. 3 comma 7 della legge n. 89/2001 stabilisce che l'equa riparazione potrà essere erogata nell'ambito delle risorse messe a disposizione dallo Stato;



b) trattandosi di un equo indennizzo non è possibile determinarne l'ammontare prima della liquidazione decisa del giudice sicché, a tutto concedere, gli interessi avrebbero potuto essere liquidati solo a decorrere dalla decisione che assume carattere costitutivo del diritto alla percezione della somma.

Il motivo è fondato per quanto di ragione e va pertanto accolto nei limiti in prosieguo precisati.

Va in ordine logico per primo evidenziato che, come precisato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 11987/2002, il superamento della ragionevole durata del processo non dà luogo ad un'obbligazione *ex delictu* ma ad un'obbligazione *ex lege*, riconducibile nell'ambito della previsione di cui all'art. 1173 c.c. ed avente natura indennitaria.

La natura indennitaria dell'equa riparazione comporta che la stessa non ha una finalità interamente compensativa che non potrebbe ritenersi realizzata se la somma liquidata non fosse corredata dagli interessi, a decorrere dall'insorgere delle obbligazioni così come avviene per le obbligazioni *ex delictu*.

Pertanto gli interessi in esame, tenuto conto della natura dell'obbligazione alla quale accedono e non avendo gli stessi finalità compensativa, dovranno necessariamente decorrere dalla domanda di equa riparazione, proposta avanti alla Corte di appello di Roma, in base al principio secondo cui gli effetti della pronuncia retroagiscono alla domanda, nonostante il carattere di incertezza e illiquidità del credito, prima della pronuncia giudiziaria (*omissis*)».

### **Corte di Cassazione, Sez. I, 6 febbraio 2003, n. 1740**

*Presidente Olla – Relatore Tirelli – G. (Avv. ti T. Larocca e G. Campanini)  
c/ Ministero della Giustizia (Avv. dello Stato A. Palatiello  
cont. AGS 20838/02)*

*Il processo penale, ai fini del calcolo della durata il cui eccesso dà luogo all'equa riparazione dei conseguenti danni, inizia per l'indagato nel momento in cui egli abbia notizia delle indagini a suo carico (6).*

«(*omissis*) *Motivi della decisione* – Osserva innanzitutto il Collegio che a seguito di un nutrito contenzioso che aveva portato la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) a condannare più volte lo Stato italiano, la legge n. 89/2001 ha riconosciuto a ciascun interessato il diritto di richiedere anche ai giudici nazionali la concessione di un'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo.

Il testo normativo non chiarisce, però, quand'è che inizia quest'ultimo, ponendo così all'interprete il problema di colmare la relativa lacuna.

A questo proposito e per quanto riguarda più in particolare il giudizio penale, conviene premettere che nel sistema dell'attuale codice di procedura, occorre distinguere tra una fase procedimentale, che inizia con l'acquisizione della *notitia criminis*, ed una fase processuale, che comincia con l'esercizio dell'azione penale da parte del P.M.

Dal canto suo, la legge n. 89/2001 parla a volte di processo ed a volte di procedimento, ma se anziché fermarsi al dato letterale si passa ad esaminare le motivazioni e le finalità della norma, risulta evidente che il Legislatore ha voluto riconoscere ad ogni soggetto il diritto ad una sollecita definizione delle procedure avviate da lui o contro di lui sia in materia civile che amministrativa o penale, dove la pendenza di un giudizio a carico costituisce per l'interessato un fatto capace di provocargli turbamento e comprometterne l'immagine presso i terzi.

Tenuto conto di quanto sopra e considerato che tale potenzialità lesiva non postula necessariamente il promovimento dell'azione penale in quanto, come l'esperienza insegna, anche la semplice consapevolezza dell'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. può essere fonte di gravi sofferenze e pregiudizi, deve di conseguenza affermarsi che non occorre in ogni caso attendere la chiusura delle indagini preliminari, perché per l'indagato, il «processo» può iniziare fin dal loro avvio e, più precisamente, nel momento in cui il medesimo ne abbia avuto conoscenza per effetto, ad esempio, dell'accoglimento di un'apposita istanza in tal senso (art. 335/3 c.p.p.) ovvero del compimento di un atto a rilevanza esterna quale l'invio dell'informazione di garanzia oppure l'esecuzione di una perquisizione domiciliare o, peggio, di una misura cautelare.

Prima di tale momento e, cioè, fino a quando l'apertura del procedimento e lo svolgimento delle indagini preliminari rimangano effettivamente segrete, non può invece ancora parlarsi di «processo» neppure nella più ampia accezione di cui alla legge n. 89/2001, trattandosi di una fase assolutamente inidonea ad incidere sulla psiche o sul patrimonio dell'interessato (v., nella stessa direzione, anche la giurisprudenza della CEDU, che in più occasioni ha fissato l'inizio del processo nel momento in cui i sospetti avevano cominciato ad avere delle «ripercussioni importanti» sulla persona coinvolta) (*omissis*)».

### **Corte di Cassazione, Sez. I, 30 gennaio 2003, n. 1405**

*Presidente Delli Priscoli – Relatore Rordorf – M. (Avv. G. L. Massa)  
c/ Ministero della Giustizia (Avv. dello Stato A. Palatiello, cont. AGS 9908/02)*

*Ai fini del calcolo della durata, il cui eccesso dà luogo all'equa riparazione dei conseguenti danni, il processo penale inizia, per la parte civile, nel momento in cui vi è la costituzione, non essendo significativo, al riguardo, il momento della querela o della denuncia, che non fanno assumere la qualità di parte (7).*

«(*omissis*) – Con il primo motivo di ricorso l'avv. M. lamenta l'errore in cui sarebbe incorsa la Corte d'Appello affermando che non v'è processo penale fin quando l'accusa non si materializzi in una richiesta di citazione a giudizio, o direttamente in una citazione a giudizio dell'imputato. Viceversa, a giudizio del ricorrente, sin dal momento che una querela viene iscritta nella rubrica dell'ufficio del pubblico ministero prende avvio un procedimento, in relazione al quale la legge stabilisce termini, diritti e facoltà delle parti, adempimenti da compiere e requisiti di validità degli atti. Ragion per cui anche l'eccessiva ed irragionevole durata di tale fase del procedimento ricade nella previsione dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (richiamato dall'art. 2, comma 1°, della legge n. 89 del 2001), che del resto si riferisce alla nozione di «causa» e non di «processo».

2.1. – Il secondo motivo di ricorso si appunta invece sull'affermazione della corte d'appello secondo cui al querelante non potrebbe esser riconosciuta la qualità di parte del pro-

---

(6-7) Coerente con l'impostazione generale del tema relativo alla natura dell'obbligazione indennitaria di cui trattasi e del danno quale conseguenza della violazione seguita fin dalla prima sentenza in argomento (si vedano i miei due dossier su *Il termine ragionevole del processo e l'equa riparazione, e Profili processuali dell'equa riparazione ex lege n. 89/2001: i contenuti minimi del decreto e del ricorso per cassazione*, in questa *Rassegna*, rispettivamente aprile-giugno 2002, 111 e luglio-dicembre 2002, 255) è la soluzione data con la sentenza in esame con riguardo ai protagonisti del procedimento penale: intanto occorre che vi sia un processo giurisdizionale ed una domanda ivi proposta (tale non è, ad esempio, la querela o la denuncia) e poi intanto può aversi un danno morale dalla durata irragionevole del processo in quanto della pendenza si abbia notizia. È rimasto in ombra, perché nella specie non direttamente rilevante, il delicato problema del possibile conflitto di interessi tra la parte civile, che insista per una rapida conclusione del processo, e l'imputato, che cerchi ogni occasione per ottenere differimenti, magari in attesa di un provvedimento di clemenza o del maturarsi della prescrizione. Credo che l'interesse dell'imputato debba essere ritenuto prevalente su quello della parte civile, diversi essendo i valori coinvolti (la libertà, per l'imputato, il risarcimento del danno, sia pure di altissimo valore morale, per la parte civile), sicché non potrebbe, nella specie, introdursi il dubbio circa una «violazione di sistema» ai danni della parte civile: la legge del processo penale è infatti pensata e voluta in funzione prevalente di garanzia dell'imputato secondo i principi, peraltro, della stessa Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Sul tema dei rapporti tra la parte civile e l'imputato, ed in genere sulla posizione della parte civile nel processo penale si veda *La costituzione di parte civile nel processo penale. Atti della tavola rotonda presso l'Avvocatura Generale dello Stato del 7 giugno 2002*, in questa *Rassegna*, gennaio-marzo 2002, 1.

cesso penale, onde egli non sarebbe neppure titolare del diritto alla ragionevole durata di tale processo. Affermazione errata – a parere del ricorrente – in quanto la persona offesa è il titolare dell'interesse penale tutelato dalla norma violata e la querela costituisce lo strumento processuale di cui egli si avvale. La previsione di numerosi diritti e facoltà processuali, attribuiti appunto alla persona offesa nel corso del processo penale, dimostrerebbero che le compete a pieno titolo la qualità di parte in quel processo.

2.2. – Con il terzo motivo di doglianza il ricorrente torna a ribadire che, nel nostro sistema processuale ed in ossequio ai principi stabiliti dalla costituzione, la persona offesa ha diritto ad una risposta di giustizia in tempi ragionevoli. Il fatto che, per ottenere il risarcimento del danno cagionato dal reato, essa possa anche scegliere la vita del giudizio civile non significa in alcun modo che, ove abbia invece prescelto quella della querela penale, tale suo diritto venga meno.

2.3. – L'ultimo motivo di ricorso censura la decisione del giudice di merito di condannare il ricorrente al pagamento delle spese di lite. Condanna che sarebbe contraria allo spirito della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo ed alla prassi al riguardo costantemente seguita dalla Corte europea di Strasburgo. Inoltre sarebbe eccessiva ed immotivata la liquidazione degli onorari, dei diritti e delle spese operata in favore dell'Avvocatura dello Stato.

3. – I primi tre motivi possono essere esaminati congiuntamente, poiché i temi con essi sollevati sono tra loro strettamente intrecciati.

3.1. – Deve senz'altro convenirsi con il ricorrente che non si possa, in via generale ed assoluta, escludere la fase delle indagini preliminari del processo penale dall'ambito di tutela previsto dall'art. 6, paragrafo 1, della citata Convenzione europea e, nel nostro ordinamento nazionale, dalla legge n. 89 del 2001.

La nozione di causa, o di processo, considerata dalla Convenzione dei Diritti dell'Uomo, cui ha riguardato l'art. 2, comma 1°, della citata legge nazionale, s'identifica, infatti, con qualsiasi procedimento si svolga dinanzi agli organi pubblici di giustizia per l'affermazione o la negazione di una posizione giuridica di diritto o di soggezione facente capo a chi il processo promuova o subisca. Processo, in tal senso, è dunque anche la fase delle indagini che precedono il vero e proprio esercizio dell'azione penale, le quali perciò, ove irragionevolmente si siano protratte nel tempo, ben possono assumere rilievo, ai fini dell'equa riparazione, a partire dal momento in cui sia possibile identificare uno o più soggetti che di quel procedimento siano effettivamente divenuti parte per essere stati informati della pendenza del procedimento medesimo e posti in grado di parteciparvi.

3.2. – Resta però da stabilire chi, nell'ambito di tale fase processuale, possa propriamente considerarsi parte, ai fini che qui interessano, ed in particolare se lo siano il querelante e, più in generale, la persona offesa dal reato.

A tal riguardo conviene premettere che le figure di danneggiato e di persona offesa dal reato spesso – ma non necessariamente – coincidono.

Il danneggiato è colui al quale il reato ha recato un danno risarcibile, anche dal punto di vista civile, e come è tale legittimato a costituirsi parte civile. Se ciò non faccia (o fintantoché non lo faccia) egli è completamente estraneo al processo penale e, quindi, indifferente alla durata di esso.

La persona offesa, cui è esclusivamente e specificamente dedicato il Titolo VI del Libro I del codice di procedura penale, è invece la vittima del reato dal punto di vista penale: ossia il titolare dello specifico interesse di volta in volta tutelato dalla singola norma penale, indipendentemente dalle conseguenze che la violazione di detta norma possano effettivamente avere avuto sulla sfera dei suoi diritti morali o patrimoniali. La persona offesa può anche assumere la veste di querelante, in caso di reati la cui procedibilità sia subordinata appunto alla proposizione della querela. Infatti il diritto di querela contemplato dall'art. 120 c.p. compete, appunto, alla persona offesa e la querela, per i reati che la richiedono, configura una condizione di procedibilità e dunque, secondo autore e dottrina, un presupposto di validità del processo penale.

Ciò premesso, la questione se alla persona offesa – che non si sia costituita parte civile – possa o meno essere riconosciuta la veste di parte nel processo penale deve ricevere risposta negativa. È vero che le disposizioni del codice di procedura penale, ed in specie quelle del citato Titolo VI, attribuiscono alla persona offesa anche un ruolo attivo nel processo penale, al punto che si è parlato di un'accusa privata, in posizione accessoria a quella pubblica e,

per certi aspetti, con funzioni anche di sollecitazione e controllo sull'operato di quest'ultima. Ma resta il fatto che il processo penale, in quanto tale, non è volto ad accertare nessuna posizione di diritto o di soggezione facente capo alla persona offesa, la quale non può dunque essere assimilata ad una delle parti private di cui si occupano altre disposizioni del medesimo codice.

Alle medesime conclusioni (sia pure ad altri fini) sono pervenute anche le Sezioni unite penali di questa corte, con la sentenza 16 dicembre 1998, ric. M. ed altri, affermando appunto che alla persona offesa, la quale non si sia costituita parte civile, non compete la veste di parte, né in fase di indagini preliminari né in fase giudiziale. E ciò in quanto il processo penale è pur sempre di per sé finalizzato unicamente all'esercizio dell'azione penale, di cui è solo titolare il pubblico ministero, onde i poteri e le facoltà che sono autonomamente riconosciuti alla persona offesa sin dalle indagini preliminari si risolvono in una mera anticipazione di quanto ad essa spetterà una volta che, ricorrendone le condizioni, ella abbia formalizzato la costituzione di parte civile. Le garanzie apprestate in favore della persona offesa nella fase delle indagini preliminari – come espressamente riconosciuto anche da Corte cost. 28 dicembre 1990, n. 559 – sono infatti caratterizzate da un rapporto di complementarietà con quelle che le spetteranno, se, essendo anche danneggiata dal reato, essa si costituirà poi parte civile per far valere nell'ambito del processo penale la sola specifica pretesa da essa azionabile dinanzi al giudice.

Detto in altre parole, con terminologia più vicina a quella adoperata dal citato paragrafo 1° dell'art. 6 della Convenzione Europea, per la persona offesa, in quanto tale, il procedimento penale non può essere definito come una «propria causa», in relazione alla quale le possa perciò essere direttamente e personalmente riconosciuto il diritto alla ragionevole durata di tale causa. La persona offesa è, sì, il titolare dell'interesse tutelato dalla norma penale violata, ma la causa penale ha pur sempre unicamente ad oggetto l'accertamento della fondatezza della pretesa punitiva dello Stato, e non di una situazione giuridica che a detta persona offesa faccia capo, attivamente o passivamente (almeno fin quando essa non sia anche danneggiata e non si sia eventualmente costituita in quel processo parte civile, introducendo così una diversa ed ulteriore azione che allora diviene – ma quella soltanto – la «sua causa»).

3.3. – Ad una conclusione diversa si potrebbe pervenire, forse, soltanto qualora la costituzione di parte civile rappresentasse l'unico strumento a disposizione della persona offesa (nonché danneggiata) per far valere in giudizio il proprio diritto al risarcimento. Se così fosse, le indagini preliminari svolte nell'ambito del processo penale assumerebbero il carattere di un vero e proprio presupposto necessario per l'esercizio di quel diritto: come tali, potrebbero allora assumere rilievo al fine di determinare la durata processuale complessivamente occorrente per il concreto soddisfacimento di detta pretesa risarcitoria.

Ma così non è, perché quel presupposto non è affatto necessario, dal momento che il danneggiato ben può azionare autonomamente il proprio diritto in sede civile; e se le eventuali interferenze con il procedimento penale dovessero ritardarne il corso sarebbe pur sempre in relazione a detto processo civile che si configurerebbe un'eventuale lesione del diritto della parte alla ragionevole durata di quel giudizio.

Non coglie dunque nel segno, con riferimento al caso in esame, il rilievo del ricorrente secondo cui la possibilità per il danneggiato dal reato di scegliere la via del risarcimento in sede civile non varrebbe di per sé ad escludere il suo diritto alla ragionevole durata del processo penale, quando essa abbia invece scelto di far valere in esso i propri diritti. Rilievo esatto, ma – per le ragioni già dianzi illustrate – solo a condizione che (ed a partire dal momento in cui) la scelta si sia già concretizzata in un atto di costituzione di parte civile, da cui discenda l'assunzione per il danneggiato della qualità di parte nel processo penale.

3.4. – La risposta non muta per il fatto che la persona offesa abbia assunto anche il ruolo di querelante.

La querela, infatti, rileva unicamente ai fini della possibilità di instaurare un idoneo processo penale, ma non interferisce sull'oggetto di tale processo, che resta focalizzato sul solo accertamento del reato, a prescindere dalle conseguenze che ne siano derivate per il querelante; né attribuisce a costui una posizione nel processo diversa da quella spettante alla persona offesa nei procedimenti ad impulso d'ufficio.

Anche la circostanza che il querelante, in caso di un esito del giudizio penale totalmente favorevole all'imputato, possa essere condannato al pagamento delle spese del procedimento anticipate dallo Stato e dall'imputato medesimo, a norma degli artt. 427 e 542 c.p.p., non dimostra che egli sia parte del procedimento cui quelle spese si riferiscono.

Il fondamento di tale condanna, come emerge chiaramente anche dalle pronunce della Corte Costituzionale n. 180 del 1993 e n. 423 del 1993, non riposa infatti su un principio di soccombenza processuale (che, altrimenti, avrebbe implicato la necessità di legittimare il querelante ad impugnare la pronuncia di proscioglimento anche per il merito, e non solo eventualmente per le spese), bensì nella colpa di detto querelante per avere incautamente cagionato ad altri danni che, con doveroso maggior grado di avvedutezza, avrebbero potuto essere evitati. Anche a tal riguardo, in altri termini, la sua posizione rileva per l'iniziativa di aver proposto la querela e per le conseguenze dannose eventualmente derivatene, non per la partecipazione al procedimento penale e per le attività in esso svolte: prescinde, dunque, da una pretesa (ma inesistente) sua veste di parte in detto procedimento (*omissis*)».

## Legittime le «quote rosa» nella legge elettorale della regione Val d'Aosta

*Corte Costituzionale, sentenza 10 febbraio 2003, n. 49*

*Quadro di riferimento.* Con ricorso notificato il 2 settembre 2002 il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato – in riferimento agli articoli 3, primo comma, e 51, primo comma, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, e – ove la norma non sia ritenuta di carattere meramente propositivo e non cogente – dell'art. 2, comma 1 (nella parte in cui introduce l'art. 3-bis, comma 2, nella legge regionale 12 gennaio 1993, n. 3), della legge della Regione Valle d'Aosta, adottata ai sensi dell'art. 15, secondo comma, dello Statuto speciale, approvata dal Consiglio regionale nella seduta del 25 luglio 2002 con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti e pubblicata nel Bollettino Ufficiale 2 agosto 2002, recante «*Modificazioni alla legge regionale 12 gennaio 1993 n. 3 (Norme per l'elezione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta), già modificata dalle leggi regionali 11 marzo 1993, n. 13 e 1 settembre 1997, n. 31, e alla legge regionale 19 agosto 1998, n. 47 (Salvaguardia delle caratteristiche e tradizioni linguistiche e culturali delle popolazioni walser della valle del Lys)*» (1). Invero, tale testo di legge contiene, nel capo I, varie disposizioni di modificazione della normativa per l'elezione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta dettata dalla legge regionale 12 gennaio 1993, n. 3. In particolare, l'art. 2 inserisce, dopo l'art. 3 della suddetta legge, un art. 3-bis, sotto la rubrica «condizioni di parità fra i sessi», a termini del quale ogni lista di candidati all'elezione del Consiglio regionale deve prevedere la presenza di candidati di entrambi i sessi.

Inoltre, l'art. 7, contenente modificazioni dell'art. 9 della suddetta legge, al comma 1 prevede che vengano dichiarate non valide dall'ufficio elettorale regionale le liste presentate che non corrispondano alle condizioni stabilite, tra le quali quella «che nelle stesse siano presenti candidati di entrambi i sessi».

All'udienza del 28 gennaio 2003, l'Avvocatura Generale dello Stato ha sostenuto che il disposto dell'art. 7, comma 1, della legge impugnata, nella parte in cui prevede detta invalidità, e l'art. 2, comma 1, nella parte in cui, introducendo l'art. 3-bis, comma 2, nel testo della legge regionale n. 3 del 1993, dispone che ogni lista deve prevedere la presenza di candidati di entrambi i sessi – ove questa norma non fosse ritenuta meramente propositiva e priva di valore cogente – sono in contrasto con gli artt. 3, primo comma, e 51, primo comma, della Costituzione, in quanto limitano di fatto il diritto di elettorato passivo.

---

(1) Inoltre, successivamente alla proposizione del ricorso la legge regionale impugnata – una volta decorso il termine per la richiesta di referendum – è stata promulgata e pubblicata come legge regionale 13 novembre 2002, n. 21.

Infatti, secondo l'Avvocatura, si è riproposta la stessa situazione di cui all'art. 5, comma 2, ultimo periodo, della legge 25 marzo 1993, n. 81, sulla elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale, la quale prevedeva che «nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere di norma rappresentato in misura superiore a due terzi». Di tale disposizione già la Corte costituzionale, con la sentenza n. 422 del 1995, aveva dichiarato l'illegittimità per contrasto con gli artt. 3 e 51 della Costituzione, unitamente, per conseguenza, ad altre norme statali e regionali similari (fra le quali anche l'art. 32, commi 3 e 4, della legge regionale della Valle d'Aosta 9 febbraio 1995, n. 4, relativa alla elezione diretta del sindaco, del vice sindaco e del consiglio comunale). Tali considerazioni si ritengono perfettamente pertinenti al caso *de quo*, in quanto nessuna differenza sostanziale può sussistere tra la previsione di una quota di riserva (pari ad una percentuale delle presenze) e la previsione di una presenza minima quale che sia, anche di un solo candidato, di uno dei due sessi nelle liste elettorali.

In particolare il Governo – rappresentato in giudizio dall'Avvocatura Generale dello Stato – ha osservato che l'appartenenza all'uno o all'altro sesso non può mai essere assunta come requisito di eleggibilità, né quindi come requisito di «candidabilità», poiché questa sarebbe presupposto della eleggibilità; e che pertanto contrasta con il principio di eguaglianza nell'accesso alle cariche elettive, sancito dall'art. 3, primo comma, e dall'art. 51, primo comma, della Costituzione, una norma di legge che imponga nella presentazione delle candidature «qualsiasi forma di quote in ragione del sesso dei candidati». Pertanto – ha ribadito il Governo – persino la semplice previsione, come contenuta nella legge impugnata, della necessaria presenza in ogni lista di candidati dei due sessi non si differenzia sostanzialmente, da questo punto di vista, dalla previsione di una «quota» di riserva di candidature all'uno e all'altro sesso.

Si è costituita in giudizio la Regione Valle d'Aosta, chiedendo il rigetto del ricorso governativo in quanto, a seguito delle più recenti norme costituzionali, si è passati dal semplice riconoscimento alle donne dei diritti elettorali attivi e passivi all'affermazione del diritto delle donne ad avere comunque la possibilità di vedere rappresentato il proprio sesso nell'ambito delle competizioni elettorali. Infatti ai sensi del vigente testo dell'art. 117 della Costituzione (come riformato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) le leggi regionali non si devono limitare a riconoscere una eguale possibilità ai due sessi di accedere alle cariche elettive, ma debbono altresì promuovere la parità di accesso, introducendo in conseguenza meccanismi che valgano a controbilanciare lo svantaggio che tuttora caratterizza la posizione delle donne nell'accesso a tali cariche.

Inoltre, in tale occasione, la difesa regionale ha altresì ricordato l'*iter* di approvazione del disegno di legge di modifica dell'art. 51 della Costituzione, il quale prevede che venga aggiunto al medesimo, con previsione di portata generale, il seguente periodo: «a tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini» (2).

---

(2) Tale testo di legge è stato, in prosieguo, approvato definitivamente al Senato il 20 febbraio 2003 e si è tradotto nella Legge Cost. n. 1/2003 (pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 134 del 12 giugno 2003) di modifica dell'art. 51 Cost.

Infine, la legge regionale impugnata – così ha proseguito la difesa regionale – è stata adottata ai sensi dell'art. 15 dello statuto speciale, il cui secondo comma, introdotto dall'art. 2 della legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2, espressamente prevede fra l'altro che, «al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi», la legge regionale, approvata con la maggioranza assoluta dei consiglieri assegnati, che determina la forma di governo della Regione, «promuove condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali» (3).

A parere della difesa regionale, allora, sarebbe la stessa norma di rango costituzionale a prevedere che il legislatore regionale debba adottare una disciplina volta a garantire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi nella competizione elettorale, trattandosi *a fortiori* di norma del tutto coerente anche con la previsione del «nuovo» testo dell'art. 117 della Costituzione. Pertanto, le disposizioni impuginate non sarebbero in contrasto con i principi costituzionali; al contrario, darebbero attuazione alle precise indicazioni di norme costituzionali di recente intervenute.

Di più. Si tratterebbe, infatti, anche di previsioni conformi ai vincoli che derivano da una serie di strumenti di diritto internazionale, cui l'Italia ha aderito, e che ribadiscono l'esigenza di una tutela anche attiva della posizione della donna, in particolare per quanto concerne la rappresentanza elettorale (in questo senso, cfr. la convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, aperta alla firma a New York il 18 dicembre 1979, e ratificata dall'Italia il 10 giugno 1985, ai sensi della legge n. 132 del 14 marzo 1985); nonché di previsioni coerenti alle nuove prospettive emergenti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, il cui art. 23, secondo comma, proclama che «*il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato*».

Da ciò – sempre secondo la difesa regionale – si trarrebbe come ulteriore conseguenza che il quadro di riferimento costituzionale, rispetto al quale vanno collocate le norme regionali all'esame della Corte, non coinciderebbe con quello vigente al momento della famosa sentenza di illegittimità costituzionale n. 422 del 1995, invocata anche dal Governo. D'altro canto è notorio che anche in Francia sia accaduta una vicenda simile di successione nel tempo di parametri costituzionali nella medesima materia.

---

(3) Per la verità, anche il ricorrente ha richiamato bensì la norma, contenuta nell'articolo 15, secondo comma, secondo periodo, dello statuto della Valle d'Aosta (come modificato dall'art. 2 della legge costituzionale n. 2 del 2001), secondo cui, «al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi», la legge che stabilisce le modalità di elezione del Consiglio regionale «promuove condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali», ma ritenendo che si tratti di una «enunciazione programmatica»; sicché la norma di legge regionale, secondo cui ogni lista di candidati all'elezione del Consiglio regionale deve prevedere la presenza di candidati di entrambi i sessi, può ritenersi legittima e conforme allo spirito della disposizione statutaria solo se intesa come «norma meramente propositiva, quasi un auspicio», laddove sarebbe irrimediabilmente illegittima la norma che condiziona a tale presenza la validità delle liste.



La Corte Costituzionale, con decisione n. 49/2003 del 10 febbraio 2003 (dep. 13 febbraio 2003), ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, comma 1, e 7, comma 1, della legge regionale della Val d'Aosta del 13 novembre 2002, n. 21, sollevata in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 5, primo comma, della Costituzione, dal Governo con il ricorso suindicato principalmente in quanto:

le disposizioni contestate non pongono l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito ulteriore di eleggibilità, e nemmeno di «candidabilità» dei singoli cittadini; infatti, l'obbligo imposto dalla legge, nonché la conseguente sanzione di invalidità, concernono solo le liste e i soggetti che le presentano;

la misura prevista dalla legge impugnata non può qualificarsi come una di quelle «misure legislative, volutamente diseguali», che «possono certamente essere adottate per eliminare situazioni di inferiorità sociale ed economica, o, più in generale, per compensare e rimuovere le disuguaglianze materiali tra gli individui», ma che questa Corte ha ritenuto non possano «incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in eguale misura a tutti i cittadini in quanto tali», tra cui, in particolare, il diritto di elettorato passivo (cfr. sentenza n. 422 del 1995). Infatti, non può parlarsi di una incidenza su un ipotetico diritto di aspiranti candidati ad essere inclusi in lista, posto che la formazione delle liste rimane interamente rimessa alle libere scelte dei presentatori e degli stessi candidati in sede di necessaria accettazione della candidatura. Le disposizioni in esame, invece, stabiliscono un vincolo non già all'esercizio del voto o all'esplicazione dei diritti dei cittadini eleggibili, ma soltanto alla formazione delle libere scelte dei partiti e dei gruppi che formano e presentano le liste elettorali, precludendo loro la possibilità di presentare liste formate da candidati tutti dello stesso sesso. Tale vincolo («legale») negativo opera soltanto nella fase anteriore alla vera e propria competizione elettorale, non incidendo su di essa.

Inoltre, la Consulta ha altresì sostenuto che tale vincolo (negativo) alla libertà dei partiti che presentano le liste deve essere valutato oggi anche alla luce di un quadro costituzionale di riferimento che si è evoluto rispetto a quello in vigore all'epoca della pronuncia n. 422/1995 della medesima Corte, invocata dal Governo a sostegno della questione di legittimità costituzionale della normativa impugnata (la Corte, in particolare, ha richiamato *expressis verbis* le leggi costituzionali nn. 2 e 3 del 2001); ha, infine, osservato, che il vincolo imposto non appare nemmeno tale da incidere significativamente sulla realizzazione dell'obiettivo di un riequilibrio nella composizione per sesso della rappresentanza. Infatti esso si esaurisce nell'impedire che, nel momento in cui si esplicano le libere scelte di ciascuno dei partiti e dei gruppi in vista della formazione delle liste, si attui una discriminazione sfavorevole ad uno dei due sessi, attraverso la totale esclusione di candidati ad esso appartenenti. Le «condizioni di parità» fra i sessi, in altri termini, sono qui imposte nella misura minima di una «non discriminazione», ai fini della candidatura, a sfavore dei cittadini di uno dei due sessi.

2. – *La precedente giurisprudenza della Corte Costituzionale.* Anche in passato non sono mancati i tentativi volti a consentire una maggiore presenza delle donne nelle assemblee elettive. Infatti, alcune norme contenute nella legge 25 marzo 1993 n. 81 – relativa all'elezione diretta del Sindaco – introducevano un criterio di proporzione tra i due sessi nella composizione delle liste dei candidati alle elezioni dei consigli comunali, stabilendo che nei comuni con popolazione fino ed oltre i 15.000 abitanti nessuno dei due sessi potesse essere rappresentato in misura superiore ai tre quarti (nel primo caso) ed ai due terzi (nel secondo caso) dei consiglieri assegnati. Inoltre, anche una norma della legge n. 277 del 1993, relativa all'elezione della Camera dei deputati, disponeva che le liste presentate ai fini dell'attribuzione dei seggi in ragione proporzionale, ove recassero più di un nome, fossero formate da candidati e candidate in ordine alternato.

Sull'art. 5, comma 2, ultimo periodo della prima legge, e poi anche sulla norma della seconda, è intervenuta la Corte costituzionale, la quale con decisione n. 422 del 1995 richiamata ha dichiarato la illegittimità costituzionale delle norme succitate perché in contrasto con gli articoli 3 e 51 della Costituzione (il cd. principio di eguaglianza formale e sostanziale).

In particolare, la Corte Costituzionale – che, pure, nella medesima sentenza ribadiva il giudizio positivo per le misure volte a promuovere l'uguaglianza dei punti di partenza (4) – ha giudicato le norme sottoposte al suo giudizio non coerenti con il secondo comma dell'art. 3 Cost., in quanto tali norme «non si propongono di rimuovere gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati *risultati*, bensì di attribuire loro direttamente quei *risultati*»; pertanto, la disparità di condizioni – secondo la Corte – non viene rimossa ma costituisce solo «il motivo che legittima una tutela preferenziale in base al sesso»; tuttavia – prosegue la Corte – misure legislative «volutamente disuguali» non possono incidere sul contenuto dei diritti fondamentali (quale il diritto di elettorato, attivo e passivo).

3. – *La giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità. Osservazioni conclusive.* Ragionamento analogo si ritrova in una significativa decisione della Corte di Giustizia comunitaria – del 17 ottobre 1995 – riguardante una legge del Land di Brema relativa all'uguaglianza fra uomini e donne nei servizi pubblici.

---

(4) In realtà, già nella sentenza n. 109 del 1993 la Corte Costituzionale manifestava un grande favore per le cd. azioni positive. Invero, esaminando la legge n. 215/1992 a sostegno dell'imprenditoria femminile, ne giustificava gli interventi in quanto «diretti a colmare, o comunque ad attenuare un evidente squilibrio a sfavore delle donne, che, a causa di discriminazioni accumulate nel corso della storia passata per il dominio di determinati comportamenti sociali o modelli culturali, ha portato a favorire le persone di sesso maschile nell'occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente d'azienda. Gli interventi di *favore* previsti dalla legge, che rispondono al dovere di rimuovere gli ostacoli assegnato alla Repubblica dall'art. 3, comma 2, della Cost., sono legittimi in quanto diretti ad agevolare l'imprenditoria femminile, a promuovere la formazione e qualificare la professionalità, e, dunque, ad introdurre le misure necessarie per un'effettiva uguaglianza di *chances*».

In tale circostanza, la Corte ha esaminato se la norma per la quale – a parità di condizioni – le donne beneficiano *automaticamente* della priorità (il che comporta una discriminazione fondata sul sesso) possa giustificarsi in base all'art. 2, par. 4 della Direttiva che consente «misure, apparentemente discriminatorie, quando dirette a promuovere l'uguaglianza di possibilità, di *chances*, tra uomini e donne». La conclusione della Corte di Giustizia rispetto al caso prospettato è stata negativa: infatti, una disciplina statale che garantisca la priorità assoluta, incondizionata, alle donne in occasione di una nomina o promozione va al di là della promozione dell'uguaglianza di *chances*, in quanto sostituisce alla promozione dell'uguaglianza di opportunità, il *risultato* al quale l'applicazione di quell'uguaglianza di *chances* potrebbe condurre.

Il fulcro dell'*iter* argomentativo seguito sia dalla giurisprudenza costituzionale (recente o meno) sia dalla giurisprudenza comunitaria al fine di fondare le proprie decisioni in materia di previsione di quote per le donne è, dunque, imperniato sulla profonda differenza tra misure dirette a promuovere l'uguaglianza di *chances* o opportunità (le cd. norme antidiscriminatorie) e misure rivolte a raggiungere direttamente il risultato. Mentre le prime sono sempre consentite, le seconde sono addirittura vietate (5).

Ad onore del vero, nel tempo tutte queste argomentazioni sono divenute sempre meno consistenti alla luce dell'approvazione, in Europa, della *Carta dei diritti fondamentali*, la quale non soltanto legittima le misure di parità, ma anche le cd. azioni positive forti (cioè quelle misure e norme dirette a favorire le donne attribuendo vantaggi speciali e diversi).

Invero, dopo avere affermato, al primo comma, che la parità tra uomini e donne «deve essere assicurata in tutti i campi», l'art. 23, al secondo comma, precisa: «*Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato*».

Benché è indubbio che la Carta di Nizza del 6 dicembre 2000 non abbia valore giuridicamente vincolante, ciononostante è opinione concorde in dottrina (6) che essa eserciti una sicura influenza sull'interpretazione di tutte le norme interne e dei principi costituzionali.

4. – *Prospettive future*. Come anticipato (7), è stata di recente approvata – a larga maggioranza – una nuova modifica costituzionale. Si tratta di una integrazione all'art. 51, che adesso, nel suo primo comma, recita così: «*Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici*

(5) Per la distinzione tra norme antidiscriminatorie ed azioni positive, tra misure che assicurano la parità dei punti di partenza e misure che garantiscono eguaglianza di risultati, cfr. il *Parere sulla legittimità costituzionale della legge elettorale della Provincia autonoma di Bolzano* di LORENZA CARLASSARE in *Riforme e vita quotidiana, Regioni: quali statuti e quali leggi elettorali*, 75 ss. (edito dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Commissione Nazionale per la Parità e le Pari Opportunità tra Uomo e Donna).

(6) Per tutti, A. LOIODICE, A. RUGGERI, G. F. FERRARI, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, a cura di G. F. FERRARI, Milano, 2001.

(7) Cfr. par. 1, nota 2).

e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini». È questa una modifica-integrazione della Costituzione, predisposta al fine di dare copertura costituzionale a tutte quelle future norme elettorali nelle quali venissero garantite, in modo eguale a entrambi i sessi, condizioni pari di accesso alle cariche elettive, vale a dire un'eguaglianza nei «punti di partenza». In tal modo, le future norme non sarebbero assimilabili alle «azioni positive» (cioè norme dirette a favorire le donne attribuendo ad esse vantaggi speciali e diversi), piuttosto sarebbero norme con funzione antidiscriminatoria, miranti cioè a regolare in modo eguale la posizione di donne e uomini. Quindi: norme dirette a promuovere l'eguaglianza di *chances* e non misure rivolte a raggiungere direttamente il risultato (come, per esempio, garantire dei seggi parlamentari direttamente alle donne).

Probabilmente la prima riforma legislativa da realizzare è quella sulla legge elettorale per il Parlamento europeo (in quanto prevede un sistema proporzionale «puro» basato su liste di partito e voto di preferenza).

*Dott.ssa Ilaria Sanasi*

**Corte Costituzionale, sentenza 10 febbraio 2003, n. 49** – Pres. Chieppa – Rel. Onida – Ricorrente: Presidente del Consiglio dei Ministri (Avv. dello Stato O. Fiumara) c/Regione Val d'Aosta.

*La Corte Costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 2, comma 1, e 7, comma 1, della legge regionale della Valle d'Aosta 13 novembre 2002, n. 21, recante «Modificazioni alla legge regionale 12 gennaio 1993, n. 3 (Norme per l'elezione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta), già modificata dalle leggi regionali 11 marzo 1993, n. 13 e 1 settembre 1997, n. 31, e alla legge regionale 19 agosto 1998, n. 47 (Salvaguardia delle caratteristiche e tradizioni linguistiche e culturali delle popolazioni walser della valle del Lys)», sollevata, in riferimento agli articoli 3, primo comma, e 51, primo comma, della Costituzione, dal Governo con il ricorso in via principale n. 53/2002, in quanto le disposizioni impugnate della legge elettorale della Valle d'Aosta introducono un vincolo «legale» rispetto alle scelte di chi forma e presenta le liste.*

«(Omissis) Considerato in diritto 1. – Il Governo, con ricorso proposto ai sensi dell'articolo 15, terzo comma, dello statuto speciale per la Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, come modificato dall'art. 2 della legge costituzionale n. 2 del 2001, ha promosso questione di legittimità costituzionale degli articoli 2, comma 2, e 7, comma 1, della legge regionale della Valle d'Aosta recante «Modificazioni alla legge regionale 12 gennaio 1993, n. 3 (Norme per l'elezione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta), già modificata dalle leggi regionali 11 marzo 1993, n. 13 e 1 settembre 1997, n. 31, e alla legge regionale 19 agosto 1998, n. 47 (Salvaguardia delle caratteristiche e tradizioni linguistiche e culturali delle popolazioni walser della valle del Lys)», approvata dal Consiglio regionale a maggioranza di due terzi dei componenti il 25 luglio 2002, e pubblicata per notizia nel Bollettino Ufficiale della Regione del 2 agosto 2002. Successivamente alla proposizione del ricorso la legge regionale impugnata – una volta decorso il termine per la richiesta di referendum – è stata promulgata e pubblicata come legge regionale 13 novembre 2002, n. 21.

Le disposizioni impugnate, rispettivamente, inseriscono l'art. 3-*bis* e sostituiscono l'art. 9, comma 1, lettera a, nella legge regionale 12 gennaio 1993, n. 3 (Norme per l'elezione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta).

Precisamente, il nuovo art. 3-*bis* della legge sull'elezione del Consiglio, inserito dall'art. 2 della legge impugnata, stabilisce, al comma 2, che le liste elettorali devono compren-

dere «candidati di entrambi i sessi»; a sua volta il nuovo art. 9, comma 1, lettera a della legge elettorale, sostituito dall'art. 7, comma 1, della legge impugnata, prevede che vengano dichiarate non valide dall'ufficio elettorale regionale le liste presentate che non corrispondano alle condizioni stabilite, fra cui quella «che nelle stesse siano presenti candidati di entrambi i sessi».

Tali disposizioni sono censurate dal ricorrente per contrasto con gli articoli 3, primo comma, e 51, primo comma, della Costituzione.

Sostiene il Governo che le predette disposizioni – l'art. 7 in quanto espressamente condiziona la validità delle liste alla presenza di candidati di entrambi i sessi, l'art. 2 in quanto venga interpretato non come semplice indicazione programmatica, ma come disposizione vincolante in sede di controllo della validità delle liste presentate – limitano di fatto il diritto di elettorato passivo. Richiamandosi alla sentenza di questa Corte n. 422 del 1995 (che dichiarò l'illegittimità costituzionale di diverse disposizioni di legge prevedenti l'obbligo di riservare a candidati di ciascuno dei due sessi quote minime di posti nelle liste per le elezioni delle Camere e dei Consigli regionali e comunali), il Governo osserva che l'appartenenza all'uno o all'altro sesso non può mai essere assunta come requisito di eleggibilità, né quindi come requisito di «candidabilità», poiché questa sarebbe presupposto della eleggibilità; e che pertanto contrasterebbe con il principio di eguaglianza nell'accesso alle cariche elettive, sancito dall'art. 3, primo comma, e dall'art. 51, primo comma, della Costituzione, una norma di legge che imponga nella presentazione delle candidature «qualsiasi forma di quote in ragione del sesso dei candidati». Ad avviso del ricorrente, anche la semplice previsione – come contenuta nella legge impugnata – della necessaria presenza in ogni lista di candidati dei due sessi non si differenzerebbe sostanzialmente, da questo punto di vista, dalla previsione di una «quota» di riserva di candidature all'uno e all'altro sesso.

Il ricorrente richiama bensì la norma, contenuta nell'articolo 15, secondo comma, secondo periodo, dello statuto della Valle d'Aosta (come modificato dall'art. 2 della legge costituzionale n. 2 del 2001), secondo cui, «al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi», la legge che stabilisce le modalità di elezione del Consiglio regionale «promuove condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali»: ma ritiene che si tratti di una «enunciazione programmatica», onde la norma di legge regionale, secondo cui ogni lista di candidati all'elezione del Consiglio regionale deve prevedere la presenza di candidati di entrambi i sessi, potrebbe ritenersi legittima e conforme allo spirito della disposizione statutaria solo se intesa come «norma meramente propositiva, quasi un auspicio»; mentre sarebbe irrimediabilmente illegittima la norma che condiziona a tale presenza la validità delle liste.

2. – Deve essere, anzitutto, dichiarato inammissibile l'intervento spiegato in giudizio dalle Consulte femminili della Campania e della Valle d'Aosta: nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non è prevista la possibilità di intervento di soggetti diversi dal titolare delle competenze legislative in contestazione o con queste comunque connesse (cfr. sentenze n. 353 del 2001 e n. 533 del 2002).

3. – La questione è infondata.

3.1. – In primo luogo, deve osservarsi che le disposizioni contestate non pongono l'appartenenza all'uno o all'altro sesso come requisito ulteriore di eleggibilità, e nemmeno di «candidabilità» dei singoli cittadini. L'obbligo imposto dalla legge, e la conseguente sanzione di invalidità, concernono solo le liste e i soggetti che le presentano.

In secondo luogo, la misura prevista dalla legge impugnata non può qualificarsi come una di quelle «misure legislative, volutamente diseguali», che «possono certamente essere adottate per eliminare situazioni di inferiorità sociale ed economica, o, più in generale, per compensare e rimuovere le disuguaglianze materiali tra gli individui (quale presupposto del pieno esercizio dei diritti fondamentali)», ma che questa Corte ha ritenuto non possano «incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in egual misura a tutti i cittadini in quanto tali», tra cui, in particolare, il diritto di elettorato passivo (sentenza n. 422 del 1995).

Non è qui prevista, infatti, alcuna misura di «disuguaglianza» allo scopo di favorire individui appartenenti a gruppi svantaggiati, o di «compensare» tali svantaggi attraverso vantaggi legislativamente attribuiti.

Non vi è, insomma, nessuna incidenza diretta sul contenuto dei diritti fondamentali dei cittadini, dell'uno o dell'altro sesso, tutti egualmente eleggibili sulla base dei soli ed eguali requisiti prescritti.

Nemmeno potrebbe parlarsi di una incidenza su un ipotetico diritto di aspiranti candidati ad essere inclusi in lista, posto che la formazione delle liste rimane interamente rimessa alle libere scelte dei presentatori e degli stessi candidati in sede di necessaria accettazione della candidatura (cfr. sentenza n. 203 del 1975). Non si realizza, in tale sede, alcun metodo «concorrenziale» in relazione al quale un soggetto non incluso nelle liste possa vantare una posizione giuridica di priorità ingiustamente sacrificata a favore di un altro soggetto in essa incluso.

In altri termini, le disposizioni in esame stabiliscono un vincolo non già all'esercizio del voto o all'esplicazione dei diritti dei cittadini eleggibili, ma alla formazione delle libere scelte dei partiti e dei gruppi che formano e presentano le liste elettorali, precludendo loro (solo) la possibilità di presentare liste formate da candidati tutti dello stesso sesso.

Tale vincolo negativo opera soltanto nella fase anteriore alla vera e propria competizione elettorale, e non incide su di essa. La scelta degli elettori tra le liste e fra i candidati, e l'elezione di questi, non sono in alcun modo condizionate dal sesso dei candidati: tanto meno in quanto, nel caso di specie, l'elettore può esprimere voti di preferenza, e l'ordine di elezione dei candidati di una stessa lista è determinato dal numero di voti di preferenza da ciascuno ottenuti (cfr. articoli 34 e 51 della legge regionale n. 3 del 1993). A sua volta, la parità di *chances* fra le liste e fra i candidati della stessa lista non subisce alcuna menomazione.

3.2. – Non può, d'altronde, dirsi che la disciplina così imposta non rispetti la parità dei sessi, cioè introduca differenziazioni in relazione al sesso dei candidati o degli aspiranti alla candidatura: sia perché la legge fa riferimento indifferentemente a candidati «di entrambi i sessi», sia perché da essa non discende alcun trattamento diverso di un candidato rispetto all'altro in ragione del sesso.

3.3. – Neppure, infine, è intaccato il carattere unitario della rappresentanza elettiva che si esprime nel Consiglio regionale, non costituendosi alcuna relazione giuridicamente rilevante fra gli elettori, dell'uno e dell'altro sesso e gli eletti dello stesso sesso.

4. – Il vincolo che la normativa impugnata introduce alla libertà dei partiti e dei gruppi che presentano le liste deve essere valutato oggi anche alla luce di un quadro costituzionale di riferimento che si è evoluto rispetto a quello in vigore all'epoca della pronuncia di questa Corte invocata dal ricorrente a sostegno dell'odierna questione di legittimità costituzionale.

La legge costituzionale n. 2 del 2001, integrando gli statuti delle Regioni ad autonomia differenziata, ha espressamente attribuito alle leggi elettorali delle Regioni il compito di promuovere «condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali», e ciò proprio «al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi» (art. 15, secondo comma, secondo periodo, statuto Valle d'Aosta; e nello stesso senso, anche testualmente, art. 3, primo comma, secondo periodo, statuto speciale per la Sicilia, modificato dall'art. 1 della legge costituzionale n. 2 del 2001; art. 15, secondo comma, secondo periodo, statuto speciale per la Sardegna, modificato dall'art. 3 della legge costituzionale n. 2 del 2001; art. 47, secondo comma, secondo periodo, statuto speciale per il Trentino-Alto Adige/Südtirol, modificato dall'art. 4 della legge costituzionale n. 2 del 2001; art. 12, secondo comma, secondo periodo, statuto speciale per il Friuli-Venezia Giulia, modificato dall'art. 5 della legge costituzionale n. 2 del 2001).

Le nuove disposizioni costituzionali (cui si aggiunge l'analoga, anche se non identica, previsione del nuovo art. 117, settimo comma, della Costituzione, come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001) pongono dunque esplicitamente l'obiettivo del riequilibrio e stabiliscono come doverosa l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni, riferendoli specificamente alla legislazione elettorale.

Questa Corte ha riconosciuto che la finalità di conseguire una «parità effettiva» (sentenza n. 422 del 1995) fra uomini e donne anche nell'accesso alla rappresentanza elettiva è positivamente apprezzabile dal punto di vista costituzionale. Si tratta, invero, di una finalità – che trova larghi riconoscimenti e realizzazioni in molti ordinamenti democratici, e anche negli indirizzi espressi dagli organi dell'Unione europea – collegata alla constatazione, storicamente incontrovertibile, di uno squilibrio di fatto tuttora esistente nella presenza dei due sessi nelle assemblee rappresentative, a sfavore delle donne. Squilibrio riconducibile sia al permanere degli effetti storici del periodo nel quale alle donne erano negati o limitati i diritti politici, sia al permanere, tuttora, di ben noti ostacoli di ordine economico, sociale e di costume suscettibili di impedirne una effettiva partecipazione all'organizzazione politica del Paese.

Un aspetto, se non decisivo, certo assai influente del fenomeno è costituito dai comportamenti di fatto prevalenti nell'ambito dei partiti e dei gruppi politici che operano per organizzare la partecipazione politica dei cittadini, anche e principalmente attraverso la selezione e la indicazione dei candidati per le cariche elettive. Così che, già in passato, la Corte ha espresso una valutazione positiva di misure – tendenti ad assicurare «l'effettiva presenza paritaria delle donne (...) nelle cariche rappresentative» – «liberamente adottate da partiti politici, associazioni o gruppi che partecipano alle elezioni, anche con apposite previsioni dei rispettivi statuti o regolamenti concernenti la presentazione delle candidature» (sentenza n. 422 del 1995), sul modello di iniziative diffuse in altri paesi europei.

Le disposizioni impugnate della legge elettorale della Valle d'Aosta operano su questo terreno, introducendo un vincolo legale rispetto alle scelte di chi forma e presenta le liste. Quello che, insomma, già si auspicava potesse avvenire attraverso scelte statutarie o regolamentari dei partiti (i quali però, finora, in genere non hanno mostrato grande propensione a tradurle spontaneamente in atto con regole di autodisciplina previste ed effettivamente seguite) è qui perseguito come effetto di un vincolo di legge. Un vincolo che si giustifica pienamente alla luce della finalità promozionale oggi espressamente prevista dalla norma statutaria.

4.1. – Deve peraltro osservarsi che, nella specie, il vincolo imposto, per la sua portata oggettiva, non appare nemmeno tale da incidere propriamente, in modo significativo, sulla realizzazione dell'obiettivo di un riequilibrio nella composizione per sesso della rappresentanza. Infatti esso si esaurisce nell'impedire che, nel momento in cui si esplicano le libere scelte di ciascuno dei partiti e dei gruppi in vista della formazione delle liste, si attui una discriminazione sfavorevole ad uno dei due sessi, attraverso la totale esclusione di candidati ad esso appartenenti. Le «condizioni di parità» fra i sessi, che la norma costituzionale richiede di promuovere, sono qui imposte nella misura minima di una non discriminazione, ai fini della candidatura, a sfavore dei cittadini di uno dei due sessi.

5. – In definitiva – ribadito che il vincolo resta limitato al momento della formazione delle liste, e non incide in alcun modo sui diritti dei cittadini, sulla libertà di voto degli elettori e sulla parità di *chances* delle liste e dei candidati e delle candidate nella competizione elettorale, né sul carattere unitario della rappresentanza elettiva – la misura disposta può senz'altro ritenersi una legittima espressione sul piano legislativo dell'intento di realizzare la finalità promozionale espressamente sancita dallo statuto speciale in vista dell'obiettivo di equilibrio della rappresentanza (*Omissis*).

## **Incidente di costituzionalità e giurisdizione in sede di giudizio cautelare amministrativo. Un dialogo difficile tra complessità ed incomprensioni**

*Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 27 febbraio-6 maggio 2003 n. 6889*

È nota la tendenza delle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione a trasformare i motivi di giurisdizione, che sorreggono il regolamento preventivo di giurisdizione ovvero lo specifico rimedio previsto dall'articolo 360 n. 1 c.p.c. (o dell'art. 111 della Costituzione), in semplici *errores in procedendo*, non sindacabili in sede di regolazione della giurisdizione. La mancanza di potere giurisdizionale si trasforma per questa via in un cattivo uso del potere giurisdizionale, in quanto tale non denunciabile come motivo di violazione del riparto di giurisdizione.

Il problema si pone, tuttavia, allorché la cognizione del giudice amministrativo interferisce con altri procedimenti giurisdizionali ovvero con il merito (nel senso dell'opportunità) amministrativo, riservato di norma all'esclusiva disponibilità dell'amministrazione attiva.

La Corte di Cassazione a Sezione Unite ha ritenuto tale interferenza ed ha ammesso il giudizio sulla giurisdizione in occasione del tentativo di far valere con il giudizio di ottemperanza una decisione su ricorso straordinario al capo dello Stato (Cass., Sez. Unite n. 16270 del 19 novembre 2002), ma lo ha escluso nei casi in cui il giudice amministrativo assuma in sede di legittimità statuizioni «estese anche al merito» (Cass., Sez. Unite, n. 15978 del 18 dicembre 2001).

Questa volta è toccato al giudizio di costituzionalità delle leggi, nei cui confronti finiscono per prevalere esigenze specifiche della fase cautelare del giudizio amministrativo.

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 27 febbraio-6 maggio 2003 n. 6889** – Pres. V. Carbone – Rel. S. Evangelista – P.G. A. Martone – Consiglio di Presidenza per la Giustizia Amministrativa c/P.T. (cont. 47050/01, Avv. dello Stato I.F.Caramazza).

*Ancorché sia insorta questione incidentale di legittimità costituzionale, il ricorso per motivi di giurisdizione avverso decisione conclusiva di procedimento cautelare incidentale è inammissibile qualora la questione di giurisdizione venga riferita inequivocabilmente al solo procedimento cautelare e per ragioni che ad esso attengono in via esclusiva.*

«(omissis) Ritenuto in fatto – Con ricorso notificato il 6 dicembre 2000, il consigliere di Stato P.T. chiedeva che il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia annullasse, previa sospensione in via cautelare, la delibera del Consiglio di presidenza della Giustizia Amministrativa del 30 marzo 2000, dichiarativa dell'inammissibilità dell'istanza da lui presentata per ottenere il trasferimento presso il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna.

Il giudice adito, con ordinanza 22 marzo 2001, n. 127, rimetteva alla Corte costituzionale la questione di legittimità degli articoli 14 e 15 della legge 27 aprile 1982, n. 186, nella parte in cui precludono al magistrato amministrativo con funzioni di consigliere di Stato di essere assegnato a funzioni di merito. Sospendeva quindi il giudizio senza provvedere sull'istanza cautelare.

Il provvedimento di sospensione era impugnato davanti al Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, il quale, con ordinanza 13 giugno 2001, n. 458, interpretandolo come una pronuncia di diniego dell'istanza cautelare e ritenendolo illegittimo



sull'assunto che la pregiudiziale costituzionale e la conseguente sospensione del giudizio pregiudicato non escludono il potere – dovere del giudice di provvedere in sede cautelare, rimettendo alla successiva fase di merito la valutazione degli effetti della decisione resa dal giudice delle leggi, accordava la cautela richiesta.

Il Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa proponeva, quindi, ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, sostenendo che la sospensione del processo davanti al giudice di primo grado, derivante da incidente di costituzionalità da questi proposto in sede di esame dell'istanza cautelare, determina un temporaneo difetto assoluto di giurisdizione, così precludendo al giudice del grado superiore, eventualmente richiesto della rinnovazione dell'esame suddetto, di provvedere al riguardo.

L'intimato non si costituiva nel susseguente giudizio davanti a questa Corte.

Il Procuratore generale concludeva nel senso dell'inammissibilità del ricorso.

*Considerato in diritto* – Ai fini dello scrutinio di ammissibilità del ricorso, la Corte osserva che esso, come riferito in narrativa, è stato proposto con precipuo riferimento alla fase cautelare del giudizio pendente davanti al giudice amministrativo.

Al riguardo si impone un primo rilievo, in quanto, pur non potendosi dubitare che quelle di Consigliere di Stato e di Consigliere di Tribunale amministrativo regionale siano, alla stregua dell'art. 14 della legge 27 aprile 1982, n. 186, ed in coerenza con gli assetti delineati dagli articoli 100, 103 e 125 della Costituzione, due qualifiche diverse e distinte – salvo quanto disposto dall'art. 13 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, ove ritenuto ancora integralmente vigente a seguito dell'entrata in vigore del citato art. 14 della legge n. 186 del 1982 –, nel caso di specie deve tuttavia ritenersi precluso a queste Sezioni unite, per le ragioni di cui appresso, l'esame della prospettata questione di giurisdizione.

La riforma dei procedimenti cautelari, attuata con la legge 26 novembre 1990, n. 353, ha determinato il definitivo abbandono dell'orientamento giurisprudenziale che consentiva l'esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nell'ambito dei procedimenti stessi.

A seguito della sentenza delle Sezioni unite 22 marzo 1996 n. 2465, costituisce ormai *jus receptum* che, essendo, a norma dell'art. 669 *terdecies* cod. proc. civ., nel testo risultante della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 1994, ammesso, anche per motivi attinenti alla giurisdizione, il reclamo al giudice processualmente sovordinato avverso i provvedimenti di accoglimento o di rigetto della misura cautelare, ne consegue l'esclusione, rispetto ai medesimi, del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, sia perché trattasi di provvedimenti di natura provvisoria e strumentale contro i quali, non essendo consentito il ricorso *ex art.* 111 Cost., non può neppure ammettersi quello per regolamento, non potendo logicamente ritenersi che il giudice di legittimità possa per tal via risolvere la stessa questione di giurisdizione della quale non può essere investito a norma del citato art. 111 Cost; sia perché la definizione del relativo procedimento nei tempi brevi fissati dall'art. 739 cod. proc. civ. fa venir meno l'esigenza di una pronta decisione sulla questione della giurisdizione al di fuori di tale procedimento.

Argomentandosi, poi, l'inammissibilità del regolamento anche dalla natura provvisoria e strumentale del provvedimento conclusivo della fase cautelare, se ne è altresì dedotta la sua estensione dal provvedimento reclamabile a quello reso sul reclamo, con orientamento anch'esso ormai consolidato (v., da ultima e per tutte, Cass., sez. unite, 15 marzo 2002, n. 3878).

Peraltro, il descritto corso della giurisprudenza si è formato con riguardo precipuo al procedimento cautelare instaurato *ante causam*, mentre più complessi problemi sorgono allorché l'istanza di regolamento preventivo prenda bensì occasione dallo svolgimento del procedimento cautelare, ma questo si atteggi come una fase incidentale del già pendente giudizio di merito.

In tali casi, invero, il rapporto di strumentalità che lega merito e cautela pone il problema se l'inammissibilità del regolamento possa desumersi puramente e semplicemente dall'occasione suddetta o se, invece, quest'ultima, rilevando soltanto come momento di insorgenza della questione, non ne escluda la riferibilità immediata e diretta al giudizio di merito, con conseguente cessazione delle ragioni ostative del regolamento stesso.

La seconda alternativa, in effetti, è quella sottesa al fermo orientamento giurisprudenziale (v., da ultima a per tutte, Cass., sez. un., 26 giugno 2002, n. 9332) per cui, essendo il regolamento di giurisdizione proponibile finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado, se ne desume la persistente ammissibilità anche qualora il giudice adito si sia pronunciato sull'istanza cautelare, atteso che il provvedimento reso sulla richiesta di tutela d'urgenza non costituisce, per la sua efficacia provvisoria, sentenza agli effetti suddetti.

In effetti, il principio secondo il quale, atteso il rapporto di strumentalità esistente tra il provvedimento cautelare a quello, successivo, di merito, non è possibile contestare la giurisdizione in relazione al primo e riconoscerla per il secondo, ha la sua radice nella identità della posizione soggettiva che forma oggetto della tutela cautelare e di quella che si invoca in via definitiva: è evidente che, se la giurisdizione deve determinarsi con riferimento all'identica posizione soggettiva dedotta, essa non potrebbe (con riguardo a due momenti dello stesso processo) ricevere tutela da parte di giudici appartenenti a ordini diversi.

Può, quindi, concludersi osservando che la pendenza del giudizio di merito impedisce, di norma, la declaratoria di inammissibilità del regolamento preventivo proposto nel corso dell'incidente cautelare.

Possono nondimeno ricorrere situazioni eccezionali al cui cospetto l'incidente stesso costituisce non la semplice occasione, ma la causa di una questione, rispetto alla quale cessi di rilevare il normale nesso di strumentalità di cui si è fatto cenno.

Un'eccezione siffatta può verificarsi (cfr. Cass., sez. un., 26 gennaio 1988, n. 634) allorché la questione di giurisdizione – pur prospettata nei consueti termini di invasione della sfera riservata all'azione della pubblica amministrazione o di esercizio di un potere giurisdizionale di cui quel giudice, ovvero qualsiasi altro giudice, sia del tutto sfornito – venga riferita inequivocabilmente al solo procedimento cautelare e per ragioni che ad esso attengono in via esclusiva, senza che sia posta in discussione la giurisdizione relativamente al procedimento principale in corso.

In questa ipotesi l'istanza di regolamento non tende a fare accertare se ed a quale giudice appartenga la giurisdizione sul procedimento principale (e solo di riflesso sul procedimento incidentale), né, ai suoi fini, viene in rilievo l'identificazione della posizione soggettiva che possa riconoscersi in capo al privato di fronte al potere esercitato dall'Amministrazione.

È, invece, sollecitato l'accertamento se il provvedimento sia viziato per difetto del potere giurisdizionale al riguardo, così ponendosi una questione che attiene non all'intero procedimento, nel quale sia innesta quello incidentale, ma limitatamente a quest'ultimo e con riguardo ai motivi dedotti, senza pregiudizio di altra e diversa questione di giurisdizione eventualmente proponibile in relazione alla natura della posizione soggettiva dedotta nella causa principale ed estensibile al procedimento cautelare atteso il vincolo di strumentalità che lo lega alla decisione definitiva.

Ma una questione di giurisdizione così prospettata ossia in termini di esclusiva riferibilità al procedimento incidentale, sortisce l'effetto di una sostanziale equiparazione, ai fini dello scrutinio di ammissibilità dell'istanza di regolamento, di questo procedimento a quello introdotto *ante causam*, non essendo utilizzabile in nessuno dei due casi l'efficacia legittimamente alla proposizione del regolamento che è propria della pendenza del giudizio di merito e venendo, per contro, in rilievo in entrambi i casi le già esposte ragioni ostative dell'ammissibilità che si ricollegano alla struttura del procedimento cautelare ed alla natura del suo provvedimento conclusivo.

In buona sostanza, una volta stabilito che la proposizione del regolamento non può essere legittimata dalla pendenza del giudizio di merito, riprendono vigore le sopra descritte preclusioni nascenti dalle peculiarità del procedimento cautelare: ciò che la giurisdizione non ha tardato a riconoscere allorché ha affermato che esse operano anche con riguardo al procedimento cautelare instaurato in pendenza del processo di merito, o contestualmente a questo (Cass., sez. un. 10 aprile 1997, n. 3125), osservando che anche in tal caso sussistono identiche ragioni ostative, individuate, con la sentenza appena richiamata, nell'immediata reclamabilità del provvedimento cautelare, ai sensi dell'art. 669 *terdecies* cod. proc. civ.; mentre qui può aggiungersi il richiamo alle, ugualmente riferite, ragioni ostative dell'istanza di regolamento rispetto al provvedimento cautelare reso in sede di reclamo.

Questa situazione si presenta nel caso in esame in cui il ricorrente non disconosce il potere del giudice amministrativo di emettere il provvedimento definitivo di annullamento dell'atto impugnato in relazione all'interesse del quale la parte istante ha invocato la tutela (che, perciò, non forma oggetto del presente regolamento e della decisione che questa Corte è chiamata ad emettere), ma deduce che, in ordine al provvedimento cautelare, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia era del tutto privo di potere giurisdizionale, a causa della sospensione disposta dal giudice di primo grado come conseguenza del sollevato incidente di costituzionalità.

In tale situazione, deve, dunque, provvedersi alla declaratoria di inammissibilità del ricorso.

La mancata costituzione dell'intimato esclude la condanna del ricorrente al rimborso di spese processuali.

*P.Q.M.*: La Corte dichiara l'inammissibilità dell'istanza di regolamento. Nulla per le spese (*omissis*)».

Si pubblicano qui di seguito il ricorso per regolamento di giurisdizione e la memoria dell'Avvocatura, contenenti argomenti ai quali non sembra che la Suprema Corte abbia dato soddisfacente risposta.

**Avvocatura generale dello Stato – Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite – Ricorso per regolamento di giurisdizione** per il Consiglio di Presidenza per la Giustizia Amministrativa (cs. 13105/01, Avv. dello Stato I.F. Caramazza) c/ P.T. (Avv. G. Pitruzzella).

«*FATTO* – Con ricorso notificato il 6 dicembre 2000 il consigliere di Stato P.T. impugnava davanti al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia la delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa del 30 marzo 2000 con la quale era dichiarata inammissibile l'istanza da lui presentata per ottenere il trasferimento al Tribunale Amministrativo per la Sardegna, dove attualmente risiede.

Il provvedimento era stato emesso sul rilievo che nell'attuale assetto del ruolo della magistratura amministrativa, rigidamente diviso per qualifiche, risulta impossibile applicare analogicamente quelle norme che, nell'ordinamento giudiziario, consentono invece al magistrato ordinario, già investito di funzioni di legittimità, di tornare ad espletare funzioni di merito.

Il T.A.R. Sicilia, sez. I di Palermo, con ordinanza n. 127 del 18 gennaio – 22 marzo 2001 sospendeva il giudizio cautelare e rimetteva alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità del combinato disposto dagli articoli 14 e 15 della legge 27 aprile 1982 n. 186, senza pronunciarsi sull'istanza di sospensione.

Con l'ordinanza impugnata il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, investito in appello dal cons. T., ha preliminarmente rilevato come l'omessa pronuncia sulla richiesta cautelare da parte del Giudice di primo grado si risolveva sostanzialmente in un diniego di tutela cautelare; ravvisava, quindi, nella fattispecie il pregiudizio grave per il ricorrente e sospendeva gli effetti del provvedimento impugnato, lasciando ferma la sospensione del giudizio a seguito della disposta remissione degli atti alla Corte Costituzionale ed ordinando al Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa di riesaminare la domanda di trasferimento dell'appellante.

Tanto ritenuto in fatto, il Consiglio in epigrafe ricorre a codesta Suprema Corte per il seguente unico motivo di

*DIRITTO* – *Difetto assoluto (ancorché temporaneo) di giurisdizione* – Sono note le molte delicate questioni che involge il problema dell'incidente di costituzionalità in fase cautelare.

Si tratta di un problema la cui soluzione presuppone la composizione a sistema di tre principi del nostro ordinamento. Tali principi sono:

1) il diritto alla difesa in giudizio di cui è momento essenziale la fase cautelare, indispensabile per evitare che il tempo necessario ad avere ragione torni a danno di chi ha ragione;

2) il principio del sindacato accentrato di costituzionalità, riservato alla Corte Costituzionale in sede di incidente pregiudiziale sollevato dal giudice *a quo*;

3) il principio della indipendenza del giudice, soggetto solo alla legge, con il conseguente corollario dell'impossibilità per il giudice di applicare una norma che egli sospetti di incostituzionalità.

Attesa la compresenza nel nostro ordinamento di questi tre principi, fra le molte possibili alternative che si prospettano al giudice della cautela quando l'accoglimento della domanda presuppone la declaratoria di incostituzionalità di una norma ed il giudice stesso ritenga la questione non manifestamente infondata, una sola è percorribile.

Il giudice della cautela non può infatti rigettare la domanda per difetto di *fumus boni iuris* in vigenza della norma che ostacola la pretesa del ricorrente, atteso il difetto in capo a sé del potere di sindacato diffuso, perché così facendo violerebbe il principio della sua indipendenza (sopra rubricato sub 3); non può accoglierla per la opposta ragione: rispetterebbe il principio di indipendenza ma violerebbe quello di sindacato accentrato (sopra sub 2), né a ciò potrebbe rimediarsi con una contestuale (o successiva) remissione della questione in Corte Costituzionale perché con l'ordinanza di sospensiva il giudice della cautela avrebbe esaurito i suoi poteri, e la questione sarebbe dunque inammissibile (Corte Costituzionale 22 dicembre 1989 n. 579).

Il giudice della cautela potrà quindi sollevare questione di costituzionalità soltanto se non esaurisce il giudizio sulla cautela, adottando un provvedimento soprassessorio o meramente provvisorio ed interinale, rimettendo quindi la questione alla Corte Costituzionale e riservando all'esito del giudizio la definitiva pronuncia sulla cautela, salve sempre le ulteriori definitive determinazioni di merito (Corte Cost. 12 ottobre 1990, n. 444), in ordine alle quali la questione di costituzionalità potrà assumere distinta ed autonoma rilevanza.

Così aveva operato nella specie il T.A.R., con assoluta correttezza dal punto di vista processuale.

Assai meno correttamente ha operato invece il giudice di appello. La pronuncia di secondo grado è intervenuta infatti quando la fase incidentale cautelare di primo grado non era ancora stata conclusa: il T.A.R. aveva, invero, sospeso il giudizio incidentale rilevando come per pronunciarsi sull'istanza cautelare avesse necessità di conoscere le valutazioni della Corte Costituzionale sulla rilevata questione di legittimità costituzionale.

Il Giudice di appello ha, invece, accolto definitivamente (e non «*ad tempus*») l'istanza cautelare, esaurendo, in tal modo, la fase cautelare stessa e finendo così per confliggere con l'ordinanza di rimessione del T.A.R. alla Corte Costituzionale (notoriamente insindacabile) sul momento del requisito della rilevanza per esaurimento della fase cautelare (Corte Cost. 574/1989 *cit.*).

Il Giudice Amministrativo si era infatti provvisoriamente spogliato della propria giurisdizione in fase cautelare, e nessuna pronuncia – se non viziata da difetto di giurisdizione – poteva essere legittimamente emessa dal Giudice di secondo grado. Diversamente opinando occorrerebbe riconoscere al giudice di appello il potere di privare – con effetto retroattivo – del requisito della rilevanza una questione di costituzionalità rimessa all'esame della Corte dal giudice di primo grado. Il che è palesemente in contrasto con i principi base dell'ordinamento.

Sarà ancora appena il caso di rilevare che trattasi nella specie di questione che non investe semplicemente vizi in «*procedendo*», come era nel caso risolto dalle Sezioni Unite di codesta Corte di Cassazione con sentenza 26 gennaio 1988, n. 634, che pure ha ammesso la contestabilità di ordinanze cautelari emesse in secondo grado, bensì che incide sulla sussistenza stessa del potere giurisdizionale, seppure limitatamente alla fase cautelare e con riguardo al motivo dedotto, sicché, come è stato statuito da codesta Corte nella sentenza ora citata, la questione appare pienamente ammissibile.

Sembra evidente, infatti, che il provvedimento di rimessione degli atti alla Corte Costituzionale ai sensi dell'art. 23, comma terzo, della legge 11 marzo 1953, n. 87, in fase cautelare da parte del giudice di primo grado non può essere messo in discussione in secondo grado, per temporaneo difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Diversamente opinando, come già accennato, occorrerebbe riconoscere al giudice di appello, il potere di privare retroattivamente il giudice di primo grado, quale giudice *a quo*, del potere di promuovere un giudizio incidentale di costituzionalità. Potere che è invece gelosa prerogativa di ogni giurisdicante quale paradigmatica espressione di «potere diffuso».

Tutto quanto sopra ritenuto, si conclude perché piaccia alla Suprema Corte cassare l'impugnata ordinanza per difetto di giurisdizione con ogni conseguenziale statuizione.

*Roma, 14 novembre 2001 – f.to: Avv. Ignazio Francesco Caramazza».*

**Avvocatura generale dello Stato – Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite – Memoria** nel regolamento di giurisdizione proposto per il Consiglio di Presidenza per la Giustizia Amministrativa (cont. 47050/01, Avv. dello Stato I.F. Caramazza) c/ P.T. (Avv. G. Pitruzzella).

«(omissis) 1. – Con ricorso notificato il 6 dicembre 2000 il consigliere di Stato P.T. impugnava davanti al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia la delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa del 30 marzo 2000 con la quale era dichiarata inammissibile l'istanza da lui presentata per ottenere il trasferimento al Tribunale Amministrativo per la Sardegna, dove attualmente risiede.

Il provvedimento era stato emesso sul rilievo che nell'attuale assetto del ruolo della magistratura amministrativa, rigidamente diviso per qualifiche, risulta impossibile applicare analogicamente quelle norme che, nell'ordinamento giudiziario, consentono invece al magistrato ordinario, già investito di funzioni di legittimità, di tornare ad espletare funzioni di merito.

Il T.A.R. Sicilia, sez. I di Palermo, con ordinanza n. 127 del 18 gennaio – 22 marzo 2001 sospendeva il giudizio cautelare e rimetteva alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità del combinato disposto dagli articoli 14 e 15 della legge 27 aprile 1982 n. 186, senza pronunciarsi sull'istanza di sospensione.

Con l'ordinanza impugnata il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, investito in appello dal cons. P.T., ha preliminarmente rilevato come l'omessa pronuncia sulla richiesta cautelare da parte del Giudice di primo grado si risolvesse sostanzialmente in un diniego di tutela cautelare; ravvisava, quindi, nella fattispecie il pregiudizio grave per il ricorrente e sospendeva gli effetti del provvedimento impugnato, lasciando ferma la sospensione del giudizio a seguito della disposta remissione degli atti alla Corte Costituzionale ed ordinando al Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa di riesaminare la domanda di trasferimento dell'appellante.

2. – Tanto ritenuto, in fatto, il Consiglio in epigrafe ricorreva a codesta Suprema Corte deducendo un difetto assoluto (ancorché temporaneo) di giurisdizione.

Osservava il Consiglio come in sede cautelare in tanto possa sollevarsi incidente di costituzionalità in quanto il giudice della cautela non esaurisca i suoi poteri cautelari, pena, in difetto, la inammissibilità della questione per irrilevanza, diversa essendo la rilevanza della questione in sede cautelare rispetto alla sede di merito (Corte Costituzionale 22 dicembre 1989 n. 579).

Il giudice della cautela, quindi, può sollevare questione di costituzionalità soltanto se non esaurisce il giudizio sulla cautela, adottando un provvedimento soprassessorio o meramente provvisorio ed interinale, rimettendo quindi la questione alla Corte Costituzionale e riservando all'esito del giudizio la definitiva pronuncia sulla cautela, salve sempre le ulteriori definitive determinazioni di merito (Corte Cost. 12 ottobre 1990, n. 444), in ordine alle quali la questione di costituzionalità potrà assumere distinta ed autonoma rilevanza.

3. – Così aveva operato nella specie il T.A.R., con assoluta correttezza dal punto di vista processuale.

Assai meno correttamente ha operato, invece, il giudice di appello. La pronuncia di secondo grado è intervenuta infatti quando la fase incidentale cautelare di primo grado *non era ancora conclusa*: il T.A.R. aveva, invero, sospeso il giudizio incidentale rilevando come per pronunciarsi sull'istanza cautelare avesse necessità di conoscere le valutazioni della Corte Costituzionale sulla rilevata questione di legittimità costituzionale.

Il Giudice di appello ha, invece, accolto definitivamente (e non «*ad tempus*») l'istanza cautelare, esaurendo, in tal modo, la fase cautelare stessa e finendo così per confliggere con l'ordinanza di remissione del T.A.R. alla Corte Costituzionale (notoriamente insindacabile) sul momento del requisito della rilevanza per esaurimento della fase cautelare (Corte Cost. 574/1989 *cit.*).

4. – Con richiesta scritta del 25 novembre 2002 il Procuratore Generale ha concluso per la declaratoria di inammissibilità del ricorso sulla scorta di due considerazioni. La prima attiene alla non ricorribilità per cassazione neanche in via preventiva delle misure cautelari; la seconda si basa sulla affermazione che il giudizio incidentale di costituzionalità non determinerebbe l'esaurimento del potere cautelare del giudice amministrativo e quindi non sarebbe preclusivo del successivo giudizio di appello.

La prima considerazione è esatta ma incompleta ed ininfluyente ai fini del presente giudizio; la seconda è fuorviante in quanto viziata da un «*usteron proteron*», come si confida di dimostrare.

4-1. *Sul ricorso per motivi di giurisdizione in fase cautelare.*

È ben nota a questa difesa la giurisprudenza di codesta Corte in ordine alla non autonomia contestabilità della giurisdizione in sede cautelare atteso il rapporto di strumentalità esistente fra provvedimento cautelare e provvedimento – successivo – di merito (Cass. SS.UU. 22 luglio 1983 n. 5063).

Diversa è però la questione, quando, *come nella specie*, venga contestato non già il potere giurisdizionale di un certo giudice, bensì *l'esistenza di potere giurisdizionale nella emanazione del provvedimento cautelare*, con la conseguenza che più non rileva il rapporto di strumentalità fra cautela e merito in quanto il potere giurisdizionale che si contesta non è quello generale spettante a quel giudice ma lo specifico potere di adottare quel provvedimento cautelare.

In tal senso, molto puntualmente, hanno deciso codeste Sezioni Unite con la sentenza n. 634 del 26 gennaio 1988, della quale si riporta il seguente illuminante passo:

*«In relazione a questo secondo aspetto, espressamente esaminato con la sentenza 5063/1983, si è osservato che il principio secondo il quale, atteso il rapporto di strumentalità esistente tra il provvedimento cautelare e quello, successivo, di merito, non è possibile contestare la giurisdizione in relazione al primo e riconoscerla per il secondo, ha la sua radice nella identità della posizione soggettiva che forma oggetto della tutela cautelare e di quella che si invoca in via definitiva. È evidente che, se la giurisdizione deve determinarsi con riferimento alla posizione soggettiva dedotta, essa non potrebbe (con riguardo a due momenti dello stesso processo) ricevere tutela da parte di giudici appartenenti a ordini diversi. E lo stesso può dirsi quando la contestazione della giurisdizione si fondi, sempre con riferimento alla posizione soggettiva dedotta, sul presupposto che questa, per sua natura, non riceva tutela giurisdizionale da parte dell'ordinamento per non essere né differenziata né qualificata rispetto alla posizione della generalità dei cittadini.*

*Diverso, però, è il caso in cui questione di giurisdizione venga prospettata come invasione, nella emanazione del provvedimento cautelare da parte del giudice amministrativo, della sfera riservata all'azione della pubblica amministrazione (come si sosteneva nel ricorso esaminato dalla menzionata sentenza) o come esercizio di un potere giurisdizionale di cui quel giudice, come qualsiasi altro giudice, era del tutto sfornito, come si sostiene nel ricorso in esame, nel quale la questione di giurisdizione viene prospettata solo con riguardo al provvedimento incidentale per ragioni che ad esso attengono in via esclusiva e senza che sia posta in discussione la giurisdizione relativamente al procedimento principale in corso: nel quale, cioè, si chiede che la giurisdizione venga regolata non solo con esclusivo riguardo al provvedimento cautelare, ma per ragioni proprie di quest'ultimo. In questa ipotesi non si tratta di stabilire se e a quale giudice appartiene la giurisdizione sul procedimento principale, e (solo) di riflesso sul procedimento incidentale; e non assume rilievo la identificazione della posizione soggettiva che possa riconoscersi in capo al privato di fronte al potere esercitato dall'amministrazione, ma si tratta di accertare se il provvedimento del giudice sia viziato nel senso che egli difettesse di potere giurisdizionale al riguardo, con la conseguenza che, pur ammessa l'istanza perché il giudice non si è ancora pronunciato nel merito della controversia, la giurisdizione viene regolata non sull'intero procedimento, nel quale il procedimento incidentale si innesta, ma limitatamente a quest'ultimo e con riguardo ai motivi dedotti, senza pregiudizio della questione di giurisdizione la cui soluzione dipende dalla natura della posizione soggettiva dedotta nella causa principale e si estende al procedimento cautelare atteso il vincolo di strumentalità che lo lega alla decisione definitiva.*

*Il problema di giurisdizione così prospettato, che ricade anch'esso nella previsione dell'art. 37 c.p.c., investe dunque non già la tutela giurisdizionale, o il tipo di tale tutela, che ad una determinata posizione soggettiva sia accordata dall'ordinamento, bensì l'esistenza di potere giurisdizionale nella emanazione del provvedimento cautelare. In questo caso, è tale singolo provvedimento, in se stesso, ad essere investito di esame e, trattandosi di un provvedimento avente natura incidentale cautelare, a prescindere dalla posizione soggettiva dedotta, con la conseguenza che il rapporto di strumentalità di tale provvedimento con il provvedimento definitivo (rispetto al quale non si contesti la giurisdizione) nessun ruolo ha più, ai fini dell'ammissibilità della istanza di regolamento, e non influisce sulla contestabilità della giurisdizione per motivi che non attengono alla natura dell'interesse dedotto.*

*Questa situazione si presenta nel caso in esame in cui la ricorrente non disconosce il potere del giudice amministrativo di emettere il provvedimento definitivo di annullamento dell'atto impugnato in relazione all'interesse del quale la parte istante ha invocato la tutela (che, perciò, non forma oggetto del presente regolamento e della decisione che questa corte è chiamata ad emettere), ma deduce che, in ordine al provvedimento cautelare, il Consiglio di Stato era del tutto privo di potere giurisdizionale».*

4.2 – Fin qui codesta Suprema Corte.

Orbene, il principio di diritto enunciato si attaglia perfettamente al caso di specie, in cui è stato dedotto dall'Amministrazione ricorrente che il giudice amministrativo di appello – come qualsivoglia altra autorità giurisdicente – è assolutamente carente di giurisdizione sulla cautela quando il giudice amministrativo di primo grado abbia rinviato la decisione conclusiva della fase cautelare all'esito di una questione incidentale di costituzionalità da esso giudice di primo grado sollevata.

Risulta quindi dimostrato che la prima considerazione del Procuratore Generale era incompleta e quindi ininfluyente ai fini della decisione del presente giudizio.

4.3 – Quanto alla seconda affermazione, essa è viziata da una inversione logica.

Non è vero, infatti, come dedotto dal Procuratore Generale che l'incidente di costituzionalità non determina l'esaurimento del potere cautelare del giudice amministrativo (e conseguentemente non può ritenersi preclusivo dell'appello). È vero invece il contrario! Soltanto se il giudice amministrativo non esaurisce la fase cautelare del giudizio è ammissibile l'incidente di costituzionalità: ché se, invece, il giudice amministrativo concedesse la sospensione, esaurendo così la cautela, determinerebbe la inammissibilità per irrilevanza della questione incidentale.

Sia consentito richiamare sul punto il seguente passaggio della sentenza 444/1990 della Corte Costituzionale, già citata.

*«Premesso che l'indicata vicenda processuale si è verificata in tre dei quattro giudizi a quibus, come meglio specificato in narrativa, e che pertanto la questione andrebbe comunque esaminata nel merito in relazione all'altro giudizio (in cui la stessa è stata sollevata nella fase di merito), va osservato che questa Corte ha dichiarato (v. da ultimo sent. n. 579 del 1989) l'inammissibilità di questioni sollevate in sede di giudizio cautelare dopo l'accoglimento della relativa istanza da parte del giudice, e ciò per l'avvenuto esaurimento di ogni sua potestà in quella sede, con conseguente irrilevanza della questione ai fini di quel giudizio.*

*Ma nei casi in esame la situazione è diversa. Accertata la rilevanza (e la non manifesta infondatezza) della questione di costituzionalità ai fini della decisione sulla sospensiva, il TAR, contemporaneamente alla emissione dell'ordinanza di rimessione a questa Corte, ha disposto, con separato provvedimento, la sospensione degli atti impugnati in via provvisoria e temporanea fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di costituzionalità: tale pronuncia non ha determinato, per la sua natura meramente tecnica ed interinale, l'esaurimento del potere cautelare del giudice amministrativo, con la conseguenza che la proposta questione deve ritenersi tuttora fornita del requisito della rilevanza».*

Nella specie il Tar, ben conscio di tale giurisprudenza, aveva riservato la sua pronuncia all'esito della sollevata questione di costituzionalità, così restando investito del potere cautelare utilizzato solo strumentalmente ai fini della risoluzione della pregiudiziale costituzionale.

Pronunciandosi in grado di appello con una decisione esaustiva del potere cautelare del giudice amministrativo il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha, invece, violato (o, ci si augura, tentato di violare) due prerogative giurisdizionali altissime: quella della Corte Costituzionale, quale giudice delle leggi e quella del Tar Sicilia quale giudice remittente.

Con la sua pronuncia, infatti – ove essa non dovesse essere riconosciuta come pronunciata in carenza assoluta, benché temporanea, di giurisdizione – il Consiglio, esaurendo la fase cautelare, avrebbe privato la Corte Costituzionale del potere di entrare nel merito della questione, costringendola ad una pronuncia di inammissibilità per irrilevanza (vedesi già cit. sent. 444/1990).

Con la stessa pronuncia avrebbe contemporaneamente privato il Tar Sicilia del potere di promuovere un giudizio incidentale di costituzionalità. Di quel potere, cioè, che è gelosa prerogativa di ogni giudicante quale paradigmatica espressione di «potere diffuso» e che è garanzia dell'indipendenza di ogni magistrato, arbitro di sottoporre al vaglio della Corte Costituzionale ogni norma di legge che egli debba applicare e della cui legittimità dubiti.

Si confida pertanto nell'accoglimento del ricorso.

*Roma, 6 febbraio 2003 – Avv. Ignazio Francesco Caramazza».*

## Normativa antitrust e settore bancario: l'eccezione italiana

*Consiglio di Stato, Sezione sesta, sentenza 16 ottobre 2002, n. 5640*

*Premessa* – Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato (in particolare la Sez. sesta, che ormai, in uno con la Sez. prima del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sta diventando il giudice specializzato in materia *antitrust*) prende posizione, rispetto all'intricata materia del riparto di competenze tra la Banca d'Italia e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato circa l'applicazione della disciplina *antitrust* (legge 10 ottobre 1990, n. 287).

La vicenda trae origine dall'intesa intercorsa tra una banca e una compagnia di assicurazioni avente ad oggetto la distribuzione di polizze mediante il canale bancario (1).

L'Autorità garante (nel prosieguo, anche AGCM) aveva, infatti, ritenuto che tale accordo integrasse gli estremi di un'intesa vietata ai sensi dell'art. 2, secondo comma, della legge n. 287/1990, non meritevole di autorizzazione in deroga ai sensi dell'art. 4 del citato atto normativo (2).

Il provvedimento, annullato dal TAR del Lazio (3), è stato invece confermato dal Consiglio di Stato, che, con quella che è stata definita una «sentenza-trattato» (4), ha dettato, in via interpretativa, i criteri per il riparto di competenze tra l'AGCM e la Banca d'Italia, di fatto restringendo le competenze di quest'ultima (5). Si tratta di un'operazione ermeneutica che in un certo qual modo «valica» i limiti della controversia portata all'attenzione dei Giudici del Supremo Consesso, ma che tuttavia è funzionale al riordino di una materia che sin dall'entrata in vigore della disciplina nazionale *antitrust* è stata foriera di molteplici incertezze esegetiche e accessi dibattiti.

---

(1) L'accordo, intercorso tra A.G. S.p.A. ed U. S.p.A., prevedeva una futura collaborazione in campo assicurativo-bancario, da realizzarsi anche attraverso l'acquisto da parte di A.G. del 50% del capitale sociale di Q.V. S.p.A., società inattiva e in precedenza interamente controllata da U. La società Q.V. S.p.A. (la cui denominazione era mutata in Casse e G.V. S.p.A.) avrebbe dovuto esercitare la propria attività nel settore dell'assicurazione, nel ramo vita, e provvedere alla distribuzione dei propri prodotti attraverso gli sportelli del gruppo bancario U. Originariamente, era stata anche prevista una clausola di esclusiva a favore di Casse e G.V. S.p.A.

(2) Cfr. provvedimento del 28 maggio 1997, n. 5048, in *Boll.* n. 22/1997.

(3) Cfr. TAR del Lazio, Sez. prima, 1° luglio 1999, n. 1485, in *I TAR* 1999, 3022, che ha annullato il provvedimento *de quo*, ritenendo decorso il termine perentorio di centoventi giorni (di cui all'art. 13 della legge n. 287/1990) per la chiusura dell'istruttoria.

(4) Cfr. M. RAMAJOLI, *Il Consiglio di Stato restringe in via interpretativa la competenza antitrust della Banca d'Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2003, 258.

(5) La sentenza in commento si segnala anche per altri profili di grande rilevanza. In primo luogo, da un punto di vista strettamente processuale, la decisione interviene sia sulla nozione di interesse a ricorrere sia su quella di interesse ad appellare. Nelle more del giudizio di secondo grado, Generali aveva venduto la propria partecipazione nell'impresa comune e, a seguito di tale cessione, Unicredit ne aveva acquisito il controllo esclusivo. Pertanto, le suddette imprese avevano ritenuto fosse venuto meno l'interesse ad appellare. Al contrario, l'Avvocatura dello Stato aveva ritenuto



*1 – Normativa antitrust e settore bancario.* Il problema relativo all'applicazione del diritto *antitrust* nel settore bancario si colloca nella più ampia questione inerente l'applicazione di tale normativa in quei settori nei quali tradizionalmente, in ragione della natura dell'attività e dell'importanza che essi rivestono per il sistema economico, i comportamenti degli operatori sono, in maggiore o minore misura, regolamentati dalla legge: si pensi, ad esempio, al settore assicurativo o a quello dei mezzi di comunicazione di massa (6).

Il settore bancario è tipicamente sottoposto ad una normativa di regolamentazione dell'attività diretta, tra l'altro, ad assicurare al sistema un carattere di stabilità e alle banche il mantenimento della solvibilità finanziaria. Ciò in considerazione dell'importanza del sistema bancario per l'economia nel suo complesso e del rilevante numero di interessi che il valore della stabilità tende a proteggere (clienti dei servizi di deposito, beneficiari dei servizi di credito, ecc.).

---

che la vicenda sopravvenuta incidesse sull'interesse a ricorrere, con il conseguente venir meno della sentenza di primo grado e la necessità di dichiarare l'improcedibilità con riferimento al ricorso proposto in primo grado. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha affermato la persistenza dell'interesse a ricorrere, «non essendo intervenuti atti di autotutela in via amministrativa e [...] quantomeno in relazione alla necessità di risolvere l'incertezza sul regime giuridico al quale sottoporre gli atti privatistici dell'esecuzione dell'intesa». D'altra parte, è stato reputato sussistente anche l'interesse ad appellare, poiché la sentenza di primo grado ha annullato l'atto dell'AGCM, «che non ha mai ritenuto di fare acquiescenza al *decisum* giudiziale adottando atti di autotutela e che ha ritenuto di poter leggere il successivo venir meno della concentrazione come evento incidente al più sull'interesse a ricorrere in relazione al ricorso originario».

In secondo luogo, per quanto attiene più propriamente al diritto *antitrust*, la pronuncia, contrariamente a quanto stabilito dal giudice di primo grado, chiarisce che l'eliminazione della clausola di esclusiva reciproca costituisce una modificazione essenziale dell'accordo comunicato inizialmente e, come tale, idonea ad interrompere il decorso del termine perentorio di cui all'art. 13 della legge n. 287/1990.

Ancora, la decisione precisa che al termine di 120 giorni entro il quale l'AGCM deve provvedere sulla richiesta di autorizzazione in deroga e che decorre dalla presentazione della richiesta stessa «non consegue alcun silenzio-assenso» e che tale termine «non consuma il potere di provvedere, né rende invalido il provvedimento adottato oltre il termine, ma fornisce solo, con il suo inutile decorso, l'innescò della tutela per il silenzio-inadempimento».

Inoltre, ribadisce il consolidato orientamento secondo il quale il parere dell'ISVAP ha un valore meramente consultivo e non vincolante: pertanto, purché motivatamente, ben può essere disatteso dall'AGCM (cfr. già TAR Lazio 15 febbraio 1995, n. 1474, in *Riv. Dir. Ind.* 1996, II, 50 ss., sulla quale v. F. GHEZZI, in F. GHEZZI – P. MAGNANI – M. SIRI, *L'applicazione della disciplina antitrust nei settori speciali: banche, assicurazioni e mass media. Questioni procedurali e sostanziali alla luce dell'art. 20, cit.*, 187. Da ultimo, v. Cons. St. 26 febbraio 2002, n. 2199).

(6) Cfr. AA.VV., *Industria bancaria e concorrenza* a cura di M. Polo, Bologna, 2000, 385 ss.

Il diritto *antitrust* persegue obiettivi che per loro natura appaiono astrattamente idonei a confliggere, in alcuni casi, con quello della stabilità del sistema bancario (7). Da questo primo punto di vista si può porre il problema se le norme *antitrust* debbano trovare piena applicazione in questo settore oppure debbano subire qualche limitazione (8).

Al riguardo, l'esegesi dell'art. 20 della legge n. 287/1990 (norma cardine del sistema) si è rivelata decisamente problematica, data l'ambiguità del dettato legislativo (9). In particolare, ha sollevato notevoli perplessità il quinto comma della disposizione *de qua*, in tema di autorizzazioni in deroga, in virtù dell'espreso richiamo al conflitto tra norme *antitrust* e obiettivi di stabilità del sistema bancario (10).

Non è, infatti, mancato chi ha sostenuto che, con tale previsione, il legislatore italiano avesse inteso dare ingresso, nel sistema, alla filosofia della vigilanza regolamentare, sottoponendo l'applicazione delle norme *antitrust* al settore bancario al limite degli obiettivi tradizionali di stabilità che lo connotano (11).

Tuttavia, al di là di queste isolate opzioni ermeneutiche, l'opinione della maggioranza della dottrina è in senso decisamente contrario, ritenendo che, ad esclusione della deroga in esame, le norme sostanziali a tutela della concorrenza siano le medesime norme vigenti negli altri mercati (12).

(7) Cfr., in proposito, per una ricostruzione generale, B. SHULL, *The Origins of Antitrust in Banking: An Historical Perspective*, in *Antitrust Bull.*, 1996, 255. L'Autore osserva come l'applicazione delle norme *antitrust* alle banche abbia rappresentato storicamente un problema a tratti drammatico per l'ordinamento statunitense, e come un'effettiva applicazione del diritto *antitrust* in questo settore sia cominciata solo intorno agli anni '80, a ben cinquant'anni dallo *Sherman Act*. Cfr. altresì L.J. WHITE, *Banking, Mergers, and Antitrust: Historical Perspectives, and the Research Tasks ahead*, in *Antitrust Bull.*, 1996, 323; A.S. BLINDER, *Antitrust and Banking*, in *Antitrust Bull.*, 1996, 447; A.K. BINGAMAN, *Antitrust and Banking*, in *Antitrust Bull.* 1996, 465 ss.

(8) La soluzione di questo primo problema è naturalmente in gran parte frutto di una scelta di natura politico-economica circa l'importanza che si intenda conferire a ciascuno degli interessi in gioco (obiettivi di stabilità e obiettivi concorrenziali) e al ruolo che in ciascun ordinamento si scelga di attribuire al valore della concorrenza come strumento di attuazione del sistema economico.

(9) Si pensi al secondo comma dell'art. 20 della legge n. 287/1990. Il fatto che il legislatore abbia richiamato i soli artt. 2, 3, 4 e 6 implica che le altre norme della legge non trovino applicazione in relazione al settore bancario? L'opinione prevalente in dottrina è quella di ritenere che il richiamo parziale sia da attribuire ad una scelta di tecnica redazionale: sia, cioè, un richiamo per fattispecie rilevanti (intese, abuso di posizione dominante, concentrazioni). Pertanto esso deve ritenersi esteso anche alle altre norme del titolo primo della legge, nonché alle norme di procedura: cfr. F. DENOZZA – A. STABILINI, *Rapporti e possibili conflitti tra le Autorità preposte all'applicazione della normativa sulla concorrenza con riferimento al settore bancario*, in *Industria bancaria e concorrenza* a cura di M. Polo, Bologna, 2000, 391.

(10) Si deve peraltro osservare che in questo caso il riferimento non è alla stabilità del sistema bancario, bensì a quella monetaria. Il richiamo a tale ultimo valore rimanda evidentemente al ruolo di banca centrale della Banca d'Italia, più che alla sua funzione di autorità di vigilanza sugli istituti creditizi. Gli obiettivi perseguiti in sede di eventuale applicazione della norma in commento sono quindi parzialmente diversi da quelli di «stabilità del sistema bancario». Tuttavia, ai fini della presente indagine, tali diversità appaiono del tutto trascurabili.

(11) Questa è l'opinione di G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991, 391.

(12) Cfr., *ex plurimis*, G. ROSSI, *Il conflitto di obiettivi nell'esperienza decisionale delle autorità*, in *Riv. soc.* 1997, 271; P. MARCHETTI – F. GHEZZI, *I rapporti dell'Autorità garante della concorrenza*

2. – *Autorità competente: la scelta del legislatore italiano.* Sotto un secondo profilo, l'applicazione del diritto *antitrust* al settore pone l'ulteriore problema della scelta dell'autorità cui affidare tale competenza. Generalmente, infatti, il settore *de quo* è sottoposto al controllo di un'apposita autorità di vigilanza. Si può quindi porre il dubbio circa l'opportunità di affidare a quest'ultima anche la competenza ad applicare le norme *antitrust*, o di demandarla all'autorità investita del potere generale di applicare tale normativa (13).

---

e del mercato con le autorità di vigilanza settoriali, in *Concorrenza e mercato* 1993, 205 ss., in part. 205; L.C. UBERTAZZI, *Diritto nazionale antitrust e imprese bancarie*, in *Diritto antitrust italiano* a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, U. Petroni Griffi e L.C. Ubertazzi, Bologna, 1993, vol. II, 1054 ss.; F. DENOZZA – A. STABILINI, *Rapporti e possibili conflitti tra le Autorità preposte all'applicazione della normativa sulla concorrenza con riferimento al settore bancario*, cit., 392.

È stato infatti osservato che tale norma dovrebbe essere intesa come norma di carattere eccezionale e dunque da interpretarsi in maniera restrittiva (cfr. M. SIRI, *Commento sub art. 20*, in *Concorrenza e mercato*, a cura di V. Afferni, Padova, 1994, 524 ss.; P. MARCHETTI – F. GHEZZI, *I rapporti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato con le autorità di vigilanza settoriali*, cit., 185; F. DENOZZA – A. STABILINI, *Rapporti e possibili conflitti tra le Autorità preposte all'applicazione della normativa sulla concorrenza con riferimento al settore bancario*, cit., 392).

Qualche considerazione deve essere fatta infine in relazione all'ultimo comma dell'art. 20, a norma del quale «[l]e disposizioni della presente legge in materia di concentrazione non costituiscono deroga alle norme vigenti nei settori bancario, assicurativo, della radiodiffusione e dell'editoria». In relazione al settore bancario, vengono in considerazione le norme di cui al D. Lgs. 356/1990 (*Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio*) in tema di fusioni tra enti creditizi (cfr., in particolare, l'art. 3 del D. Lgs. n. 356/1990), nonché le diverse disposizioni contenute nel testo unico bancario (D. Lgs. n. 385/1993: nel prosieguo, testo unico bancario. Cfr., in particolare, gli artt. 19, 31, 36 e 57) le quali, come è noto, subordinano la possibilità di mettere in atto alcuni tipi di operazione tra banche al rilascio di un'autorizzazione della Banca d'Italia (del Ministro del Tesoro nel caso delle operazioni di cui al D. Lgs. n. 386/1990) basata sulle tradizionali considerazioni in ordine alle esigenze di stabilità del sistema bancario e della gestione prudenziale delle banche.

L'introduzione di questa disposizione nel testo della legge dà adito a non pochi dubbi. Anzitutto, è difficilmente comprensibile il principio in base al quale la legge *antitrust* dovrebbe derogare alle norme settoriali. Come è stato autorevolmente osservato in dottrina (cfr. R. ALESSI, *Commento sub art. 20*, in R. Alessi e G. Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, 127), infatti, «la capacità di derogare ad un principio è solitamente caratteristica di una normativa speciale. Ma tale non è la presente legge a tutela della concorrenza [...]. Piuttosto discipline speciali, *rectius* settoriali, sono proprio quella bancaria, assicurativa, della radiodiffusione e dell'editoria. Sono dunque queste discipline a costituire eventualmente deroga alla disciplina generale di cui alla legge n. 287».

In secondo luogo, e soprattutto, la disposizione in esame non risolve in alcun modo il problema dell'eventuale (e ben possibile) conflitto tra la norma *antitrust* e la norma speciale nel caso in cui entrambe dovessero trovare applicazione in relazione ad una medesima fattispecie. Né alcuna disposizione in tal senso si rinviene nel testo unico bancario.

Il mancato coordinamento tra le due normative crea un problema interpretativo di notevole complessità. In assenza di indicazioni da parte del legislatore, dovrebbero probabilmente trovare applicazione i criteri generali di risoluzione del conflitto tra leggi. Se il risultato fosse la prevalenza della legge speciale, questo comporterebbe un'ulteriore deroga agli *standard* delle norme generali (in tema di concentrazioni).

(13) L'autorità di vigilanza potrebbe garantire un *enforcement* con minori costi: essa è infatti istituzionalmente in una posizione privilegiata sotto il profilo della conoscenza del settore rispetto all'autorità *antitrust* con competenza generale; d'altra parte, però, essa potrebbe essere

Il legislatore italiano ha sciolto l'alternativa affidando l'applicazione della normativa *antitrust* nel settore bancario alla competente autorità di vigilanza (art. 20, secondo comma, della legge n. 287/1990), mantenendo, tuttavia, in capo all'AGCM, un potere consultivo (art. 20, secondo comma) e di segnalazione (art. 20, sesto comma). Infine, una competenza concorrente spetta alle due autorità in relazione alle fattispecie c.d. miste (vale a dire, che coinvolgano imprese operanti in «settori sottoposti alla vigilanza di più autorità»), che devono ciascuna adottare i provvedimenti di propria competenza (art. 20, settimo comma).

Il sistema delineato dal legislatore italiano, criticato dalla dottrina quasi unanime<sup>(14)</sup>, ha suscitato un'inusitata congerie di perplessità esegetiche in ordine ai rapporti tra le due autorità e all'estensione dei rispettivi poteri.

In particolare, circa i poteri consultivi dell'AGCM, erano sorte notevoli incertezze relativamente all'individuazione dei provvedimenti in grado di far scattare l'obbligo per la Banca d'Italia di sentire il parere dell'Autorità garante, problema oggi risolto (almeno parzialmente) dall'*Accordo del 4 marzo 1996*, intervenuto fra le due Autorità<sup>(15)</sup>.

---

maggiormente «catturabile», cioè più soggetta alle pressioni degli interessi dei soggetti che deve controllare, proprio in virtù del suo ruolo di vigilanza regolamentare (c.d. *capture theory*). Su queste problematiche cfr. T.W. MERRYL, *Capture Theory and the Courts: 1967-1983*, in *Chi.-Kent L. Rev.* 1997, 72, 1039 e R.A. POSNER, *The Rise and Fall of Administrative Law*, in *Chi.-Kent L. Rev.* 1997, 72, 953. Per un'elaborazione della «*capture theory*» nel campo specifico del diritto *antitrust* cfr. J.S. WILEY JR., *A Capture Theory of Antitrust Federalism*, in *Harvard L. Rev.* 1986, 99, 713. Cfr. infine, per un'analisi critica del ruolo di «*political decisionmakers*» assunto da molte agenzie federali, M. SEIDENFELD, *A Civic Republican Justification for the Bureaucratic State*, in *Harvard L. Rev.* 1992, 105, 1511.

Questo secondo problema, da un lato, è distinto da quello (che potremmo definire «sostanziale») dell'applicazione integrale o meno della normativa *antitrust* al settore bancario, nel senso che esso si pone qualunque sia la scelta fatta in ordine al primo. Dall'altro lato, tuttavia, i due problemi appaiono strettamente legati, poiché le ragioni che fondano la scelta di attribuire l'applicazione della legge ad una o all'altra autorità si intersecano con l'assetto degli interessi in gioco che la scelta di natura sostanziale comporta. Se le norme *antitrust* da applicare alle banche si discostano da quelle generali per prendere in considerazione l'obiettivo della stabilità del sistema, l'autorità di vigilanza potrebbe trovarsi nella posizione migliore per valutare ed assicurare il contemperamento ed il coordinamento dei diversi obiettivi. Viceversa, l'attribuzione dell'applicazione delle norme *antitrust* ad un'autorità diversa da quella di vigilanza potrebbe esser preferibile laddove tali norme prevedano uno *standard* identico a quello generale anche in relazione al settore bancario. L'autorità di vigilanza, infatti, potrebbe essere «naturalmente» incline a dare ingresso, nell'esercizio dei compiti di tutela della concorrenza, alle esigenze di stabilità del sistema bancario e del rafforzamento delle banche (cfr. su questo punto G. ROSSI, *Il conflitto di obiettivi nell'esperienza decisionale delle autorità*, cit., 265 ss.). Inoltre, lo sdoppiamento delle autorità deputate all'applicazione delle norme *antitrust* favorirebbe un'applicazione potenzialmente non uniforme dei criteri normativi.

(14) Cfr., tra gli altri, F. GHEZZI, in F. GHEZZI – P. MAGNANI – M. SIRI, *L'applicazione della disciplina antitrust nei settori speciali: banche, assicurazioni e mass media. Questioni procedurali e sostanziali alla luce dell'art. 20, cit.*, 182; G. ROSSI, *Il conflitto di obiettivi nell'esperienza decisionale delle autorità*, cit., 271, il quale si oppone all'introduzione della norma nella legge anche in sede parlamentare. Contra M. LAMANDINI, *La «seconda volta» del Banco di Sardegna (nuovi spunti in tema di antitrust bancario)*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1995, 110 ss.

(15) In relazione a questo profilo, si è assistito, nel corso dei primi anni di applicazione della legge, al progressivo consolidamento delle posizioni dottrinali in argomento, nel senso di ritenere

Senza contare il problema, ancora aperto, delle fattispecie miste, in relazione alle quali la legge prevede una competenza parallela delle due autorità nei rispettivi ambiti di intervento. La norma ha creato non pochi dubbi interpretativi sulle possibili conseguenze di una valutazione discordante sulla stessa fattispecie (16).

3. – *Segue: I rapporti tra autorità garante della concorrenza e del mercato e Banca d'Italia.* Venendo all'applicazione concreta della normativa in parola, la casistica di questi anni dà atto di una duplice tendenza: da un lato, il rispetto da parte della Banca d'Italia di standard di valutazione meno rigorosi e stringenti di quelli seguiti dall'Autorità garante, dall'altro, l'adozione da parte delle due autorità di criteri differenti ai fini del riparto di competenze.

---

necessario il parere dell'Autorità in relazione ad ogni provvedimento che «abbia un'efficacia di accertamento non solo positivo, ma anche negativo» (cfr., in particolare, P. MARCHETTI – F. GHEZZI, *I rapporti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato con le autorità di vigilanza settoriali*, cit., 166). Questo è stato anche l'orientamento da subito espresso dall'Autorità garante, che riteneva, contrariamente alla Banca d'Italia, necessario esprimere il parere non solo sulla chiusura, ma anche sulla non apertura dell'istruttoria (Cfr. I. CALBOLI, *La concorrenza bancaria nei pareri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1995, I, 299 ss.). Il problema ha poi trovato una parziale soluzione, come è noto, nell'*Accordo tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e la Banca d'Italia in merito alle procedure applicative dell'art. 20 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, (in *Boll.* n. 10/1996, 117) nel quale, sostanzialmente, sembra aver prevalso l'orientamento dell'Autorità garante, secondo la quale il parere deve essere necessariamente espresso non solo sulla chiusura, ma anche sulla non apertura dell'istruttoria. Questo documento è stato giustamente salutato con favore da tutti i commentatori (cfr. F. GHEZZI, in F. GHEZZI – P. MAGNANI – M. SIRI, *L'applicazione della disciplina antitrust nei settori speciali: banche, assicurazioni e mass media. Questioni procedurali e sostanziali alla luce dell'art. 20, in Concorrenza e mercato* 1996, 179 ss.), non solo in quanto risolve un dubbio interpretativo che avrebbe rischiato di non avere mai fine, ma anche per le opportune disposizioni in materia di pubblicazione dei pareri dell'Autorità e dei relativi provvedimenti della Banca d'Italia.

Ulteriori dubbi potrebbero sorgere in ordine alla natura vincolante del parere dell'Autorità. La posizione unanime dei commentatori (né le autorità hanno mostrato di essere di diverso avviso) è nel senso della natura non vincolante del parere stesso, che quindi non è certamente idoneo a condizionare la decisione della Banca d'Italia circa la valutazione della fattispecie. Più problematico è, invece, stabilire se sussista, e in che misura, un obbligo di motivazione in capo alla Banca d'Italia in caso questa si discosti dalla posizione espressa dall'Autorità garante nel parere medesimo. La questione è stata affrontata in relazione al parere dell'ISVAP dal TAR Lazio (v. nota 5), che ha parlato di chiarimento, sintetico ma chiaro e puntuale, dei motivi che hanno portato alla diversa valutazione.

Ci si potrebbe ancora domandare se un discorso di analogo tenore possa farsi in relazione al potere di impulso che il comma VI dell'art. 20 assegna all'AGCM nei confronti della Banca d'Italia. Se cioè, di fronte al ricevimento della segnalazione dell'esistenza di un'ipotesi di violazione da parte dell'Autorità, la Banca d'Italia, qualora non ravvisasse gli elementi per aprire un'istruttoria, debba in qualche modo formalizzare e motivare tale decisione. Pare che la risposta debba essere negativa, anche se certamente la contraria soluzione sarebbe più coerente con la *ratio* che ispira la disciplina e più trasparente sotto il profilo della visibilità dell'operato della Banca d'Italia del grado di intervento sulle fattispecie potenzialmente rilevanti.

(16) Si pensi in particolare alle concentrazioni. L'Accordo del 1996 non ha risolto il problema. Esso prevede, infatti, la costituzione di un gruppo di lavoro composto dai rappresentanti delle due istituzioni al fine di risolvere il problema della ripartizione delle competenze, ma attualmente non è stata formalizzata alcuna soluzione. L'Accordo si limita ad affermare che «le imprese potranno

Quanto al primo profilo, merita rilievo la tendenza della Banca d'Italia ad autorizzare operazioni di concentrazione, nonostante risultino lesive della concorrenza, invocando principalmente l'argomento della necessità di risanamento della banca acquisita (17), dando così spazio alla c.d. *failing firm doctrine*, tutt'altro che pacifica nel nostro ordinamento (18).

---

inviare le comunicazioni ad una delle due istituzioni, che provvederà a trasmetterle all'altra per le opportune valutazioni nell'ambito delle rispettive competenze». Ai fini pratici, la questione non assume particolare rilevanza, qualora le due Autorità, ritenutesi entrambe competenti, concordino nelle valutazioni ed emettano provvedimenti di analogo tenore. E, fino ad ora, (come si avrà modo di precisare nel prossimo paragrafo) si sono verificati solo ipotesi di questo tipo. Ma *quid iuris* in caso di duplicazione di procedimenti che portino ad esiti difformi (in un caso positivo e autorizzatorio, nell'altro negativo e denegatorio)? Si potrebbe, in tal caso, parlare di conflitto di attribuzioni, alla cui risoluzione è deputata la Corte Costituzionale? Salva una revisione costituzionale, la tesi appare ardua da sostenere, considerato che il conflitto di attribuzioni è prospettabile tra poteri dello Stato, mentre le *Authority* non sono nemmeno citate in Costituzione. Il nostro legislatore sembra, dunque, essersi completamente disinteressato delle modalità di risoluzione di tali conflitti. Sul punto v. più approfonditamente il paragrafo n. 6.

(17) Cfr. Provvedimento della Banca d'Italia n. 1 del 5 aprile 1993, *Banco di Sardegna SPA/Banca Popolare di Sassari SCRL/Cassa Comunale di Credito Agrario di Samatzai/Cassa Comunale di Credito Agrario di Pimentel*, in *Boll.* n. 6/1993, 44 ss.; Provvedimento dell'AGCM n. 1051 del 31 marzo 1993, *Banco di Sardegna/Banca Popolare di Sassari*, in *Boll.* n. 6/1993, 108 ss. La Banca d'Italia, disattendendo completamente le valutazioni dell'ACGM, autorizzò l'operazione di concentrazione, ritenendo inevitabile l'uscita dal mercato della Banca Popolare di Sassari in assenza dell'acquisizione autorizzata, con conseguente «perdita di benessere sociale per gli utenti del servizio bancario». La decisione dell'autorità di vigilanza è stata oggetto di critiche in dottrina sotto molteplici profili (cfr. G. Rossi, *Il conflitto di obiettivi nell'esperienza decisionale delle autorità*, cit., 273 ss.). In particolare, è stata criticata l'effettiva idoneità degli impegni proposti dalla Banca d'Italia (limitazioni all'apertura di nuovi sportelli da parte del Banco di Sardegna e all'ingerenza di quest'ultimo nel consiglio di amministrazione della Banca Popolare di Sassari) a rappresentare un reale correttivo sul piano concorrenziale, e l'eccessiva considerazione del fattore della concorrenza potenziale (la cui ricorrenza, in effetti, appare inconsistente con le osservazioni dell'Autorità circa l'esistenza di elevate barriere all'ingresso). Cfr., inoltre, Provvedimento della Banca d'Italia n. 21 del 17 gennaio 1998, *Gruppo Banco di Sardegna/Casse Comunali di Credito Agrario*, in *Boll.* n. 6/1998 del 23 febbraio 1998, 57 ss.; Provvedimento dell'AGCM n. 5578 del 18 dicembre 1997, *Gruppo Banco di Sardegna/Casse Comunali di Credito Agrario*, in *Boll.* n. 6/1998, 19 ss. In questo caso le divergenze di valutazione delle due autorità hanno avuto ad oggetto la stessa qualificazione della fattispecie (concentrazione, secondo l'AGCM, e abuso di posizione dominante, secondo la Banca d'Italia). Stranamente, in quest'occasione, si è dimostrato più severo il giudizio della Banca d'Italia: cfr. M. LAMANDINI, *La «seconda volta» del Banco di Sardegna (nuovi spunti in tema di anti-trust bancario)*, cit., 110 ss., che rileva come «tanta severità di enforcement si sia avuta proprio in un nuovo caso «Banco di Sardegna»: quasi che il nuovo intervento» fosse «dovuto [...] alle inadeguatezze proprie del primo «Banco di Sardegna/Banco di Sassari» del 1993» (p. 110).

Cfr., inoltre, Provvedimento della Banca d'Italia n. 22 del 3 aprile 1998, *Banco di Sicilia/Sicilcassa/Mediocredito Centrale*, in *Boll.* n. 15/1998 del 27 aprile 1998; Provvedimento dell'AGCM n. 5657 del 29 gennaio 1998, in *Boll.* n. 15/1998. In quell'occasione, l'autorità bancaria ebbe modo di affermare: «la Commissione Europea ha recepito il modello elaborato dalla giurisprudenza statunitense [...] nel caso *Boeing/McDonnell Douglas*» (cfr. decisione del 30 luglio 1997, Caso IV/M.877, in G.U.C.E., legge n. 336/16 dell'8 dicembre 1997. V. però E.M. Fox, *International Antitrust: Against Minimum Rules; for Cosmopolitan Principles*, in *Antitrust Bull.* 1998, 5 ss., in part. 6, che rileva come, nel caso di specie, avessero avuto un peso decisivo sull'esito del giudizio, considerazioni di natura politica e politico-economica), e tale principio deve essere tenuto in considerazione «per effetto del richiamo previsto dall'art. 1, comma IV, della legge n. 287/1990».

(18) Secondo la *failing firm defense* prevista nell'ordinamento statunitense, una concentrazione anticoncorrenziale può essere autorizzata qualora, in assenza di essa, l'impresa oggetto di acquisizione andrebbe incontro al fallimento, e sempre che la concentrazione rappresenti l'unico mezzo

In altre circostanze le divergenze di valutazioni (più severe quelle dell'Autorità garante, più «blande» quelle della Banca d'Italia) hanno avuto ad oggetto pratiche di uniformazione delle condizioni contrattuali (19) o gli impegni cui subordinare operazioni di concentrazione (20).

---

per evitarlo. Cfr. F. DENOZZA – A. STABILINI, *Rapporti e possibili conflitti tra le Autorità preposte all'applicazione della normativa sulla concorrenza con riferimento al settore bancario*, cit., 406, nota 31. Quello della rilevanza della *failing firm doctrine* nell'ordinamento (comunitario e) nazionale è problema a tutt'oggi discusso. Tale dottrina ha ricevuto, sino ad ora, una timida applicazione in sede comunitaria (cfr. decisione del 30 luglio 1997, Caso IV/M.877, cit.), mentre non risulta essere stata mai applicata dall'Autorità garante che, anzi, non ha per ora preso una chiara posizione sul punto (cfr. il parere reso alla Banca d'Italia sul caso *Banco di Sicilia* (Provvedimento n. 5657 del 29 gennaio 1998, cit.), ove l'autorità (ivi in part. al par. 17), oltre ad affermare che nel caso di specie non ne sono presenti i presupposti, afferma che resta comunque «impregiudicata la questione relativa alla rilevanza, in sede di applicazione della legge n. 287/1990, del principio in favore del salvataggio delle imprese in crisi.

(19) Cfr. Banca d'Italia, Provvedimenti nn. 10, 11 e 12, *Associazione Bancaria Italiana (ABI)*, in *Boll.*, nn. 32-33, 40 e 48/1994; AGCM, Provvedimenti nn. 2138, 2342 e 2341, in *Boll.*, nn. 28-29, 40 e 48/1994. L'istruttoria riguardava un'ipotesi di violazione dell'art. 2 della legge 287/1990 da parte dell'ABI, in relazione alle norme uniformi di regolamentazione del servizio Bancomat da essa predisposte. I profili di violazione riguardavano, da un lato, la fissazione della commissione interbancaria legata al servizio e, dall'altra, l'adozione di uno schema contrattuale comune con i clienti. Per una puntuale analisi del caso in esame cfr. P. MARCHETTI, *Accordi interbancari e disciplina antitrust. Note sui provvedimenti emessi nel 1994*, in *Concorrenza e mercato* 1995, 371 ss. Cfr., inoltre, sul complesso problema degli accordi interbancari e delle commissioni interbancarie uniformi, A.S. FRANKEL, *Monopoly and Competition in the Supply and Exchange of Money*, in *Antitrust L.J.* 1998, 66, p. 313. Benché le conclusioni delle due autorità, nel merito, fossero allineate nel senso dell'autorizzazione, tuttavia l'AGCM rilevava l'effetto tendenzialmente anticoncorrenziale dell'uniformazione delle pratiche contrattuali (eliminazione della concorrenza sulla differenziazione del prodotto); al contrario, la Banca d'Italia ne sosteneva la valenza proconcorrenziale (maggiore confrontabilità delle offerte). Cfr., inoltre, Provvedimento (parere) dell'AGCM n. 10094 del 31 ottobre 2001, *Abi/Co.Ge.Ban*, in *Boll.* 48/2001; Provvedimento della Banca d'Italia n. 38 del 27 novembre 2001, *Abi/Co.Ge.Ban*, in *Boll.* 48/2001; e successivamente Provvedimento (parere) dell'AGCM n. 11006, del 24 luglio 2002, *Abi/Co.Ge.Ban*, in *Boll.* 30/2002; Provvedimento della Banca d'Italia n. 42, del 30 luglio 2002, in *Boll.* 30/2002. Si trattava di rivedere quanto già disposto alcuni anni prima in ordine ad un'autorizzazione in deroga ex art. 4 della legge n. 287/1990 con riferimento agli accordi relativi alle procedure RIBA/RIB, Bancomat (autorizzati nel 1994, con il provvedimento precedentemente richiamato) e Pagobancomat (autorizzati nel 1998), che contenevano la previsione di una commissione interbancaria uniforme. Nell'autunno del 2001 la Banca d'Italia ha deciso di confermare l'autorizzazione concessa, ritenendo le commissioni fino ad allora praticate sostanzialmente congrue rispetto ai costi sostenuti dalle banche. Al contrario il parere dell'AGCM propendeva per conclusioni diverse, specie in ragione di alcune considerazioni sul mercato a valle del convenzionamento degli esercenti, rispetto al quale veniva evidenziato il pericolo dell'innalzamento del *merchant fee*, causato dall'incremento della commissione interbancaria. Per una disamina del caso cfr. S. VALAGUZZA, *Principi concorrenziali e tutela del credito*, in *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, 10/2002, 303 ss.

(20) Provvedimento della Banca d'Italia n. 18 del 7 febbraio 1997, *Cariplo/Carinord*, in *Boll.* n. 7/1997; Provvedimento dell'AGCM n. 4597 del 16 gennaio 1997, *Cariplo/Carinord Holding*, in *Boll.* n. 7/1997. In quell'occasione la Banca d'Italia autorizzò un'operazione di concentrazione da cui scaturiva il rafforzamento della posizione dominante, subordinandola al rispetto di impegni che peraltro non erano in grado di annullare l'effetto che fa scattare il divieto di cui all'art. 6 della legge 287/1990 (come, invece, auspicato nel suo parere dall'AGCM).

Quanto al secondo aspetto, la Banca d'Italia si ritiene competente a valutare, sotto un profilo *antitrust*, le operazioni che interessano gli istituti di credito indipendentemente dai mercati in cui le stesse producono effetti, quanto, piuttosto, in relazione ai soggetti coinvolti nell'operazione (c.d. competenza per soggetti) (21). Laddove, infatti, anche solo una delle parti sia un soggetto rientrante nella sfera di controllo e regolamentazione della Banca d'Italia, la stessa decide dell'operazione anche quando questa non interessi mercati bancari (22).

Al contrario, invece, l'AGCM segue un riparto di competenze c.d. per effetti: vale a dire che essa si ritiene competente ad applicare la normativa *antitrust* laddove l'operazione interessi mercati non bancari, benché la stessa veda coinvolti soggetti sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia (23).

---

(21) Rileva tale tendenza M.L. MONTAGNANI – M. SIRI, *L'applicazione del diritto antitrust nei settori «speciali»: l'evoluzione normativa e i principali interventi dell'Autorità Garante e della Banca d'Italia nel 1999*, in *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, 8/2000, 95; M.L. MONTAGNANI – M. SIRI, *L'applicazione del diritto antitrust nei settori speciali «tradizionali» (bancario e assicurativo) e nel mercato delle comunicazioni*, in *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, 10/2002, 94.

(22) Il riferimento va ovviamente all'art. 10 del testo unico bancario, a mente del quale è riservata alle banche «la raccolta del risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito». Per un'applicazione del criterio della competenza per soggetti cfr. Provvedimento della Banca d'Italia n. 160/A del 5 settembre 2001, *Banco Sella/Wind*, in *Boll.* n. 37/2001; Provvedimento della Banca d'Italia n. 172/A del 4 febbraio 2002, *Banca IntesaBCI/Epsilon Associati SGR*, in *Boll.* n. 6/2002; Provvedimento della Banca d'Italia n. 171/A del 31 gennaio 2002, *Riscoservice/Sorit Ravenna*, in *Boll.* n. 6/2002; Provvedimento della Banca d'Italia n. 165/A, *Gruppo IntesaBCI/Serit Picena*, in *Boll.* n. 48/2001; Provvedimento della Banca d'Italia n. 156/A del 1° agosto 2001, *Finemiro Banca (Gruppo Cardine)/Servizi*, in *Boll.* n. 32/2001. Gli ultimi tre casi citati, poi, non riguardano più i mercati dei servizi e dei prodotti finanziari tradizionalmente estranei alla competenza della Banca d'Italia, tuttavia indirettamente connessi ai mercati strettamente bancari in ragione della pluralità di servizi offerti dagli istituti di credito ma settori quali quello della riscossione dei tributi (*Riscoservice/Sorit Ravenna* e *IntesaBCI/Serit Picena*) e dei servizi informatici (*Finemiro Banca (Gruppo Cardine)/Servizi*), nei quali non si vede quale vantaggio informativo possa vantare la Banca d'Italia, tale da giustificare la sua competenza nell'applicazione della normativa *antitrust*.

(23) L'AGCM, già a partire dal Provvedimento n. 222 del 20 novembre 1991, *Istituto Bancario S. Paolo di Torino/Crediop*, in *Boll.* n. 12/1991, ha affermato la sua competenza nei confronti degli effetti di un'operazione realizzata unicamente da imprese bancarie, che però determini effetti relativamente a mercati diversi da quello creditizio, come, nel caso di specie, sul mercato della gestione fiduciaria di patrimoni. Sul punto cfr. la ricostruzione operata da M. SIRI, *Art. 20 della legge antitrust*, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, II ed., Padova, 1995, 258 ss., in cui, alla luce dei numerosi provvedimenti dell'AGCM, si chiarisce che sussiste la competenza dell'Autorità sulle concentrazioni, anche se realizzate da enti creditizi, se il settore di attività si riferisce: alle attività meramente strumentali a quella propriamente bancaria; ai prodotti e servizi del c.d. parabancario, quali *leasing*, *factoring*, concessione di finanziamenti alle imprese, mutui immobiliari; ai prodotti e servizi dell'intermediazione finanziaria, ancorché collocati da società inserite in un gruppo creditizio, e così nei confronti delle società di intermediazione mobiliare, delle società fiduciarie di gestione di patrimoni mobiliari, delle società di gestione dei fondi comuni di investimento, delle società di intermediazione finanziaria e delle finanziarie di partecipazione.

Più di recente, per una duplicazione di procedimenti, cfr. provvedimento della Banca d'Italia n. 44 del 5 settembre 2002, *Banca di Roma/Bipop-Carire*, in *Boll.* nn. 35-36/2002; provvedimento dell'AGCM n. 11175 del 5 settembre 2002, *Banca di Roma/Bipop-Carire*, in *Boll.* nn. 35-36/2002 (mercati interessati: fondi comuni d'investimento, gestioni su basi individuali di portafogli d'investimento, polizze vita); provvedimento della Banca d'Italia n. 30 del 2 dicembre 1999, *Banca*



5. – *La sentenza del Consiglio di Stato*. Di fronte ad una situazione di tal fatta, ove l'incertezza regna sovrana e la duplicazione dei procedimenti sembra ormai divenuta la regola, il Consiglio di Stato, con la pronuncia in epigrafe, cerca di ristabilire una parvenza di ordine.

Il Supremo Consesso, al termine di una diffusa analisi delle possibili ragioni – storiche, economiche, sociali – che hanno condotto al particolare quadro normativo in materia, dei numerosi fattori che hanno prodotto una trasformazione nel settore bancario (quali «le modificazioni avvenute nel comparto creditizio, l'emanazione della nuova legge bancaria, l'influsso del diritto comunitario, il riconoscimento della natura imprenditoriale dell'attività creditizia»), criticando la scelta normativa di attribuire alla Banca d'Italia la competenza *antitrust*, esplicita la sua opzione interpretativa a favore del criterio della competenza per effetti o per mercati (24).

---

Intesa/Banca Commerciale Italiana, in *Boll.* n. 48/1999; provvedimento dell'AGCM n. 7771 del 2 dicembre 1999, *Banca Intesa/Banca Commerciale Italiana*, in *Boll.* n. 48/1999 (mercati interessati: depositi, impieghi, mercati della gestione e distribuzione dei fondi comuni d'investimento, gestione e distribuzione dei patrimoni mobiliari, produzione e distribuzione dei servizi di *factoring*); provvedimento dell'AGCM di avvio d'istruttoria n. 9191 del 7 febbraio 2001, *Carte di pagamento bancarie*, in *Boll.* n. 5/2001; provvedimento della Banca d'Italia n. 41 dell'11 luglio 2002, *Carte di pagamento bancarie*, in *Boll.* n. 28/2002; parere dell'AGCM del 27 giugno 2002, *Carte di pagamento bancarie*, in *Boll.* n. 26/2002. In quest'ultimo caso le valutazioni delle due autorità si sono nettamente divaricate. L'AGCM ha, infatti, ritenuto che il mercato delle carte di credito fosse distinto da quello delle carte di pagamento, mentre la Banca d'Italia ha ritenuto costituissero un unico mercato. Tuttavia, l'AGCM non procede più alla costante adozione del provvedimento di non avvio per tutte le operazioni di cui viene a conoscenza – a seguito della richiesta di parere trasmessogli dalla Banca d'Italia –, le quali siano produttive di effetti nei mercati di propria competenza (cfr., in tema di concentrazioni, provvedimento dell'AGCM n. 9389, *Banque Cortal/Cortal Financial Advisor SIM*, in *Boll.* n. 14/2001; provvedimento dell'AGCM n. 9458, *Banca Lombardia e Piemontese/Veneta Factoring*, in *Boll.* nn. 16-17/2001; provvedimento dell'AGCM n. 9738, *Cardine Banca/Servizi*, in *Boll.* nn. 27/2001; provvedimento dell'AGCM n. 9915, *Wind Telecomunicazioni/Mobilmat*, in *Boll.* nn. 35-36/2001; provvedimento dell'AGCM n. 10101, *Cassa di Risparmio di Ravenna-Bipop-Carire/Sorit Ravenna*, in *Boll.* n. 45/2001; provvedimento dell'AGCM n. 10367, *Banca IntesaBCI/Epsilon Associati SGR*, in *Boll.* n. 4/2002; provvedimento dell'AGCM n. 10461, *Gruppo Intesa/Serit Picena*, in *Boll.* n. 9/2002). L'atteggiamento dell'AGCM è imputabile alla consapevolezza dell'inutilità di una duplicazione di valutazione per le operazioni la cui incidenza sulla concorrenzialità del mercato sia a tal punto irrisoria da non destare il benché minimo sospetto di un pregiudizio alla concorrenza nel mercato interessato.

Quanto alle intese, (solo nel corso del 2001) in ben due casi l'AGCM ha proceduto ad emettere un autonomo provvedimento di non avvio d'istruttoria a seguito della richiesta di parere effettuata dalla Banca d'Italia (cfr. provvedimento dell'AGCM n. 9750, *Assofin-contratto di finanziamento revolving e carta*, in *Boll.* n. 28/2001; provvedimento dell'AGCM n. 9825, *Banca di Roma/Toro Assicurazioni*, in *Boll.* n. 32/2001). Il duplicarsi di provvedimenti nelle ipotesi considerate è indotto dal comportamento stesso delle parti che hanno comunicato l'intesa, le quali, in ragione sia della molteplicità di attività svolte, sia dell'incertezza che regna nella suddivisione della competenza *antitrust* tra l'AGCM e la Banca d'Italia, hanno provveduto a comunicare la stessa ad entrambe le autorità.

(24) Cfr. già gli auspici di F. BUGLIONI – V. MELI – A. ROCCHIETTI, *Linee direttrici dell'intervento antitrust nel settore bancario*, in *Concorrenza e mercato: Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, 9/2001, 335 ss. (in particolare p. 349). Da ultimo v. AGCM, *Relazione annuale per il 2002*.

In applicazione di tale criterio sono configurabili tre distinte ipotesi: nel caso di fattispecie omogenee dal lato soggettivo (in quanto realizzate solo da soggetti bancari), è competente la Banca d'Italia, purché si tratti di attività normativamente riservate alle banche; ancora, nel caso di fattispecie omogenee dal lato soggettivo, ma produttive di effetti anche su mercati non normativamente riservati alle banche, accanto alla competenza della Banca d'Italia per gli effetti sui mercati riservati, sussiste la competenza dell'AGCM, per gli effetti sui mercati non riservati; infine, nel caso di fattispecie miste dal lato soggettivo (in quanto realizzate sia da soggetti bancari, sia da soggetti non bancari), se gli effetti dell'operazione si producono su un mercato non riservato agli enti creditizi, la competenza spetta all'AGCM. Di conseguenza, nel caso di specie, relativo ad un'intesa tra un'impresa bancaria e un'impresa assicurativa, produttiva di effetti solo sul mercato assicurativo, è ritenuta sussistente la competenza dell'AGCM.

La competenza della Banca d'Italia in materia *antitrust* viene in questa maniera interpretata restrittivamente: l'organo di vigilanza settoriale non è l'unico soggetto competente all'applicazione delle regole della concorrenza nei confronti delle aziende e degli istituti di credito – come avverrebbe, invece, adottando un criterio di competenza c.d. per soggetti – ma divide tale competenza con l'ACGM.

Con tale opzione ermeneutica, implicitamente il Consiglio di Stato prende posizione a favore di un'estensione quanto più ampia possibile degli *standard* di valutazione adottati dall'Autorità garante e quindi di un'applicazione uniforme della disciplina concorrenziale, anche quando ad essere coinvolti siano soggetti bancari. Difatti, la decisione in commento non solo ha ribadito la centralità del criterio di riparto per effetti, conformemente alla consolidata prassi dell'AGCM, ma ne ha ulteriormente ampliato i confini: un'applicazione coerente dell'anamnesi interpretativa effettuata dal Consiglio di Stato vede sussistere la competenza dell'AGCM anche in casi in cui la stessa Autorità garante si è dichiarata incompetente (ad esempio, in tema di carte di pagamento) (25).

Militano a favore di tale ricostruzione non solo gli argomenti di natura sistematica cui si è fatto riferimento in precedenza, ma anche le più recenti innovazioni introdotte dal legislatore relativamente agli istituti creditizi e gli sviluppi dei mercati finanziari.

All'uopo giova precisare come, ai fini dell'individuazione dell'ambito di competenza della Banca d'Italia, l'art. 20, secondo comma, adotta un criterio di tipo soggettivo, riferendosi testualmente alle «aziende ed istituti di credito». Utilizzando tale criterio la legge intendeva far riferimento ad una ben determinata categoria di soggetti, e cioè a quelli indicati agli artt. 5 e 41

---

(25) Infatti il settore delle carte di pagamento non rientra fra quelli riservati agli istituti di credito ai sensi dell'art. 10 del testo unico bancario. Cfr. Segnalazione-parere dell'AGCM del 9 maggio 2002, *Carte di pagamento bancarie, cit.*; provvedimento della Banca d'Italia n. 185/A dell'11 luglio 2002, *cit.*, con cui la Banca d'Italia ha disposto l'avvio dell'istruttoria; provvedimento della Banca d'Italia n. 200/A del 23 gennaio 2003, *cit.*, con cui la Banca d'Italia ha prorogato il termine per la conclusione del procedimento dal 31 gennaio 2003 al 31 maggio 2003.

della legge bancaria del 1936 e agli istituti successivamente abilitati all'esercizio del credito speciale, operanti con compiti specifici in un determinato settore («raccolta del risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito») (26). Ma, a seguito di alcune fondamentali modifiche normative (art. 1, secondo comma, e art. 5, primo comma, del D. Lgs. n. 481/1992; art. 1, secondo comma, e art. 10, terzo comma, del testo unico bancario), agli enti creditizi è ora consentito di svolgere non solo l'attività bancaria ad essi riservata in via esclusiva, ma anche ogni altra attività finanziaria, che parimenti può essere esercitata da enti non creditizi. Conseguentemente, il criterio della competenza per soggetti non coincide più con la competenza per settore di attività (27).

In secondo luogo, il criterio di competenza per soggetti non è l'unico ad essere stato previsto nella legge *antitrust*. Il controverso settimo comma, dell'art. 20, a mente del quale sussiste una competenza parallela delle due autorità nelle fattispecie c.d. miste, va inteso e così è stata costantemente inteso dall'AGCM nel senso che di fronte a tali operazioni si debba adottare un criterio di competenza per effetti, in base al quale le autorità settoriali dispongono della competenza *antitrust* se e in quanto l'operazione espliciti effetti sul mercato sottoposto alla propria vigilanza, indipendentemente dall'identità del soggetto che realizza l'operazione (28).

---

(26) Cfr., in tal senso, ACGM, *Relazione annuale per il 1991*, 57 ss., secondo cui la deroga di competenza a favore della Banca d'Italia è da intendersi limitata alle imprese cui è riservata l'attività congiunta di raccolta del risparmio presso il pubblico e di erogazione del credito.

(27) All'epoca della redazione della legge *antitrust* «il riferimento alle aziende ed istituti di credito equivaleva, nella *mens legislatoris*, all'attività bancaria *tout court*»: cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Antitrust e concentrazioni bancarie*, in *Giur. comm.* 1996, 395 ss., in part. 400. Sul punto cfr. altresì L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 250; F. GHEZZI – P. MARCHETTI, *I rapporti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato con le autorità di vigilanza settoriali*, in *Concorrenza e mercato* 1993, 205 ss., in part. 216 ss. Del resto, sotto un diverso profilo, già al momento dell'emanazione della legge *antitrust* era possibile affermare che l'ambito soggettivo della competenza *antitrust* attribuita alla Banca d'Italia non coincidesse con i suoi più estesi poteri di vigilanza (basti pensare ai poteri conferiti alla Banca d'Italia ai sensi della legge 23 marzo 1983, n. 77, sulla disciplina dei fondi comuni d'investimento mobiliare). La divaricazione tra l'ambito soggettivo dei compiti *antitrust* della Banca d'Italia e quello dei suoi compiti di controllo di stabilità si è via via accentuata a partire dai poteri attribuiti all'istituto con la legge 2 gennaio 1991, n. 1, istitutiva delle SIM, nonché con la legge 21 febbraio 1991, n. 52, sull'attività di *factoring*.

(28) In dottrina aderiscono a siffatta interpretazione F. GHEZZI – P. MARCHETTI, *I rapporti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato con le autorità di vigilanza settoriali*, cit., 225 e 226; Id., *L'Autorità garante della concorrenza e le autorità di vigilanza settoriali: i principi e le procedure di applicazione della legge n. 287/1990 nei settori speciali*, in *Concorrenza e mercato* 1994, 163 ss.; R. ALESSI – G. OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, 124; A. BETTIN, *Art. 20 della legge antitrust*, in *Commentario breve al diritto della concorrenza* a cura di P. Marchetti e L. C. Ubetazzi, Padova, 1997, 452 ss., in part. 456. L'interpretazione accolta nel testo non è l'unica ad essere stata prospettata. Secondo alcuni Autori, sussiste la competenza esclusiva della Banca d'Italia anche quando l'operazione esplicita effetti al di fuori del settore creditizio, prospettando una diversa interpretazione del comma VII che dovrebbe essere riferito ai provvedimenti delle autorità di settore diversi da quelli di applicazione della legge sulla concorrenza: cfr. R. COSTI, *Le concentrazioni bancarie e la legge antitrust*, in *Banca impresa e società* 1991, 399 ss.; P. MARCHETTI – M. MONTI, *Il sistema finanziario nella disciplina della concorrenza: il quadro internazionale*

Tale criterio conduce, per una medesima operazione, ad un sistema binario di competenze *antitrust* nel caso di operazioni miste in senso oggettivo, intese come operazioni che producono effetti su mercati diversi: la competenza della Banca d'Italia si limita alla valutazione degli effetti delle operazioni sui mercati riservati agli enti creditizi; quella dell'AGCM riguarda gli effetti che tali operazioni producono su altri mercati, venendo così ad effettuare una scomposizione degli effetti economici dell'operazione (29).

Infatti, il criterio della competenza per effetti viene applicato non solo nell'ipotesi di operazioni miste dal punto di vista soggettivo, ossia di operazioni alle quali partecipino imprese sottoposte al controllo *antitrust* da parte di più autorità, ma anche nell'ipotesi di operazioni omogenee dal punto di vista soggettivo, qualora un'operazione posta in essere solo da soggetti bancari spieghi i suoi effetti sia su mercati riservati, sia su mercati non riservati (operazioni miste dal punto di vista oggettivo).

In altri termini, a causa del mutamento del contesto di riferimento, si rovescia quello che era l'originario impianto della norma, venendosi ad adottare un criterio di riparto di competenze funzionale agli effetti prodotti sui vari mercati, assorbendo di fatto il criterio della competenza per soggetti.

6. – *Conclusioni.* La delicata disciplina che si è cercato di illustrare presenta due principali aspetti «critici»: le divergenze esistenti nei canoni valutativi delle due autorità e l'adozione di differenti criteri nel riparto delle rispettive competenze.

Quanto al primo profilo, la constatazione è allarmante giacché non solo, come si è detto, si ritiene che la normativa *antitrust* debba trovare un'applicazione tendenzialmente piena anche nel settore bancario, ma soprattutto perché l'AGCM non dispone di alcun poter di impugnativa verso un provvedimento della Banca d'Italia di cui non condivida le motivazioni. Al contrario, nell'ordinamento statunitense, che è normalmente indicato come l'unico altro sistema, oltre a quello italiano, che abbia optato per la (peraltro parziale) sottrazione della competenza relativamente al settore bancario all'autorità deputata all'applicazione delle norme *antitrust* in via generale (30), la

---

e la normativa italiana, in AA.VV., *L'integrazione europea e la regolamentazione dei mercati finanziari*, Milano, 1992, 56); a detta di altri, invece, sussiste la competenza esclusiva dell'AGCM anche quando un'operazione esplica effetti sul mercato propriamente creditizio, se all'operazione prenda parte almeno un soggetto diverso dalle imprese bancarie: cfr. L.C. UBERTAZZI, *Diritto nazionale antitrust ed imprese bancarie*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi, Bologna, 1993, vol. II, 1053 ss.

(29) Il criterio è stato fatto proprio dall'AGCM fin dalle prime applicazioni della legge *antitrust*: cfr. Provvedimento dell'AGCM n. 136 del 6 agosto 1991, *Banca Manusardi/Fideuram*, in *Boll.* n. 6/1991.

(30) La *Federal Trade Commission*, infatti, non ha azione sulle concentrazioni bancarie. L'applicazione delle norme rilevanti spetta alle apposite *agencies* che esercitano la vigilanza regolamentare (la ripartizione delle competenze è alquanto complessa; essa segue sostanzialmente quella prevista per la vigilanza, che prevede diverse agenzie federali a seconda del tipo di banca e del tipo di attività esercitata. L'autorità che ha la competenza nei confronti della maggior parte delle fattispecie è comunque il *Federal Reserve Board*, ovvero l'autorità di vigilanza su tutte le banche che

posizione del *Department of Justice* (nel prosieguo, *DOJ*) in relazione alle concentrazioni bancarie non è solo consultiva, come quella chiaramente attribuita all'Autorità garante dalla legge n. 287/1990. Il *DOJ* ha il potere di impugnare i provvedimenti presi dalle *agencies* di settore e di iniziare un'azione legale di opposizione alle operazioni che esso ritiene in violazione delle norme *antitrust*. Potere che è stato in effetti utilizzato, almeno come arma per costringere le parti ad adeguarsi agli *standard* seguiti dal *DOJ* (31).

Conflitto, quindi, ma che trova la sua soluzione non nella prevalenza di un'autorità sull'altra o, peggio, dell'autorità bancaria su quella della concorrenza, ma in un giudizio davanti ad una corte indipendente (32).

---

aderiscono al *Federal Reserve System*). Peraltro la competenza dell'autorità settoriale non è esclusiva, ma concorrente: l'autorità di volta in volta competente deve infatti consultare l'*Attorney General*, che ha comunque il potere di impugnare sempre la decisione di autorizzazione della concentrazione presa dall'agenzia competente.

Sull'applicazione della disciplina *antitrust* al settore bancario negli U.S.A. cfr. E.W. KINTNER, *Federal Antitrust Law. IX: Antitrust Exemptions, Specific Industries and Activities*, Cincinnati, Oh., Anderson, 1989-96, 105 ss.; B. SHULL, *The Origins of Antitrust in Banking: An Historical Perspective*, cit., 255; L. J. WHITE, *Banking, Mergers, and Antitrust: Historical Perspectives, and the Research Tasks ahead*, cit., 323 e A. S. BLINDER, *Antitrust and Banking*, cit., 1996, 447; B. SHULL – L. J. WHITE, *A symposium on the changes in banking, with implications for antitrust: introduction*, in *Antitrust Bull.* 2000, II, 553 ss.; M. MONTI, *International cooperation in antitrust: US/EU and beyond*, in *Antitrust Law Journal* 2001, vol. 69, 361 ss. Per una disamina comparativa tra l'esperienza statunitense, quella comunitaria e quella italiana v. G. ROSSI, *Governo, Magistratura e Autorità Garante: tre diverse filosofie dell'antitrust*, in *Riv. soc.* 2000, II, 1081 ss., che auspica una riforma dell'art. 20 (p. 1097).

(31) Ad esempio, nel caso dell'acquisizione da parte del *Fleet/Nortstar Financial Group della Bank of New England* (sulla quale cfr. D.I. BAKER, *Searching for an Antitrust Beacon in the Bank Merger Fog*, in *Antitrust Bull.* 1992, 651), il *Board* si apprestava ad autorizzare l'acquisizione della *Bank of New England* da parte di un gruppo bancario con una notevole posizione di mercato. Il *DOJ* prese posizione sull'operazione, affermando che questa avrebbe comportato una grave restrizione della concorrenza su una serie di piccoli mercati locali nello stato del *Maine*, e chiedendo al *Board* di imporre all'acquirente di attenuare gli effetti anticompetitivi dell'operazione mediante l'impegno di vendere le filiali situate in *Maine* ad un concorrente estraneo all'acquisizione. Il *Board*, discostandosi dall'opinione del *DOJ*, emise un provvedimento autorizzatorio della concentrazione, sulla base di motivazioni che dimostravano in modo eloquente il diverso approccio agli *antitrust concerns* rispetto a quello del *DOJ*. Applicazione della *convenience and needs defense* attraverso argomentazioni di carattere generale. In effetti il *DOJ* non si dichiarò soddisfatto delle argomentazioni del *Board*, e insistette sul carattere anticompetitivo dell'operazione e sulla necessità di imporre dei rimedi. La conclusione della storia, che offre non pochi spunti di riflessione, è che l'impresa acquirente decise di sottoporsi alle misure correttive indicate dal *DOJ* per evitare che questo, in base al potere conferitogli dalle norme federali, impugnasse il provvedimento del *Board* in sede giudiziale.

(32) Come è stato giustamente rilevato (cfr. F. DENOZZA – A. STABILINI, *Rapporti e possibili conflitti tra le autorità preposte all'applicazione della normativa sulla concorrenza con riferimento al settore bancario*, cit., 427 e 428), «Nulla impone che la libertà di concorrenza sia l'unico o il prevalente valore tutelato dall'ordinamento nella disciplina dei rapporti economici. [...] Tuttavia, nell'operare questo tipo di scelte, alcuni principi appaiono irrinunciabili: 1) il legislatore, e non una o più autorità amministrative, deve farsi carico di scegliere se e in che misura comprimere gli obiettivi di tutela della concorrenza a favore di obiettivi differenti, fornendo alle autorità incaricate di applicare la disciplina criteri di valutazione chiari, trasparenti e predeterminati; 2) qualora il legislatore scegliesse, per attuare il contemperamento tra i diversi obiettivi, di affidare l'applicazione delle norme a più autorità, esso avrebbe il dovere di definire in modo inequivocabile le rispettive competenze e in ogni caso di affidare la soluzione degli eventuali conflitti ad un'istituzione terza rispetto ad esse che, ci pare, altro non deve essere se non un giudice che abbia come obiettivo quello della tutela dei diritti soggettivi degli individui». Cfr., anche, F. DENOZZA, *Il disegno di legge antitrust: qualche problema «tecnico»*, in *Giur. comm.* 1988, I, 756 ss.

Quanto al secondo profilo, non è solo la conflittualità esistente tra i criteri adottati dalle due Autorità ai fini del riparto di competenze a venire in questione (relativamente alla quale il Consiglio di Stato è intervenuto – si auspica – risolutivamente con la decisione in epigrafe), ma la stessa ragion d'essere di tale riparto.

In primo luogo, nel sistema attuale, non è più avvertita quella confliggenza tra obiettivi di stabilità e tutela della concorrenza, prima tanto temuta dagli operatori. Si è verificata un'evoluzione nel modo di intendere la stabilità del settore, ritenendosi che quest'ultima tragga vigore anche da un'effettiva concorrenza (33). Siffatta evoluzione si è verificata anche sul piano legislativo e regolamentare, segnato, appunto, dal passaggio dalla «indifferenza della vecchia legge bancaria [...] ad un cauto e per alcuni versi preoccupato riconoscimento del valore concorrenza» (34).

Inoltre, il sistema attuale determina una frantumazione e una sovrapposizione di competenze che, a loro volta, conducono a duplicazioni ed aggravamenti procedurali.

Tutto ciò risulta difficilmente giustificabile sia in via generale, stante la consapevolezza sempre più radicata della necessità di semplificare i procedimenti amministrativi, sia nello specifico, vista la rilevanza del fattore temporale e della certezza procedurale nel diritto *antitrust*, che non sopporta lungaggini e complicazioni.

Inoltre, in prospettiva, le competenze dell'AGCM si estenderanno sempre più, essendo poche le attività riservate agli enti creditizi e, di contro, molteplici le attività che gli enti creditizi possono svolgere in concorrenza con altri soggetti.

La scelta di affidare in un dato settore ritenuto speciale la competenza decisoria all'autorità di vigilanza settoriale, previo parere dell'autorità generalmente competente in materia *antitrust*, appare recessiva, dal momento che è stata superata anche nel settore delle comunicazioni di massa, in cui inizialmente era stata parimenti prevista. Attualmente, in tutti i settori reputati particolari sotto il profilo *antitrust* (assicurazioni, comunicazioni di massa), in quanto caratterizzati dalla presenza di interessi pubblici ulteriori

---

(33) Cfr. I. MUSU, *Il valore della concorrenza nella teoria economica*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di N. Lipari e I. Musu, Milano, 2000, 5 ss.; G. MINERVINI – M. ONADO, *Efficienza dei sistemi finanziari e tutela del risparmio: disciplina o deregolamentazione?*, *ivi*, 235 ss.

(34) Così A. ANTONUCCI, *La concorrenza bancaria*, in *Dir. banc. merc. finanz.* 1997, 527 ss., che prospetta anche la ricostruzione della stratificata normativa in materia. Parla di spostamento del baricentro da un sistema normativo oligopolistico ad un sistema concorrenziale N. SALANITRO, *La concorrenza nel settore bancario*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1996, 757 ss.. In senso analogo cfr. pure Banca d'Italia, *La tutela della concorrenza nel settore del credito*, Roma, 1992, 36 ss. e 315 ss.. Sulla Direttiva CE 20 marzo 2000, n. 12/2000, «testo unico» in materia bancaria, a seguito della quale «compito dell'autorità di vigilanza bancaria della Comunità, e pertanto anche della Banca d'Italia, è di garantire la concorrenzialità delle imprese bancarie, compatibilmente con la stabilità del sistema, esercitando una vigilanza prudenziale», cfr. F. MERUSI – M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, vol. VI, 2002, p. 147. In tema cfr. altresì F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 48 ss.

rispetto a quello concorrenziale, il modello di competenza adottato si articola su una competenza decisoria dell'autorità generale *antitrust*, sia pure previo parere dell'autorità di vigilanza del settore, quest'ultimo inteso a valorizzare le peculiarità del settore (35). Il mancato completo accentramento dei poteri *antitrust* in capo ad un'unica autorità generale non solo costituisce un modello ormai in via di superamento in Italia, ma rappresenta anche un'eccezione se posto a confronto sia con quello esistente nel diritto comunitario, in cui le imprese bancarie soggiacciono al regime comune *antitrust* applicato dalla Commissione, sia con quello fatto proprio da tutti gli altri paesi occidentali (36).

Tutto ciò porta a ritenere sempre più pressanti le ragioni favorevoli ad un mutamento radicale del sistema di competenze *antitrust* nel settore bancario, che attribuisca all'AGCM la competenza esclusiva nell'applicazione della disciplina generale della concorrenza (37).

*Dott.ssa Cristina Giorgiantonio*

**Consiglio di Stato, Sezione sesta, sentenza 16 ottobre 2002, n. 5640** – Presidente Ruoppolo Estensore Montedoro – Autorità garante della concorrenza e del mercato (Avv. dello Stato I.M. Braguglia, ct.22503/1997) c/o A.G. S.p.A., U. S.p.A. ed altri.

*Qualora in un mercato operino sia aziende ed istituti di credito sia altri soggetti, la valutazione degli effetti concorrenziali dell'operazione sul mercato interessato, non riservato agli enti creditizi, compete all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.*

*Qualora in una fattispecie siano coinvolte solo aziende o istituti creditizi la Banca d'Italia è competente ad applicare la disciplina antitrust sempre che si tratti di attività riservate per legge alle banche.*

---

(35) Infatti, l'art. 20, comma I, della legge *antitrust*, che demandava l'applicazione della legge medesima al Garante per la radiodiffusione e l'editoria nei confronti delle imprese operanti in tali settori, è stato abrogato dall'art. 1, sesto comma, lett. c), nn. 9 e 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, venendosi ad assoggettare anche le imprese operanti nei settori della radiodiffusione e dell'editoria alla competenza dell'AGCM, previo parere dell'autorità di vigilanza settoriale. Lo schema da ultimo adottato nel settore delle comunicazioni di massa ricalca lo schema già esistente fin dall'origine nel settore assicurativo, in cui la competenza ad applicare la legge n. 287/1990 spetta all'AGCM, mentre l'autorità di vigilanza del settore, ossia l'ISVAP, è coinvolta nel procedimento *antitrust* solo quale organo consultivo (art. 20, quarto comma).

(36) Nel diritto comunitario si applicano integralmente gli artt. 81 e 82 del Trattato nel settore creditizio, senza alcuna possibilità di considerare le banche imprese incaricate della gestione di servizi di interesse generale *ex art. 86*, secondo comma; ciò a partire dalla nota sentenza della Corte di Giustizia 14 luglio 1981, C 172/1980, Zuchner, in *Foro it.* 1982, IV, c. 473 ss., con nota di V. SININI; sul punto cfr. O. MORELLO, *Le banche e le regole comunitarie sulla concorrenza*, in *Il dir. com. scambi intern.* 1997, 7 ss.; M.T. D'ALESSIO, *Art. 81 Tr.*, in F. Pocar (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, 370 e 371.

(37) In tal senso si vedano le numerose proposte di legge dell'attuale legislatura: art. 15, quinto comma, d.d.l. n. 2224, Camera, di iniziativa Tabacci e altri; art. 14, quinto comma, d.d.l. n. 956, Senato, di iniziativa Amato e altri; art. 14, quinto comma, d.d.l. n. 2052, Camera, di iniziativa Letta e altri. In dottrina si sono espressi a favore dell'abolizione dell'art. 20. A. PATRONI GRIFFI, *Antitrust e concentrazioni bancarie*, cit., 397; M. SIRI, *Art. 20*, cit., 569; G. ROSSI, *Il conflitto*, cit., 52 e 53; Id., *Governo, Magistratura, Autorità garante: tre diverse filosofie dell'antitrust*, in *Riv. soc.* 2000, 1081 ss. Cfr. altresì AGCM, *Relazione annuale per il 2001*, 26 e 27.

*Se un'operazione produce effetti su più mercati, bancari e non bancari, sussisterà, unitamente alla competenza della Banca d'Italia, la competenza dell'Autorità per gli effetti sui mercati non bancari (nel caso di specie, la competenza spetta all'Autorità, trattandosi di un accordo per la distribuzione di prodotti assicurativi fra un'impresa bancaria e un'impresa assicurativa: il mercato rilevante è quello assicurativo e l'intesa non esplica i suoi effetti, né diretti, né indiretti sul mercato bancario).*

(Legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 20).

«(Omissis) Deve in primo luogo essere delibato il primo motivo di ricorso, relativo all'incompetenza dell'Autorità Antitrust.

L'art. 20 della legge n. 287/1990 titolato Aziende ed istituti di credito, imprese assicurative e dei settori della radiodiffusione e dell'editoria individua e disciplina le fattispecie alle quali si applicano le disposizioni speciali di cui al Capo IV della legge n. 287/1990.

Il ricorso di primo grado sostiene che in particolare, per quanto attiene agli istituti di credito, i commi 2 e 3 del suddetto articolo, stabiliscono che nei confronti delle aziende e degli istituti di credito l'applicazione degli articoli 2, 3, 4, e 6 spetta alla competente autorità di vigilanza (art. 20 comma 2) e che i «provvedimenti delle Autorità di vigilanza di cui ai commi 1 e 2 in applicazione degli artt. 2, 3, 4 e 6 sono adottati sentito il parere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato di cui all'art. 10, che si pronuncia entro trenta giorni dal ricevimento della documentazione posta a fondamento del provvedimento. Decorso inutilmente tale termine l'Autorità di vigilanza può adottare il provvedimento di sua competenza (art. 20 comma 3)».

Il legislatore – secondo l'impostazione del ricorso di primo grado – avrebbe sottratto inequivocabilmente alla competenza generale in materia di intese restrittive della concorrenza e del mercato dell'Autorità Garante ogni potere ispettivo, autorizzatorio e/o sanzionatorio in ordine ad ipotesi restrittive che interessino aziende o istituti di credito.

A riprova dell'assunto si considera il comma 3 dell'art. 20 che, invertendo il principio generale per cui l'Autorità debba richiedere il parere dell'organo tecnico di volta in volta competente, qualora i provvedimenti finali siano destinati a spiegare i loro effetti nei confronti di aziende di credito, prevede che sia l'Istituto di Vigilanza a richiedere il parere dell'Autorità, la quale ultima agisce, quindi nel caso, non più nell'esercizio dei suoi poteri decisionali ma solo ed esclusivamente con funzioni consultive.

Si rileva che U. è un noto istituto bancario e si eccepisce l'incompetenza dell'Autorità Garante.

Quanto alla circostanza che nell'intesa sia coinvolta poi un'impresa assicuratrice essa non farebbe venir meno la competenza di Banca d'Italia come comprovato anche dall'accordo in merito alle procedure applicative dell'art. 20 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 sottoscritto in data 4 marzo 1996 fra Autorità e Banca d'Italia.

L'accordo non pregiudica l'applicazione delle norme primarie e poi prevede interscambio informativo stabilendo che quando l'operazione coinvolga enti creditizi l'adozione del provvedimento di avvio dell'istruttoria spetti alla Banca d'Italia, organo di vigilanza del settore.

In particolare poi la disciplina convenzionale prevederebbe nelle ipotesi in cui le quote di mercato detenute dalle parti coinvolte nell'operazione di concentrazione sui mercati rilevanti risultino superiori al 15%:

che le imprese possano inviare la comunicazione di cui all'art. 13 legge n. 287/1990 ad una delle due istituzioni che provvederà a trasmetterla all'altra per le opportune valutazioni nell'ambito delle relative competenze;

che le due istituzioni si scambino le informazioni in loro possesso;

che, qualora non emergano ad un primo esame elementi per l'avvio dell'istruttoria la Banca d'Italia solleciti il parere all'Autorità Garante che lo redige nella formulazione sintetica ovvero articolata qualora invece ritenga che, dalla valutazione dell'operazione, emergano sufficienti elementi per l'avvio dell'istruttoria;

che la Banca d'Italia nel caso in cui ravvisi gli estremi per l'avvio dell'istruttoria emette il relativo provvedimento;

che, finita l'istruttoria, la Banca d'Italia trasmetta all'Autorità tutte le ulteriori informazioni pervenute in suo possesso;

che, acquisite le informazioni, la Banca d'Italia richieda il parere all'Autorità;



che, infine la Banca d'Italia emetta il provvedimento di cui all'art. 20 e di concerto con l'Autorità valuti l'opportunità di pubblicarlo sul Bollettino dell'Autorità.

Si lamenta l'obliterazione totale della procedura consensualmente stabilita.

La doglianza è infondata.

La norma di cui all'art. 20 della legge n. 287/1990 è stata – come è noto – oggetto di una vivace dialettica fra le autorità entrambe impegnate, nei loro diversi livelli di responsabilità, a fornire il contributo alla completa attuazione del sistema di tutela della concorrenza nell'ambito nazionale.

La peculiarità del settore bancario è riconosciuta normativamente dal legislatore nazionale *antitrust*.

Essa deriva da una lunga storia, istituzionale ed economica, dall'alveo e dal crogiuolo di avvenimenti da cui è sorta la vecchia legge bancaria, la cui presenza, unitamente alla qualificazione dell'impresa bancaria come impresa pubblica, faceva ritenere che nel settore la concorrenza dovesse giocare un ruolo residuale.

Si affermava che il settore bancario era così pesantemente regolato, sottoposto ad una disciplina tanto stretta e pregnante che le regole del gioco concorrenziale finivano per essere svisate in radice.

Tuttavia nel tempo, le modificazioni avvenute nel comparto creditizio, l'emanazione della nuova legge bancaria, l'influsso del diritto comunitario, il riconoscimento della natura imprenditoriale dell'attività creditizia, hanno condotto all'applicabilità al settore bancario della normativa comunitaria *antitrust*, non convincendo la riconduzione degli enti creditizi nell'ambito delle imprese di interesse generale di cui all'*ex art.* 90 comma 2 del Trattato CE (Corte di Giustizia nel caso *Zuchner* Corte giustizia Comunità europee, 14 luglio 1981, n. 172/1980).

In sede comunitaria non è prevista alcuna distinta regolamentazione per il settore bancario, esso risulta pienamente attratto ad un regime comune, amministrato nella sua interezza dalla Commissione CE.

Elementi specifici di diretta pertinenza tecnico-bancaria sono in quella sede recuperati sul piano procedimentale attraverso la valorizzazione di sub-procedimenti consultivi.

Le scelte del legislatore nazionale appaiono orientate in modo diverso.

Non accogliendo la prospettiva più radicale che mirava a fare del comparto bancario un esempio paradigmatico di politica delle eccezioni in materia *antitrust* ed in considerazione della maturata consapevolezza che le regole della concorrenza hanno assunto un'importanza cruciale nell'allocazione delle risorse finanziarie e nel mondo economico, tanto che nessun agente economico dovrebbe essere loro sottratto, il legislatore nazionale ha salvato le esigenze di specificità dell'attività bancaria e la riconducibilità degli interessi pubblici ad essa connessi all'art. 47 della Costituzione e non solo all'art. 41 della Carta, derogando alla competenza generale dell'Autorità Garante e prevedendo l'attribuzione di poteri *antitrust* alla Banca d'Italia.

La scelta effettuata non è stata tuttavia formulata in modo chiaro ed inequivoco, ha dato luogo a rilievi sul piano tecnico ed è tuttora foriera di incertezze applicative, per la frantumazione delle competenze che è spesso causa di conflitti nei «casi di confine».

In particolare vi è una netta differenziazione di competenze e moduli organizzativi e procedurali dei controlli *antitrust* nel settore assicurativo ed in quello bancario.

Il raccordo istituzionale è diversamente regolato dall'art. 20: nel caso del settore assicurativo il potere decisionario resta radicato presso l'Autorità *Antitrust* di cui all'art. 10 della legge n. 287/1990 e l'Autorità di settore è implicata nella vicenda procedimentale quale organo consultivo, mentre nel caso del settore bancario si assiste ad uno spostamento di competenza in capo alle amministrazioni tutorie ed è il Garante della concorrenza ad intervenire questa volta mediante l'espressione di pareri facoltativi ma non vincolanti ai sensi dell'art. 20 comma 3 della legge n. 287/1990.

Non appare chiara la ragione di siffatta differenziazione: essa si deve ritenere il frutto di configurazioni istituzionali formatesi storicamente.

Critiche, sul piano della coerenza, al modello che ha concentrato in un'unica autorità, per il settore bancario, le funzioni di vigilanza e di controllo *antitrust* sono venute anche

dalla dottrina che ha notato come le finalità di un'azione di vigilanza diretta alla stabilità complessiva del sistema finanziario (art. 5 della nuova legge bancaria) divergono dalle finalità del controllo dei comportamenti anticoncorrenziali.

Nel primo caso si mira ad uno sviluppo armonico e senza traumi del mercato, accordando importanza relativa al numero degli operatori, mentre la disciplina della concorrenza ha la finalità di conservare le condizioni di un mercato dinamico, efficiente e vivace, animato da una pluralità di competitori, nel quale vengano tutelati in primo luogo gli interessi dei consumatori.

Si evidenzia per questo verso il rischio (che per certi versi per taluni sarebbe piuttosto un obiettivo del sistema) che nelle concrete scelte di intervento l'autorità di settore possa perseguire (o tener conto) anche (del)le finalità di tutela degli interessi pubblici ulteriori affidati alla sua cura, così modulando in modo peculiare l'*antitrust* bancario nell'effettività delle scelte amministrative di regolazione.

E se è vero che l'art. 20 non definisce né introduce una disciplina differenziata della concorrenza nei settori speciali, ai quali sono riferite le stesse regole applicabili agli altri settore economici, deve ribadirsi che l'art. 20 comma 5 pur prevedendo un'autorizzazione in deroga per esigenze di stabilità del sistema monetario, tuttavia non determina, (con il complesso della restante disciplina che pure prevede alcune peculiari regole di calcolo del fatturato in occasione delle concentrazioni bancarie) per la sua portata, la costruzione di un sistema a sé stante dell'*antitrust* bancario.

Potenziale conflitto e complementarietà degli interessi coinvolti delineano in ogni caso la complessità della materia.

Si è notato altresì, sul piano della ricerca comparatistica, che il nostro sistema costruisce una peculiarità fra i Paesi dell'OCSE, ove non risultano altri Stati che abbiano attribuito un'esclusiva competenza *antitrust* in capo all'organo preposto anche alla vigilanza delle imprese bancarie, e che affinità sussistono con il modello statunitense, ove l'applicazione della legge in materia di concentrazioni bancarie è affidata alle autorità di settore, ma all'errata applicazione della legge potrà reagire il Dipartimento di Giustizia Divisione Antitrust (che ha competenze di tipo diverso da quelle amministrative della nostra autorità più simili a quelle di «un pubblico ministero *antitrust*»), portando le autorità di settore innanzi all'autorità giudiziaria.

Ciò premesso in via generale sulla complessità del quadro legislativo italiano occorre, sotto il profilo esegetico, individuare il criterio discrezionale di ripartizione della competenza nel settore bancario ed assicurativo.

La compressione della generale competenza dell'Autorità e la corrispondente speciale competenza della Banca d'Italia determinano in concreto la necessità che siano individuate le operazioni che rimangono nel modulo ordinario e quelle che sono attratte al regime speciale.

L'art. 20 definisce la competenza della Banca d'Italia con riguardo ai provvedimenti di applicazione degli artt. 2, 3, 4 e 6 nei confronti di aziende ed istituti di credito.

Si è subito notato che l'area di competenza così definita coesiste con altre regole di competenza *antitrust* e deve essere quindi riletta nell'ambito e nel contesto dell'intero sistema di regole della concorrenza (da un lato) e della disciplina dei mercati mobiliare, finanziario, bancario e valutario (dall'altro).

In questo ambito è stato segnalato che Banca d'Italia ed Antitrust hanno inizialmente avuto opinioni divergenti (evidenziate nella nota vicenda della ricapitalizzazione delle Assicurazioni Generali di Venezia ad opera di un consorzio di collocamento capeggiato da Mediobanca), e poi sempre risolte, per l'alto senso istituzionale che connota le autorità in questione, per via di prassi amministrative concordate.

Una prima tesi (che potremmo definire della «competenza per soggetti») ha sostenuto la competenza esclusiva dell'autorità di vigilanza all'applicazione delle regole italiane di concorrenza nei confronti delle aziende e degli istituti di credito avuto riguardo solo alla natura dei soggetti, ed indipendentemente dalla presenza di altri diversi operatori economici.

All'opposto – e nella prassi applicativa dell'Autorità Garante – si è ritenuta la competenza dell'Autorità Antitrust anche nei confronti delle aziende di credito quando l'opera-

zione di concentrazione o l'intesa abbia effetti su mercati non bancari come il mercato dei mutui immobiliari (*omissis*) del *leasing* (*omissis*), del *factoring* (*omissis*), immobiliare (*omissis*), assicurativo (*omissis*), del brokeraggio assicurativo e del mercato mobiliare.

Si tratta della tesi della *competenza «per effetti» o «per mercati»*.

Configurando la competenza non per soggetti si risolvono agevolmente le c.d. fattispecie miste dal lato soggettivo (perché agiscono soggetti bancari e non bancari) od oggettivo (perché producono effetti su diversi mercati non solo sul mercato creditizio).

Il Collegio ritiene che la competenza debba essere determinata secondo un criterio che tenga ferme, per quanto possibile e non espressamente derogate, le competenze *antitrust* previste in via generale, riducendo il rischio di conflitti di competenza su «fattispecie miste».

Si ritiene quindi più conforme alla ratio della normativa di cui alla legge n. 287/1990, l'adozione di un'interpretazione restrittiva della competenza della Banca d'Italia, quale eccezione rispetto alla generale competenza demandata all'Autorità Garante.

In primo luogo occorre evidenziare che una serie di norme confermano la competenza in via generale dell'Autorità ad applicare il diritto *antitrust* anche nei confronti delle aziende e degli istituti di credito, assegnando con ciò alla regola di cui all'art. 20 un ruolo limitato di norma attributiva di una competenza speciale, circoscritta, da non enfatizzare.

Si pensi alle attività di intermediazione finanziaria consentite ad aziende di credito e sottoposte alla vigilanza funzionale della diarchia Consob-Banca d'Italia (art. 5 del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58): si è dubitato in dottrina della riferibilità dell'art. 20 al caso delle attività di intermediazione finanziaria perché la vigilanza per finalità non consente di ripartire il controllo *antitrust* fra Consob e Banca d'Italia e, d'altronde, si è rilevato che l'art. 20 fa riferimento ad un'autorità (non a più autorità) che, nell'impossibilità di un riparto delle competenze in tema di concorrenza conforme ai criteri di vigilanza funzionale fra Consob e Banca d'Italia, non può che essere quella competente in via generale ossia l'Autorità Garante per la concorrenza.

Ma al di là di questa ipotesi, vi sono altre fattispecie per le quali la stessa legge n. 287/1990 prevede l'intervento dell'Autorità Garante nonostante la presenza di aziende di credito.

Si pensi al caso delle concentrazioni polisettoriali (ed è proprio la fattispecie in discussione), ove non sono coinvolti solo aziende ed istituti di credito ma anche imprese di altro genere (ad es. assicurative), ossia concentrazioni riguardanti imprese sottoposte alla vigilanza di più autorità: in questi casi si deve ritenere riprenda vigore la disciplina generale (tanto che l'art. 20 comma 7 della legge n. 287/1990 prevede in tal caso che ciascuna autorità può adottare i provvedimenti di propria competenza).

Ciò ha fatto ritenere che la competenza della Banca d'Italia sia doppiamente circoscritta, essa riguarda solo le aziende e gli istituti di credito ed è limitata all'applicazione delle regole di concorrenza nazionale con riferimento esclusivamente ai mercati riservati alle aziende ed agli istituti di credito dalla normativa bancaria.

Inoltre si deve considerare, al fine di avvalorare l'approdo ermeneutico raggiunto, che l'art. 20 comma 2 restringe la competenza stabilita in via generale dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato attribuendo in sostanza una competenza speciale all'autorità di vigilanza del settore.

Nel diritto amministrativo le regole di competenza speciale non possono essere interpretate analogicamente così come nel diritto processuale civile le deroghe alla competenza ordinaria, come quelle stabilite dalle parti con una clausola compromissoria.

Questi criteri generali di interpretazione possono essere applicati nella ricostruzione del sistema di riparto delle competenze fra Banca d'Italia ed Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

Inoltre l'intero sviluppo della disciplina in tema di vigilanza è stato letto come un passaggio dalla cittadella della vigilanza istituzionale (o per soggetti) alla più aperta e flessibile vigilanza funzionale (o per attività e mercati). Tutta la legge n. 287/1990 è basata sul modello della vigilanza funzionale, in quanto assegna la competenza al controllo *antitrust* ad un'autorità con competenza generale, ed è vero che in tale ambito è prevista una competenza speciale ispirata al modello della vigilanza per soggetti, ma essa interviene nell'ambito di un provvedimento connotato dalla presenza di un modello di vigilanza funzionale e in

un sistema (d.lgs. n. 58/1998) ispirato ormai dal predetto modello: ne consegue la piena legittimità di operazioni ermeneutiche che interpretino la competenza speciale con riferimento all'attività riservata alle banche.

Ed allora si deve ritenere che il sistema di riparto di competenze sia così delineato:

1) qualora in un mercato operino sia aziende ed istituti di credito sia altri soggetti, la valutazione degli effetti concorrenziali dell'operazione sul mercato interessato, non riservato agli enti creditizi, compete al Garante della concorrenza e del mercato;

2) quando in una fattispecie siano coinvolte solo aziende od istituti creditizi la Banca d'Italia è competente ad applicare la disciplina *antitrust* sempre che si tratti di attività che sono riservate per legge alle banche;

3) se un'operazione produce effetti su più mercati bancari e non bancari sussisterà, unitamente alla competenza della Banca d'Italia, la competenza dell'Autorità per gli effetti sui mercati non bancari.

La riserva di competenza speciale a Banca d'Italia si giustifica se ed in quanto i soggetti «aziende ed istituti di credito» operino con omogenea qualifica su un unico mercato di riferimento (assoggettato alla vigilanza dell'autorità di settore) altrimenti la competenza di Banca d'Italia si estenderebbe su mercati non da essa vigilati.

Nella specie vi è un accordo per la distribuzione di prodotti assicurativi fra un'impresa assicurativa ed un'impresa bancaria: il mercato rilevante è quello assicurativo e l'intesa non esplica i suoi effetti, né diretti né indiretti (che siano quantomeno prospettati o richiamati dal motivo di ricorso), sul mercato bancario.

Quanto al richiamo all'accordo per la valutazione delle c.d. operazioni miste occorre ribadire che esso attiene a procedure applicative, sui casi di incerta competenza, in attesa della definizione delle competenze a seguito di un'analisi delle attività da parte di un gruppo di lavoro (e quindi conferma che il criterio di riparto è non solo per soggetti ma per attività e mercati). Tale accordo presuppone e non fonda la regola di competenza, contiene regole definitorie relative solo ai mercati della raccolta e degli impieghi bancari per gli altri casi rinviando all'approfondimento del gruppo di lavoro, e impone per il resto, doveri di scambio informativo il cui mancato rispetto non ha di per sé effetto invalidante dei provvedimenti amministrativi poiché le comunicazioni fra le autorità ivi fissate hanno solo lo scopo di consentire a ciascuna autorità le valutazioni di propria competenza (peraltro secondo l'assunto dell'Autorità non specificamente smentito dalla avversa difesa la Banca d'Italia sarebbe stata informata del procedimento fornendo elementi utili).

Deve inoltre rilevarsi che non sono stati segnalati gli approdi del gruppo di lavoro e che la dottrina ha segnalato che l'accordo in tema di operazioni miste non ha avuto seguito.

In ultimo, per completezza, si deve rilevare che le imprese ricorrenti in primo grado hanno comunicato l'intesa all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato evidentemente sul presupposto della esistenza di una competenza di quest'ultima in materia.

Ne consegue il rigetto del primo motivo del ricorso originario riemerso in appello a seguito della dichiarazione delle imprese appellate (*omissis*)».

## Obbligo di notifica dell'atto introduttivo del giudizio all'Avvocatura dello Stato

*Consiglio di Stato (in sede giurisdizionale), Sezione quarta, sentenza n. 257/2003  
nella Camera di Consiglio del 17 dicembre 2002*

*Quadro di riferimento.* – Nel caso *de quo* il sig. F.L., ufficiale nel Corpo della Guardia di Finanza, avendo proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica in data 25 settembre 1999 avverso la mancata iscrizione per l'anno 1999 nel quadro di avanzamento al grado superiore, aveva richiesto, con istanza presentata il 26 febbraio 2001, al Comando Generale della Guardia di Finanza, e in ossequio al diritto di accesso riconosciutogli per legge n. 241/1990, di poter estrarre copia dello stato di servizio e del libretto personale di alcuni colleghi risultati promossi nell'occasione.

Ciononostante, poiché il Comando Generale del Corpo gli aveva denegato l'accesso, l'interessato proponeva ricorso notificato presso lo stesso Comando generale al TAR del Lazio, che con sentenza n. 7075/01 ha accolto il gravame, ordinando così all'Amministrazione di rilasciare copia dei documenti richiesti.

Ma l'Amministrazione ha impugnato la decisione dell'A.G.A., principalmente deducendone la nullità conseguente all'omessa notifica del ricorso introduttivo presso l'Avvocatura erariale: nulla ogni altra notificazione diversa da quella non effettuata; nulli gli atti processuali; nulla la sentenza (anch'essa nel caso in esame non notificata alla competente Avvocatura di Stato). E il Supremo Consesso in sede giurisdizionale (Sez. IV), nella Camera di Consiglio del 17 dicembre 2002, con decisione n. 257/2003 ha accolto l'appello e, per l'effetto, ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata. Così ha deciso sulla base delle considerazioni di diritto qui sotto riportate, disattendendo, peraltro, le conclusioni alle quali era pervenuta la Sezione con la decisione n. 5636 del 29 ottobre 2001. Tale difformità di decisioni, tuttavia, è stata necessitata, a giudizio del Collegio, dalla diversità di fattispecie: nell'una, decisa con la sentenza *de qua*, il ricorrente si è avvalso della difesa ed assistenza tecnica di un *peritus*; nell'altra il ricorrente stava in giudizio personalmente, sfornito dell'assistenza di un avvocato (1).

*Dott.ssa Ilaria Sanasi*

---

(1) Per una disamina completa sulla questione *ab initio* cfr. Cass. civ., Sez. I, del 20 gennaio 1978, n. 250, in C.E.D. Cass., rv. 389540 (secondo la quale «A seguito della sentenza della Corte Cost. n. 97 dell'8 luglio 1967, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 11, terzo comma del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, nella parte in cui esclude la sanatoria delle nullità delle notificazioni effettuate alle Amministrazioni dello Stato in violazione del primo e secondo comma dello stesso articolo, non può dichiararsi l'inammissibilità del ricorso per Cassazione notificato ad un'Amministrazione dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale, anziché presso quella Generale, quando l'Amministrazione stessa si sia costituita mediante controricorso, trovando, anche in tale ipotesi, applicazione il principio di cui all'art. 156, terzo comma c.p.c., in base al quale la nullità di un atto non può essere pronunciata se esso ha raggiunto il suo scopo»); Cass. civ., SS.UU., del 5 luglio 1982, n. 4010, *ivi*, rv. 421969 (secondo la quale «La nullità della notificazione del ricorso per Cassazione nei confronti della P.A., perché effettuata presso l'Avvocatura Distrettuale anziché presso l'Avvocatura Generale dello Stato, resta sanata *ex tunc* per effetto della costi-

**Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quarta, sentenza n. 257/2003 nella Camera di Consiglio del 17 dicembre 2002** – Presidente P. Salvatore – Relatore Cons. A. Anastasi – L.F. c/o Ministero dell'Economia e delle Finanze (ct. 36549/01, Avv. dello Stato V. Russo).

*La acclarata nullità della notificazione del ricorso introduttivo rende il gravame inammissibile.*

«(Omissis). – L'appello è fondato.

Con il primo motivo l'Amministrazione deduce la nullità della sentenza conseguente all'omessa notifica del ricorso introduttivo presso l'avvocatura erariale.

Il mezzo è fondato.

Come è noto, l'art. 11 primo comma regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 – nel testo modificato dall'art. 1 della legge 25 marzo 1958, n. 260 – stabilisce che «Tutte le citazioni, i ricorsi e qualsiasi altro atto di opposizione giudiziale, nonché le opposizioni ad ingiunzione e gli atti istitutivi di giudizi che si svolgono innanzi alle giurisdizioni amministrative o spe-

---

tuzione in giudizio dell'Amministrazione medesima a mezzo di detta Avvocatura generale, *ancorché avvenuta dopo la scadenza del termine di impugnazione*»); Cass. civ., SS.UU., del 12 settembre 1983, n. 5542, *ivi*, rv. 430482 («La notifica del ricorso per Cassazione, nei confronti di un'Amministrazione dello Stato o di un ente pubblico rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, presso l'Avvocatura Distrettuale, anziché presso quella Generale, come prescritto dagli artt. 11 del regio decreto-legge 30 ottobre 1933 n. 1611 e 9 della legge 3 aprile 1979 n. 103, comporta, ove la relativa nullità non sia sanata dalla costituzione dell'intimato, l'inammissibilità del ricorso medesimo»).

Cfr., in prosieguo, Cass. civ., Sez. I, del 30 maggio 1984, n. 3295, *ivi*, rv. 435326: «La notificazione della sentenza resa nei riguardi di una Amministrazione dello Stato, pure se rimasta contumace nel relativo giudizio, che venga effettuata presso gli uffici dell'Amministrazione stessa, anziché presso la competente Avvocatura dello Stato, come prescritto dall'art. 11 secondo comma del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, non è idonea a far decorrere, nei confronti di detta Amministrazione, il termine breve per l'impugnazione»; anche Cass. civ., del 17 aprile 1986, n. 2739, *ivi*, rv. 445787 secondo la quale «Il termine perentorio di sessanta giorni per la notifica del ricorso per Cassazione, previsto dall'art. 325, ultimo comma, c.p.c. dalla notificazione della sentenza impugnata, decorre ove controparte sia l'Amministrazione dello Stato dalla notificazione della sentenza presso l'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'Autorità Giudiziaria che l'ha pronunciata, a norma della prescrizione contenuta nell'art. 11, secondo comma, del testo unico delle leggi sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato in ordine alla notifica delle sentenza»; ancora Cass. civ., Sez. III, del 16 maggio 1994, n. 4755, *ivi*, rv. 486624: «La nullità della notificazione del ricorso per Cassazione nei confronti di un'Amministrazione dello Stato eseguita presso l'Avvocatura Distrettuale nella cui circoscrizione si trova il giudice che ha emesso la sentenza impugnata anziché presso l'Avvocatura Generale, a norma dell'art. 11 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 è sanata dalla costituzione dell'Amministrazione medesima, con la notifica ed il deposito del controricorso che è validamente compiuta *anche dopo il decorso del termine di cui all'art. 370 c.p.c.*»).

Cfr. recentemente Cass. civ., SS.UU., del 2 maggio 1996, n. 4000, *ivi*, rv. 497321 (secondo la quale «La notifica, ai fini del decorso dei termini per la sua impugnazione, della sentenza pronunciata in un giudizio nel quale sia parte un'Amministrazione dello Stato e nel quale l'Avvocatura dello Stato abbia delegato per la rappresentanza della Amministrazione *un procuratore legale esercente nel circondario dove si è svolto il giudizio* come consentitole dall'art. 2, comma 1, regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, deve essere effettuata all'Avvocatura dello Stato presso i suoi uffici, secondo il regime dettato dall'art. 11 dello stesso regio decreto n. 1611/1933; pertanto la notifica effettuata al procuratore legale delegato è radicalmente nulla, con la conseguente inidoneità di tale notifica a far decorrere il termine breve per l'impugnazione della sentenza e impugnabilità della stessa sentenza entro il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c.»). In senso difforme cfr.

ciali, od innanzi ad arbitri, devono essere notificati alle Amministrazioni dello Stato presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'Autorità giudiziaria innanzi alla quale è portata la causa, nella persona del Ministro competente».

A sua volta il comma terzo dello stesso articolo prevede che le notificazioni di cui sopra devono essere fatte presso la competente Avvocatura dello Stato a pena di nullità da pronunciarsi anche d'ufficio.

L'applicabilità della richiamata normativa nei giudizi avanti al Consiglio di Stato ed ai Tribunali amministrativi regionali – revocata in dubbio per l'effetto dell'entrata in vigore della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 il cui art. 21 prevede che il ricorso va notificato *all'organo che ha emesso l'atto impugnato* – è stata espressamente ribadita dall'art. 10, comma terzo, della legge 3 aprile 1979, n. 103, di talché la Giurisprudenza è oramai consolidata nel ritenere l'inammissibilità del ricorso proposto nei confronti dell'Amministrazione statale che non sia stato ad essa notificato presso l'Avvocatura dello Stato (ad es. IV Sez. 17 luglio 1996, n. 862) salvi gli effetti di sanatoria determinati dall'eventuale costituzione in giudizio dell'Amministrazione stessa, ai sensi della sentenza della Corte Cost. 26 giugno 1967, n. 97.

Ne deriva che nel caso in esame, in cui il gravame non è stato notificato presso l'Avvocatura e non si è verificata la sanatoria di cui sopra, il ricorso di primo grado risulta, come eccepito dall'appellante, effettivamente inammissibile.

A giudizio del Collegio – che ritiene a seguito di una approfondita riflessione sulla questione di dover adottare delle conclusioni di segno opposto a quella cui era pervenuta la Sez. con la decisione 29 ottobre 2001, n. 5636 – le considerazioni ora svolte non sono inficiate per effetto delle innovazioni introdotte dalla legge 21 luglio 2000, n. 205 nel rito speciale concernente la materia dell'accesso.

Come è noto, il citato art. 4 della legge n. 205 (rubricato «Disposizioni particolari sul processo in determinate materie»), così recita al comma 3: «Nei giudizi ai sensi dell'art. 25, commi 5 e ss., della legge 7 agosto 1990, n. 241 il ricorrente può stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore. L'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente, purché in possesso della qualifica di dirigente, autorizzato dal rappresentante legale dell'ente».

In sostanza la nuova disciplina, al fine di rendere più semplice e spedito il processo speciale per le controversie in materia di accesso, ha eliminato l'obbligo della difesa tecnica sia per il ricorrente che per l'Amministrazione.

Ad avviso del Collegio, peraltro, convergenti ragioni di indole sia testuale che sistematica inducono a ritenere che le nuove disposizioni non abbiano inciso sul regime delle notifiche degli atti introduttivi del giudizio.

Cass. civ., Sez. I, del 3 aprile 1992, n. 4078, *ivi*, rv. 476569 e Cass. civ., del 19 gennaio 1993, n. 608, *ivi*, rv. 480323; entrambe superate dall'*imprimatur* della sentenza n. 4000/1996 delle SS.UU. sul punto.

Infine, e più di recente, cfr. Cass. civ., SS.UU., del 6 febbraio 1998, n. 1275, *ivi*, rv. 512343: «Con riguardo al ricorso per Cassazione proposto nei confronti dell'Amministrazione, la nullità della notificazione, in quanto eseguita presso l'Avvocatura Distrettuale anziché l'Avvocatura Generale dello Stato, resta sanata, con effetto *ex tunc* dalla rinnovazione della notificazione stessa presso detta Avvocatura Generale, ancorché posteriormente alla scadenza del detto termine». Sicché cfr. Cass. civ., SS.UU., del 6 maggio 1998, n. 4573, *ivi*, rv. 515156: «In caso di notificazione del ricorso per Cassazione affetta da nullità perché effettuata presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato anziché presso l'Avvocatura Generale dello Stato, *il giudice deve ordinare la rinnovazione della notificazione* che ha l'effetto di sanare tale nullità impedendo la decadenza dall'impugnazione».

Conformi a questi precedenti sono poi le ultime pronunce della Suprema Corte (Cass. civ., Sez. I, del 3 marzo 1999, n. 1774, *ivi*, rv. 523784; Cass. civ., Sez. III, del 24 marzo 2000, n. 3540, *ivi*, rv. 535049; Cass. civ., Sez. III, del 2 febbraio 2001, n. 1512, *ivi*, rv. 543621; infine Cass. civ., Sez. I, del 13 febbraio 2003, n. 2148, *ivi*, rv. 561021).

In primo luogo va infatti osservato, sotto il profilo testuale e per quanto qui rileva, che la norma in rassegna – nel momento in cui configura la rinuncia della Parte statale al patrocinio tecnico come facoltativa e dunque come frutto di una scelta discrezionale formulabile solo successivamente all'introduzione del giudizio da parte del ricorrente – è compiutamente compatibile col regime ordinario delle notifiche, che non risulta da essa tacitamente abrogato o derogato.

In secondo luogo, dal punto di vista sistematico, occorre rilevare che la normativa in rassegna trova uno specifico antecedente nell'art. 417-*bis* del c.p.c. (introdotto dall'art. 42 del D. L.vo 31 marzo 1998, n. 80 e modificato dall'art. 19 del D. L.vo 29 ottobre 1998, n. 387) il quale al primo comma prevede che «Nelle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui al quinto comma dell'art. 413, limitatamente al giudizio di primo grado le amministrazioni stesse possono stare in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti».

Come chiarito dal successivo comma secondo, per le amministrazioni statali o ad esse equiparate, ai fini della rappresentanza e difesa in giudizio, la disposizione sopra trascritta si applica solo nel caso in cui l'Avvocatura dello Stato competente per territorio, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, non determini di assumere direttamente la trattazione della causa mentre, in ogni altro caso, l'Avvocatura stessa trasmette immediatamente, e comunque non oltre sette giorni dalla notifica degli atti introduttivi, gli atti stessi ai competenti uffici dell'amministrazione interessata per gli adempimenti di competenza.

Come si vede, la disciplina contenuta nell'art. 417-*bis* c.p.c. (pur contemplando nel rito del lavoro una facoltà di rinuncia della parte statale alla difesa tecnica analoga a quella introdotta nel rito per l'accesso dall'art. 4 della legge n. 205) presuppone espressamente il permanere, a pena di nullità, dell'obbligo di notifica del ricorso al Giudice del lavoro presso l'Avvocatura erariale: il che, in difetto di diversa previsione nel contesto del ridetto art. 4, induce in via analogica a ritenere che tuttora anche i ricorsi al Giudice amministrativo *ex art. 25, legge n. 241* siano tuttora soggetti al regime delle notifiche dettato dall'art. 11, primo comma regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 e successive modificazioni.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, la acclarata nullità della notificazione del ricorso introduttivo rende il gravame inammissibile: né d'altra parte sussistono nel caso in esame – in cui il ricorrente non stava in giudizio personalmente, come invece verificatosi nella controversia decisa dalla citata IV Sez. n. 5636 del 2001 – i presupposti per la concessione dell'errore scusabile.

In conclusione, l'accoglimento dell'appello comporta, ai sensi dell'art. 34 della legge n. 1034 del 1971, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata (*Omissis*)».



## Motivazione successiva in giudizio: il Tar Toscana la ammette in sede di sospensiva

*Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Firenze, Sezione prima,  
Ordinanza 9 aprile 2003 (nella Camera di Consiglio dell'8 aprile 2003) n. 353;  
Tribunale Amministrativo per la Toscana, Sezione prima,  
sentenza nella Camera di Consiglio dell'8 aprile 2003*

L'ordinanza del T.A.R. Toscana n. 353/2003 respinge la domanda cautelare con cui il ricorrente ha impugnato il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno. Il diniego risultava motivato con il carattere ostativo dell'arresto in flagranza di uno dei delitti previsti dall'art. 73, commi 1, 2 e 5 mentre il ricorrente risultava condannato *ex art.* 444 c.p.p. per la fattispecie meno grave contemplata dal comma 4, dell'art. 73 *cit.*

Considerato l'errore materiale in cui l'Amministrazione era incorsa, l'Avvocatura dello Stato chiedeva di poter integrare in corso di giudizio la motivazione.

Il T.A.R. concedeva il rinvio al fine di rinnovare il provvedimento e sanare il vizio della motivazione.

La Questura revocava il provvedimento originario ed emetteva il nuovo provvedimento di rifiuto per ragioni attinenti alla mancanza di reddito.

Parte ricorrente proponeva motivi aggiunti avverso il nuovo provvedimento, che i giudici ritengono inammissibili per difetto di giurisdizione riguardo al provvedimento di espulsione impugnato ed infondati riguardo al diniego di rinnovo del permesso di soggiorno in quanto il reddito non risultava documentato e risulta comunque, insufficiente.

La domanda cautelare viene, dunque, respinta in quanto il ricorso non è provvisto di *fumus boni iuris*.

La pronuncia si configura come innovativa in quanto accoglie il principio della motivazione successiva in giudizio.

Poco tempo prima la pronuncia del T.A.R. Lazio, Sez. prima, del 16 gennaio 2002, n. 398 aveva aperto uno spiraglio in ordine alla *vexata questio* della integrazione successiva della motivazione del provvedimento impugnato.

Nei casi di motivazione carente, insufficiente e illogica si offre alla P.A., infatti, la possibilità di fornire in sede di giudizio riscarcitorio argomentazioni e produzioni difensive atte ad integrare e chiarire il proprio operato.

Tale possibilità, definita già in dottrina come dequotazione giudiziale della motivazione (Giannini), deriva dalla legge 241 del 1990: gli articoli 2 e 3 introducono, infatti, novità rilevantisime nei riguardi della motivazione e della sua patologia.

Sanciscono l'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo con un provvedimento espresso entro un determinato termine nonché l'obbligo generale di motivazione del provvedimento, ossia due obblighi che in precedenza erano ricavati in via interpretativa (ai medesimi principi si ispira l'art. 3 della legge regionale siciliana 30 aprile 1991, n. 10).

Appare corretto il corollario al principio della trasparenza dell'*iter* motivazionale, così come prescritto e regolamentato dalla legge 241 del 2002: se l'Amministrazione ha l'obbligo di evidenziare gli atti afferenti alle fasi in cui si articola il provvedimento, è giocoforza che tale emersione risulti idonea a supportare l'eventuale mancata esplicitazione della motivazione stessa nel provvedimento conclusivo.

Il ragionamento si snoda a partire proprio dalla funzione della motivazione, che è quella di consentire la possibilità di valutare ed eventualmente contestare la ragionevolezza delle scelte dell'Amministrazione.

Senza dimenticare, peraltro, il congegno legale di cui all'art. 3 comma 3 legge 7 agosto 1990 n. 241 il quale, prevedendo la facoltà per l'Amministrazione di utilizzare la motivazione *ob relationem*, offre linfa vitale a tale schema.

Esplicito al riguardo C.d.S., Sez. quarta, 1998, n. 1866 (1).

Nella fattispecie in esame, infatti, l'avvio del procedimento notificato al ricorrente faceva riferimento alla mancata produzione del reddito, mentre il provvedimento finale al fatto che il cittadino extracomunitario aveva riportato delle condanne.

Era evidente l'errore posto in essere dalla Questura, ma era altresì evidente come, dall'esame degli atti endoprocedimentali del provvedimento, fosse possibile individuare la corretta volontà della P.A.

In tal modo è stato possibile trovare un punto di equilibrio e di contatto tra l'esigenza di garantire un provvedimento legittimo e giusto al cittadino e l'esigenza, altrettanto sentita, di valorizzare i principi di conservazione degli atti, di celerità e di efficienza della P.A.

Relativamente alla questione oggetto dell'ordinanza si evidenzia quanto segue.

Com'è noto, la normativa concernente le condizioni soggettive dello straniero che chiede di ottenere un permesso di soggiorno per entrare e/o permanere nel territorio della Repubblica, è stata modificata dalla legge 30 luglio 2002, n. 189.

L'art. 4, terzo comma, del testo unico di cui al decreto legislativo n. 286 del 1998, è stato sostituito nel senso che non è ammesso in Italia lo straniero che risulti condannato anche a seguito di applicazione della pena su richiesta *ex art. 444 c.p.p.* per i reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia o dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione od allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite.

---

(1) La sentenza è pubblicata in *Foro Amm.* 1998, 3072. La motivazione di un provvedimento amministrativo può anche ricavarsi *per relationem* dagli atti istruttori (pareri, proposte, rapporti tecnici) richiamati nel preambolo del provvedimento stesso, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 27 maggio 1999, n. 705, in *Trib. Ammm. Reg.*, 1999, I, 2948, oppure può essere legittimamente desunta da atti collegati al procedimento, Cons. Stato, Sez. quarta, 6 aprile 1999, n. 534, in *Foro amm.*, 1999, 648.

La normativa come sopra ricostruita, modifica notevolmente il quadro legislativo, così da palesare che, ad oggi, non è necessario in alcun modo valutare la pericolosità sociale del richiedente che abbia riportato una condanna, seppur condizionalmente sospesa, per i reati in materia di stupefacenti, sfruttamento della prostituzione, ecc.

Si potrebbe prospettare, dunque, la possibilità, da parte dell'Amministrazione, di integrare la motivazione in giudizio, offrendole l'opportunità di riformularla sulla base del nuovo assetto normativo.

Ciò al fine di evitare un defatigante rinnovo dell'attività provvedimentale che si risolverebbe comunque nell'emanazione di un atto di rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno.

L'esigenza di garantire un provvedimento legittimo e giusto al cittadino è altrettanto sentita, infatti, come quella di valorizzare i principi di conservazione degli atti, di celerità e di efficienza della P.A.

2. – *La motivazione successiva e la legge 241/90.* Come già detto, il ruolo della motivazione risulta modificato dagli artt. 2 e 3 della legge 241 del 1990 e dall'accentuazione dello stretto legame tra procedimento e provvedimento, laddove si rende necessario fornire un'adeguata rappresentazione dell'*iter* logico-giuridico attraverso cui l'Amministrazione si è determinata ad adottare un provvedimento.

Il rispetto di tali principi non si pone, tuttavia, in contrasto con la ricostruzione effettuata dalla recente giurisprudenza, orientata nel senso di non pretendere una visione meramente formale dell'obbligo di motivazione, coerentemente con i principi di trasparenza e lealtà desumibili dall'art. 97 della Costituzione (2).

Il principio di conservazione degli atti, libero da condizionamenti meramente formali, potrebbe trovare applicazione, riguardo alla possibilità di integrazione successiva della motivazione del provvedimento impugnato, proprio nella denegata ipotesi che la motivazione venga ritenuta carente, insufficiente e illogica, attraverso le argomentazioni e le produzioni difensive poste in essere dalla P.A. in sede di giudizio.

È proprio la presenza, nel nostro sistema giuridico, del principio di conservazione degli atti ed, in particolare, del criterio del raggiungimento dello scopo, che permette una notevole apertura in tal senso.

In base a tali principi, l'annullamento dell'atto formalmente viziato diventerebbe l'estrema *ratio*, da utilizzarsi legittimamente solo laddove non esista la possibilità di ricostruire altrimenti l'*iter* logico giuridico seguito dall'amministrazione.

L'efficacia di tale soluzione si ravvisa nel fatto che verrebbe evitato il rinnovo dell'attività procedimentale che, peraltro, non si pone come soluzione soddisfacente per le ragioni sostanziali del privato ricorrente (3).

---

(2) C.d.S., Sez. quarta, n. 2281 del 29 aprile 2002.

(3) T.A.R. Lazio, Sez. prima, 16 gennaio 2002, n. 398; CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1430.

Soprattutto oggi le esigenze di celerità e di efficienza si pongono come presupposti imprescindibili volti ad abbattere le barriere formali che impediscono l'accertamento giudiziale della realtà.

Il divieto per l'amministrazione di integrare nel corso del giudizio la motivazione del provvedimento impugnato, imponendo al giudice di emettere pronunce meramente formali di annullamento per difetto di motivazione, non preclude, infatti, all'Amministrazione, di reiterare lo stesso provvedimento annullato in sede giurisdizionale con una nuova motivazione (4).

La nuova visione volta ad offrire una modifica sostanziale dell'oggetto del processo, inteso non più come giudizio sull'atto impugnato, bensì come pretesa sostanziale fatta valere da parte ricorrente nel processo e, quindi, come giudizio sul rapporto, ha come conseguenza, tra i vari aspetti, proprio quella di consentire l'integrazione della motivazione dopo la proposizione del giudizio.

È infatti, venuto meno il presupposto sistematico dell'immutabilità del provvedimento impugnato così come rappresentato nell'atto che lo racchiude.

La giurisprudenza ha in passato mostrato delle aperture in proposito soprattutto nei casi di procedimento riservato *ex art. 24 legge 241 del 1990* (diritto d'accesso), consentendo all'Amministrazione di intervenire validamente anche in corso del giudizio ad integrare la motivazione del provvedimento impugnato, con conseguente eventuale cessazione della materia del contendere in ordine al dedotto vizio di difetto di motivazione (5).

Ulteriore apertura è stata attuata in merito alla cosiddetta motivazione plurima, che si configura qualora l'atto amministrativo si fondi su una pluralità di ragioni di per sé autonome: il provvedimento è considerato legittimo anche nel caso in cui sia esplicitata una sola di queste ragioni, idonea a sostenere l'atto intero (6).

Il superamento di una visione meramente demolitoria, così come da più parti in dottrina si auspica, non può non avere come corollario la legittima possibilità di identificare l'oggetto reale del giudizio nella pretesa sostanziale del ricorrente.

Si può dunque sostenere che il legislatore del 2000 ha rimodellato l'oggetto del processo amministrativo relativamente alla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente (e questo anche a seguito dell'estensione dell'impugnativa ai provvedimenti sopravvenuti mediante semplici motivi aggiunti all'interno del giudizio già pendente).

---

(4) Cfr. in dottrina GIOVANNI VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 516.

(5) Cons. Giust. Amm. 20 aprile 1993, n. 149, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, 577; Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 1990, n. 776, in *Cons. St.*, 1990, I, 1235; Cons. Stato, Sez. quarta, 20 maggio 1992, n. 546, in *Cons. St.*, 1992, I, 716.

(6) T.A.R. Salerno, 19 aprile 2000, n. 275, in *I TAR*, 2000, I, 3384).

Nel caso oggetto dell'ordinanza sussistono, pertanto, i presupposti per consentire all'Amministrazione l'integrazione della motivazione in giudizio, nonché l'esigenza di evitare inutili sprechi sia dell'attività processuale sia del successivo esercizio meramente confermativo dell'attività amministrativa.

Il T.A.R., accogliendo l'istanza avanzata dall'Amministrazione, concedeva il rinvio al fine di provvedere a quanto richiesto.

L'Amministrazione con nuovo provvedimento, previo annullamento del precedente, provvede a redigere ulteriore motivazione.

Il nuovo provvedimento si fonda sulla mancata dimostrazione da parte dello straniero dei concreti mezzi di sostentamento in Italia: il cittadino senegalese non ha fornito la prova di possedere il requisito dell'esercizio di lavoro autonomo o subordinato che consente il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno a mente dell'art. 5 commi 5 e 8, legge 28 febbraio 1990, n. 39 (7).

Nel mentre la Prefettura di Firenze emette decreto di espulsione nei confronti del ricorrente.

In ogni caso, essendo venuti meno gli eventuali vizi del provvedimento impugnato, e avendo l'Amministrazione proceduto alla integrazione della motivazione, il provvedimento di rifiuto di rinnovo del permesso di soggiorno è da ritenersi valido.

Come tale, anche configurandolo come provvedimento presupposto del recente decreto di espulsione, non sarebbe in grado di produrre effetti invalidanti su quest'ultimo.

Comunque sia, si ritiene che i due provvedimenti non siano l'uno dell'altro consequenziali.

In tal senso si è, infatti, espressa la Cassazione civ., Sez. prima, 5 dicembre 2001, n. 15414: l'opposizione al decreto di espulsione davanti al giudice ordinario non può fondarsi su motivi attinenti al mancato rilascio o al mancato rinnovo del permesso di soggiorno (8).

3. – *La motivazione successiva e i motivi aggiunti di cui alla legge 205/2000.* Il ricorrente, con la proposizione di motivi aggiunti si duole, sostanzialmente, dell'integrazione della motivazione posta in essere dal Questore e, a quanto pare, delle modalità con cui questa è stata attuata.

Su quest'ultimo punto giova evidenziare che l'integrazione della motivazione è stata concessa, su istanza dell'Amministrazione, dallo stesso giudice amministrativo adito, il quale, peraltro, non ha posto condizioni e modalità particolari in ordine alla attuazione di quanto richiesto.

Né d'altronde è da sottacersi che, proprio la possibilità, introdotta dalla legge n. 205 del 2000, di impugnare con motivi aggiunti eventuali altri provvedimenti connessi a quello originariamente impugnato, permette di ritenere ammissibile che la P.A., al fine di emendare un proprio precedente provvedimento, provveda ad emanarne un altro, ove risultino eliminati i vizi originari (9).

---

(7) In tal senso la giurisprudenza è costante: Cons. Stato, Sez. quarta, 31 maggio 1999, n. 932, in *Foro Amm.*, 1999, 987.

(8) In *Mass. Giur. It.*, 2001 e *CED Cassazione*.

(9) In tal senso molto chiaramente T.A.R. Lazio, Sez. prima, 16 gennaio 2002, n. 398.

Tale possibilità, già peraltro ipotizzata da tempo in dottrina, ed applicata da una parte della giurisprudenza, trova ora la sua consacrazione proprio nella nuova configurazione impressa dalla legge 21 luglio 2000, n. 205 all'istituto dei motivi aggiunti, che si ispira al diverso fine di garantire la concentrazione in unico giudizio di impugnazioni fra loro oggettivamente connesse.

La presentazione di motivi aggiunti al ricorso giurisdizionale implica sì un ampliamento del «*thema decidendum*» rispetto alla domanda originaria, arricchendo il ricorso giurisdizionale, ma nel senso che essa si configura come uno strumento idoneo a soddisfare esigenze di economia processuale.

Il suddetto principio di concentrazione processuale si applica anche nel caso di atti ulteriori oltre a quello impugnato, purché i primi siano direttamente connessi a quest'ultimo (10).

I motivi aggiunti sono proponibili anche per impugnare i nuovi provvedimenti amministrativi successivamente conosciuti o intervenuti, purché strumentalmente collegati al provvedimento impugnato originariamente (11).

Il concetto di integrazione della motivazione si sostanzia, tendenzialmente, in quattro modalità principali:

emissione di un nuovo provvedimento che si sostituisce al precedente;

emissione di un provvedimento di convalida del precedente, che si sostituisce al precedente e ne integra la motivazione originariamente carente;

la possibilità per l'amministrazione di integrare, mediante scritti dei suoi difensori, la motivazione del provvedimento impugnato;

la possibilità per il giudice amministrativo di fondare il proprio convincimento, circa l'esistenza e/o l'esatta estensione della motivazione del provvedimento impugnato, sulla base di atti, quantunque non richiamati nella motivazione del provvedimento impugnato, che siano ricavabili dal procedimento di formazione dell'atto e siano stati prodotti dalle parti o comunque acquisiti al processo (12).

La soluzione adottata dall'Amministrazione è stata l'adozione di un nuovo provvedimento, in sostituzione del precedente, con conseguente sua revoca.

Né, d'altra parte, l'Amministrazione poteva, nel caso *de quo*, ricorrere al procedimento di convalida, essendo questo contraddittorio rispetto al vizio che inficiava l'originario provvedimento impugnato: a causa di una mera «svista» l'Amministrazione aveva motivato il provvedimento finale facendo riferimento ad un articolo invece che ad un altro, in evidente contrasto con la comunicazione iniziale dell'avvio del procedimento (che menzionava invece l'esigenza di verificare i mezzi di sussistenza del K.).

---

(10) Cons. Stato, Sez.V, 26 settembre 2000, n. 5098.

(11) T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 28 aprile 1999, n. 519.

(12) Cfr. per tutti G. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 529.

Pertanto, la convalida si prospettava inconferente in merito al caso *de quo*.

Lo schema difensivo della controparte si snoda anche in relazione alla presunta violazione degli artt. 3, 10 nonché, incidentalmente, anche dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

In realtà, anche qui, non si ravvisa alcuna violazione di legge.

La motivazione del provvedimento impugnato si configura legittima, chiara e per nulla compromissoria del diritto alla difesa (tanto più che parte avversa ha potuto impugnare immediatamente il nuovo provvedimento in costanza di giudizio).

Risulta agli atti che l'avviso di inizio del procedimento faceva riferimento alla verifica dei mezzi di sussistenza, requisito poi, non ritenuto sussistente e posto alla base dell'odierno provvedimento impugnato con i motivi aggiunti.

Peraltro, proprio in seguito alla comunicazione di inizio del procedimento del 23 gennaio 2001, il K. produceva la copia dell'autorizzazione comunale, così ottenendo, a suo tempo, la proroga del permesso di soggiorno.

Il ricorrente era perfettamente a conoscenza di ciò che gli necessitava per ottenere il chiesto provvedimento, in quanto egli si era rivolto a ben due avvocati, i quali avevano inoltrato alla Questura di Pisa richieste di informazioni cui, tuttavia, nessuna produzione in merito era seguita.

Il K., pertanto, era già stato «avvertito» del contenuto dell'eventuale provvedimento finale, con la comunicazione del vecchio procedimento il cui provvedimento finale è stato ora sostituito.

Non si tratta, peraltro, di una sostituzione «normale», essendo tale provvedimento stato emanato allo scopo di integrare la motivazione dell'atto precedente e ponendosi, dunque, come atto consequenziale a questo.

È innegabile che il procedimento consegue ad un preciso nesso di derivazione necessaria da una precedente attività amministrativa già conosciuta dall'interessato e che, pertanto, non sia necessario procedere alle formalità di cui all'art. 7(13).

Non è da sottacersi, tuttavia, che la disciplina dell'art. 7 della legge 241/1990 non si applica ai procedimenti ad istanza di parte: nel qual caso l'avviso d'avvio sarebbe una mera duplicazione di formalità, in quanto l'interessato è evidentemente a conoscenza della pendenza del procedimento avviato da lui stesso (14).

Oltretutto, la formalità di cui all'art. 7 è superflua qualora l'interessato consegua *aliunde* la conoscenza del procedimento (in questo caso, addirit-

---

(13) Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Foro Amm.*, 2001, 1204; Cons. Stato, Sez. quarta, 16 marzo 2001, n. 1578, in *Foro Amm.*, 2001, 384.

(14) Giurisprudenza costante, Cons. Stato, Sez. quarta, 23 maggio 2001, n. 2849, in *Foro Amm.* 2001, 1141; Cons. Stato, Sez. quarta, 12 marzo 2001, n. 1381, in *Foro Amm.*, 2001, 366.

tura, anche a mezzo dell'attività defensionale posta in essere con i sacri crismi di un processo amministrativo): la comunicazione di avvio del procedimento ha infatti finalità sostanziali e non meramente formali (15).

Le esigenze di celerità, inoltre, non consentivano, comunque, l'applicazione della formalità di cui all'art. 7.

Lo stesso art. 7 prevede una deroga nel caso di esigenze di celerità e urgenza.

Nel caso *de quo* tali esigenze sussistevano in quanto il provvedimento riguarda un soggetto senza fissa dimora, (come dimostrano, tra le tante altre cose, le difficoltà incontrate dalla Questura per notificare i vari atti al K.) e, dunque, un soggetto in grado di arrecare pericolo per l'interesse pubblico alla sicurezza (16).

Non solo: la Questura ha più volte richiesto all'interessato la produzione di ulteriore documentazione, rispettando così il principio della partecipazione (17).

Non si nasconde, infine, che l'orientamento giurisprudenziale più recente ritiene che l'art. 7, come tutte le altre regole sulla partecipazione stabilite dalla legge n. 241 del 1990, non debba essere interpretato in maniera rigidamente formalistica, letterale e acritica, bensì secondo logica e buon senso (18).

È essenziale, infatti, fornire una lettura di tali regole, alla luce dei criteri generali che governano l'azione amministrativa, individuando i contenuti essenziali del rapporto tra esercizio del pubblico potere e tutela della posizione del privato (ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza).

È innegabile, pertanto, che il contatto procedimentale tra il ricorrente e l'Amministrazione precedente vi sia stato.

Da ultimo si evidenzia che è stata chiesta, dalla difesa dell'Avvocatura dello Stato, relativamente all'originario decreto questorio originariamente impugnato, il dichiararsi della cessazione della materia del contendere, essendo stato esso eliminato dal mondo giuridico, con consequenziale impossibilità di ledere un'eventuale situazione giuridica soggettiva di parte ricorrente.

*Conclusioni.* In conclusione, è da rilevarsi la tendenza recente della giurisprudenza ad applicare e ad avvalorare i principi innovativi della legge 241/90 non solo in riferimento alle istanze del privato, ma anche a quelle della parte pubblica, troppo spesso sacrificata in angusti schematismi e formalismi; il risultato è quello, sicuramente positivo, di garantire ed incoreg-

---

(15) Cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. quarta, 20 febbraio 2002, n. 1003, in *Foro Amm. CDS*, 2002, 395; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2001, n. 2884, in *Foro Amm.*, 2001, 1222.

(16) Cass. civ., Sez. prima, 9 aprile 2002, n. 5050, in *Mass. Giur. it.*, 2002; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 20 maggio 2002, n. 296, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002, 1660.

(17) Cfr. sul punto T.A.R. Toscana, Sez. prima, 17 luglio 2002, n. 1464, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2002.

(18) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. quarta, 4 gennaio 2002, n. 88, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 208; T.A.R. Lazio, Latina, 23 maggio 2001, n. 527, in *Foro Amm.*, 2001.



giare una corretta attività amministrativa, tralasciando una impostazione di tipo punitivo a favore di una più moderna tendenza del giudice dell'Amministrazione, deputato ad orientarla e a correggerla, senza tuttavia ostacolarla o imbavagliarla. Vi era questa concezione, d'altronde, nel disegno originario del lontano Legislatore ottocentesco.

*Avv. Maria Vittoria Lumetti*

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Firenze, Sezione prima, ordinanza del 9 aprile 2003 (Camera di Consiglio dell'8 aprile 2003), n. 353 – Presidente Relatore G. Vacirca – K.I. (Avv.ti F. Caravano, C. Pollera, D. Billetta) c/o Ministero dell'Interno (Avv. dello Stato M.V. Lumetti, contenzioso 78/03).**

*È ammissibile la possibilità per l'Amministrazione di revocare in sede cautelare il provvedimento originario di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno e di emetterne uno nuovo, modificandone la motivazione ed eliminandone i vizi originari. Ciò alla luce della facoltà, introdotta dalla legge n. 205/2000, di impugnare con motivi aggiunti eventuali altri provvedimenti connessi a quello originario, nonché dell'esigenza di valorizzazione dei principi di conservazione degli atti, di celerità ed efficienza della P.A. Si evita in tal modo un defatigante rinnovo dell'attività provvedimento che si risolverebbe comunque nell'emanazione di un atto di rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno.*

«(Omissis). Ordinanza (Omissis) per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, del decreto CAT A12/2002 IMM n. 94 emanato dal Questore della Provincia di Pisa il 19 ottobre 2002, notificato al ricorrente il 18 novembre 2002, di rifiuto del permesso di soggiorno n. D691002; nonché di ogni atto amministrativo connesso, presupposto o conseguente.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di: Ministero dell'Interno;

Udito il relatore Pres. Giovanni Vacirca e uditi altresì, per le parti D.Billetta e M.V.Lumetti (Avv. Stato);

Considerato che il ricorrente ha impugnato il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, diniego motivato con il carattere ostativo dell'arresto in flagranza di uno dei delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990;

Considerato che l'art. 86, comma 3, d.P.R. n. 309 del 1990 prevede l'espulsione per gli stranieri colti nella flagranza di uno dei delitti di cui all'art. 73, commi 1, 2 e 5, mentre il ricorrente risultava imputato ed è stato condannato con il suo consenso *ex art. 444 c.p.p.* (prima dell'entrata in vigore dell'art. 4 legge 30 luglio 2002) per la fattispecie meno grave contemplata dal comma 4 dell'art. 73, *cit.*;

Vista la revoca del provvedimento originario;

Visto il nuovo provvedimento di rifiuto per ragioni attinenti alla mancanza di reddito;

Considerato che sono stati proposti motivi aggiunti avverso il nuovo provvedimento;

Considerato che essi appaiono inammissibili per difetto di giurisdizione riguardo al provvedimento di espulsione;

Considerato che il reddito non è stato documentato e risulta comunque insufficiente;

Ritenuto che il ricorso non sia provvisto di *fumus boni iuris*;

Considerato pertanto che, in relazione agli elementi di causa, non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda incidentale in esame, ai sensi dell'art. 21, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, come modificato dall'art. 3 della legge n. 205 del 2000 coordinato con l'art. 1 della legge stessa.

*P.Q.M.*: Respinge la suindicata domanda cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria della Sezione I che provvederà a darne comunicazione alle parti (*Firenze, 8 aprile 2003 (Omissis)*).

Di seguito si pubblica la sentenza conclusiva del processo.

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione prima, sentenza nella Camera di Consiglio dell'8 aprile 2003** – *Presidente Estensore G. Vacirca* – K.I. (Avv.ti F. Caravano, C. Pollera, D. Billetta) c/o Ministero dell'Interno (Avv. dello Stato M.V. Lumetti, contenzioso 78/03).

«(*Omissis*) ricorso (*omissis*) per l'annullamento del decreto CAT A12/2002 IMM n. 94 emanato dal Questore della Provincia di Pisa il 19 ottobre 2002, di rifiuto del permesso di soggiorno n. D691002; nonché di ogni atto amministrativo connesso, presupposto o conseguente.

Visti gli atti e documenti presentati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero intimato;

Designato relatore alla Camera di Consiglio dell'8 aprile 2003, il Presidente dott. Giovanni Vacirca;

Uditi, altresì, per le parti l'avv. D. Billetta e l'avv. dello Stato M.V. Lumetti;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21, nono comma, della legge n. 1034/1971, come introdotto dalla legge n. 204/2000;

Considerato che, in relazione agli elementi della causa, sussistano i presupposti per l'adozione di una decisione in forma semplificata;

Considerato che il ricorrente ha impugnato il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, diniego motivato con il carattere ostativo dell'arresto in flagranza di uno dei delitti previsti all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990;

Considerato che l'art. 86, comma 3, d.P.R. 309 del 1990 prevede l'espulsione per gli stranieri colti nella flagranza di uno dei delitti di cui all'art. 73, commi 1, 2 e 5, mentre il ricorrente risultava imputato ed è stato condannato con il suo consenso *ex art.* 444 c.p.p. (prima dell'entrata in vigore dell'art. 4 legge 30 luglio 2002) per la fattispecie meno grave contemplata dal comma 4 dell'art. 73, *cit.*;

Vista la revoca del provvedimento originario;

Visto il nuovo provvedimento di rifiuto per ragioni attinenti alla mancanza di reddito;

Considerato che sono stati proposti motivi aggiunti avverso il nuovo provvedimento;

Considerato che essi appaiono inammissibili per difetto di giurisdizione riguardo al provvedimento di espulsione;

Considerato che il reddito non è stato documentato, non essendo sufficiente la produzione di un riepilogo dei ricavi, a fronte dei quali non risulta esposta alcuna spesa per acquisto dei beni che si assumono venduti;

Considerato che l'utile di € 4.407,00 risulta comunque insufficiente;

Considerato che l'art. 7 legge n. 241 del 1990 non si applica ai procedimenti su istanza dell'interessato;

Ritenuto che il ricorso originario sia improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse e che l'impugnazione proposta con motivi aggiunti sia inammissibile per quanto concerne l'espulsione e infondata per quanto concerne il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno;

*P.Q.M.*: Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sez. prima, dichiara il ricorso in parte improcedibile, in parte inammissibile ed in parte infondato. Spese compensate.

*Così deciso in Firenze l'8 aprile 2003 (omissis)*».

## La normativa in materia di stranieri, novellata dalla legge n. 189/2002 e il «patteggiamento»

*Tribunale Amministrativo regionale per la Toscana  
Sez. prima, sentenza nella Camera di Consiglio 8 aprile 2003 n. 1498*

*Premessa.* La sentenza del T.A.R. Toscana n. 1498/2003, respinge il ricorso con cui era stato impugnato il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno.

Tale diniego risultava essere motivato in forza della condanna per rapina riportata dal ricorrente in relazione con l'art. 4 d.lgs. n. 286/1998 così come novellato dalla legge n. 189/2002.

A tale motivo, la Questura aggiungeva a fondamento dell'impugnato diniego, l'appartenenza del ricorrente ad una delle categorie indicate nell'art. 1 della legge n. 1423/1956, richiamata all'art. 13 comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286/1998.

Il T.A.R. Toscana nel dichiarare che le condanne riportate dal ricorrente in data 22 novembre 2002 per rapina, per la quale ad oggi pende giudizio d'appello, e in data 2 gennaio 2001 per favoreggiamento personale, sorreggono adeguatamente la valutazione del Questore riguardo l'appartenenza del ricorrente ad una delle categorie di cui all'art. 1, legge n. 1423/1956, sviluppa, incidentalmente, un discorso interessante riguardo alla valutazione della condanna «patteggiata» ai fini del rilascio e del rinnovo del permesso di soggiorno.

Infatti, il T.A.R. Toscana nel ribadire che l'art. 4 d.lgs. n. 286/1998 così come modificato dalla legge n. 189/2002 non si applica retroattivamente, afferma che da una pregressa richiesta di applicazione della pena su accordo delle parti unita ad altri elementi di valutazione, l'Amministrazione possa legittimamente trarre elementi ai fini della valutazione di cui all'art. 1 legge n. 1423/1956, che fa riferimento alla categoria delle persone che vivono anche in parte con i proventi di attività delittuose.

Nel caso *de quo*, va evidenziato che i fatti oggetto della sentenza di patteggiamento non risultano essere in alcun modo contestati e che, al contrario, trovavano il loro stesso fondamento nelle ammissioni del ricorrente sia per quanto concerne il reato di rapina che quello di ricettazione.

In generale, alla luce di questo spiraglio aperto dalla giurisprudenza del T.A.R. della Toscana in materia di valutazione della condanna «patteggiata» ai fini dell'applicazione del testo unico sull'immigrazione si impone una riflessione sugli effetti della novella introdotta con la legge «Bossi-Fini».

La normativa in materia di stranieri, novellata dalla legge n. 189 del 2002 contempla, all'art. 4, terzo comma, fra le cause di legittimo diniego del rilascio del permesso di soggiorno a favore dello straniero, l'aver riportato sentenza di condanna ai sensi dell'art. 444 e 445 c.p.p.

La legge introduce, dunque, fra i fatti impeditivi del rilascio del titolo di soggiorno sul territorio della Repubblica il cosiddetto «patteggiamento», ponendo un problema interpretativo che merita un'analisi approfondita in

merito all'applicazione della normativa stessa, così come essa risulta modificata in presenza di sentenze di patteggiamento intervenute precedentemente il vigore della modifica.

1. – *La natura giuridica del patteggiamento e il negozio giuridico.* Nessuno nega che la novella sia sicuramente peggiorativa della condizione dello straniero che chieda il permesso di soggiorno, nella necessità di garantire l'ordine pubblico.

In realtà, occorre tenere ben presente che si definisce la pendenza con richiesta di applicazione della pena anche nei casi di reati che non possono certamente essere annoverati fra quelli minori.

Basti pensare che, in presenza di un concorso fra attenuanti generiche, possono utilizzare questo rito gli imputati per reati come la violenza sessuale (art. 609-bis c.p.), la rapina aggravata (art. 628, 3 c.p.) e l'estorsione (art. 629 c.p.).

La pena su richiesta delle parti si pone come meccanismo in cui l'accordo delle parti del processo, pubblico ministero ed imputato, svolge una funzione propulsiva ed acceleratoria dell'affermazione della giustizia.

L'accordo in parola si pone come condizione meramente necessaria per attivare l'*iter* semplificato, essendo obbligo del giudice verificare i presupposti di applicabilità dell'accordo raggiunto alla luce dei parametri sostanziali e processuali che devono essere rispettati.

Nel «patteggiamento» si hanno due manifestazioni unilaterali di volontà, provenienti dalle parti principali, il cui incontro non può in alcun modo essere assimilato alla categoria dei negozi giuridici bilaterali di diritto pubblico o privato.

L'accordo determinato in questo senso dall'incontro delle volontà convergenti di pubblico ministero e imputato costituisce il presupposto giuridico per l'applicabilità della pena (1).

Su tale accordo, infatti, interviene la valutazione del giudice che, lungi dall'essere «il convitato di pietra», deve valutare non solo la corrispondenza della qualificazione giuridica del fatto e l'esattezza della determinazione della pena, ma anche, e forse soprattutto, che non sussistano i requisiti per una sentenza *ex art. 129 c.p.p.* (2)

Di più, spetta al giudice valutare se, allo stato degli atti, (il giudizio in parola ha infatti come caratteristica essenziale la sua definizione in base alle risultanze istruttorie del fascicolo del p.m.), la qualificazione giuridica sia esatta, ben potendo contestare sul punto le dichiarazioni di volontà delle parti.

---

(1) Cass. pen., Sez. un., 9 maggio 2001, n. 14, in *Cass. Pen.*, 2001, 2674.

(2) Il «patteggiamento», infatti, mai può trasformarsi su di un accordo in merito alle imputazioni contestate. Su questo punto diffusamente PULZONE in *Crit. Dir.*, 1991, n. 4, 37 e ss.

Scendendo ad analizzare l'intima natura dell'istituto in parola occorre ribadire che la non riconducibilità dell'accordo delle parti ad un negozio giuridico, è collegata alla presenza a monte di una pretesa punitiva dello Stato, esercitata dal pubblico ministero, che non è rinunciabile.

Il costituente ha previsto all'art. 112 della Carta costituzionale l'obbligatorietà dell'azione penale.

Il suo esercizio, affidato al p.m., prescinde dalla volontà dell'organo, essendo non un diritto disponibile in mano al legale rappresentante *pro tempore*, ma un obbligo di natura costituzionale che non risulta in alcun modo soggetto a negozi *in latu sensu* di natura transattiva (3).

In altri termini, nel «patteggiamento» l'incontro delle volontà delle parti processuali rappresenta una condizione necessaria all'attivazione di un procedimento speciale, condizione che, per quanto necessaria all'attivazione, è tutt'altro che sufficiente.

Non è un caso che l'oggetto del procedimento in parola sia solo ed esclusivamente la pena, e non certo l'assoluzione, rappresentando questa un diritto dell'imputato indisponibile ed, ove ne sussistano i presupposti, un obbligo del giudice di pronunciarla.

Per quanto le parti concordino la pena, l'interprete non può in alcun modo spingersi a ritenere il «patteggiamento» come un accordo assimilabile, se non speculare, ad accordi in materia di diritti disponibili o, quanto meno, soggetti a transazione.

Punto nodale della disciplina *de qua* non è, infatti, l'ammissione della colpevolezza da parte dell'imputato, bensì la sua rinuncia ad avvalersi della presunzione di non colpevolezza, in guisa che anche la non menzione della condanna nel casellario giudiziale discende quale effetto automatico della pronuncia ai sensi e per gli effetti dell'art. 689, 2 c.p.p.

Il «patteggiamento» si presenta quindi, come espressione di un «negozio» cui sono da collegarsi altri *accidentalia negotii* che esulano dal suo nucleo centrale legislativamente previsto.

Il negozio giuridico in senso generale non può ricomprendere il «patteggiamento».

In tale istituto, anche a voler individuare elementi rimessi alla disponibilità delle parti, questi sono rappresentati solo ed unicamente dal requisito presupposto ed essenziale della richiesta rivolta al giudice di applicazione della pena, così come determinata dall'incontro delle volontà unilaterali e non negoziabili.

L'istituto in oggetto si palesa, quindi, come un meccanismo premiale di natura processuale, non essendo sufficiente l'accordo a qualificarlo come isti-

---

(3) Deve sottolinearsi come la dottrina riconosca, fra gli elementi necessari per la creazione della struttura di contratto e di negozio di natura transattiva, un carattere di patrimonialità, che nel caso *de quo*, non è possibile rintracciare. Per tutti Bianca.

tuto di diritto sostanziale, con l'effetto di ricondurre nell'alveo della disponibilità delle parti i termini dell'accordo che concernono diritti non disponibili (pretesa punitiva dello Stato, da un lato, assoluzione, dall'altro).

La premialità dell'istituto è facilmente inferibile dagli effetti immediati e mediati del «patteggiamento» stesso rappresentati innanzitutto da una cospicua diminuzione della pena, corrispondente ad un terzo, di quella che risulterebbe applicabile all'esito di un normale dibattimento; poi, dall'affrancamento dalle spese di giudizio per l'imputato, dall'applicazione di pene accessorie e misure di sicurezza salvo la confisca obbligatoria dei *corpora delicti* ex art. 240, comma 2 c.p.p.

A ciò si aggiungono effetti importanti sotto il profilo della mancanza di pubblicità del processo penale a carico.

Infatti, pur non essendo tali effetti oggetto di patteggiamento, il legislatore ha voluto riconoscere, sempre in funzione incentivante e premiale, la non menzione della condanna nel casellario giudiziale nonché il mancato pregiudizio dell'imputato in sede di giudizio civile ed amministrativo, non essendo idoneo il «patteggiamento» a far stato (art. 445, comma 2 c.p.p.).

Di più va aggiunto un ulteriore effetto molto importante che è quello della possibilità della sospensione della pena *sub condicione*, oltre la possibilità che il procedimento possa sfociare in una declaratoria di estinzione del reato (art. 445, comma 2 c.p.p.).

L'importanza degli effetti favorevoli del rito speciale inducono a ritenere, data anche la specialità del rito in parola, non estensibili ulteriori effetti premiali oltre quelli previsti dal legislatore.

L'istituto del «patteggiamento», sorto per il diritto penale, dato atto che la natura di accordo sussiste solo ed unicamente quale attività di natura propulsiva e necessaria per l'attivazione di un istituto processuale premiale, riverbera effetti unicamente nell'ordinamento limitatamente all'ambito penale.

In altri termini, attesa la natura speciale dell'istituto, esso ha riflessi premiali unicamente per la branca del diritto in cui nasce e sviluppa.

Qualora si intenda estendere i benefici processuali derivanti dal patteggiamento, una tale estensione non può e non deve condurre l'interprete a valutare la specialità del procedimento all'interno dei presupposti amministrativi e civili.

La giurisprudenza, costante nel negare la natura condannatoria della sentenza che applichi la pena su richiesta delle parti, basa il proprio impianto argomentativo sulla considerazione del fatto che essa non è idonea a produrre gli effetti propri di una sentenza di condanna che contenga l'accertamento incontrastabile della responsabilità penale.

Ciò non elimina, tuttavia, che la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, a parere della giurisprudenza largamente maggioritaria, sia in grado di produrre effetti propri di una sentenza di condanna a cognizione piena qualora essa si presenti come titolo per l'esecuzione della pena.

Premesso quanto sopra in merito agli effetti del «patteggiamento», infatti, la sentenza in oggetto è, per espresso volere del legislatore, in forza di una *ratio* di ordine pubblico e di prevenzione dei fattori criminogeni

sociali, ritenuta in tutti i suoi effetti equiparabile ed equiparata alla sentenza di condanna a cognizione piena, anche in alcune situazioni in cui dovrebbe aver rilievo il vero e proprio accertamento della responsabilità penale (come ad esempio, nella normativa antimafia, ove si equipara tale pronuncia alla sentenza di condanna con tutte le conseguenze che ne discendono).

In realtà l'art. 445 c.p.p. a suffragio di una tale affermazione afferma al secondo comma, che salve altre disposizioni di legge, la sentenza emessa ex art. 444 c.p.p. è equiparata a sentenza di condanna.

Premesso quindi che il patteggiamento, in quanto procedimento speciale di carattere premiale, presenta delle particolarità che non consentono di riconoscere all'accordo che ne è base e momento propulsivo, un carattere assimilabile ad un negozio giuridico bilaterale di natura pubblicistica e, tanto meno, privatistica occorre limitare il suo campo applicativo rispetto ai casi in cui l'esistenza di un tale provvedimento si presenti quale limite ostativo al riconoscimento di determinate facoltà del soggetto.

Va sottolineato in questo senso che «l'accordo» soggiacente il «patteggiamento» in quanto «accordo» processuale ha un carattere formale che rende irrilevanti le eventuali divergenze tra la volontà del dichiarante e la dichiarazione come risulta riversata in atti processuali, cosa che vale ad escludere ulteriormente un carattere negoziale in senso dispositivo dell'istituto in parola.

Per quanto riguarda la questione *de qua*, in merito alla novellata normativa in tema di rilascio di permessi di soggiorno, appare evidente un problema di coordinamento fra i principi sopra illustrati, concernenti l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta, e l'applicazione della normativa.

Il «patteggiamento», sotto il vigore della nuova legge, si pone come elemento ostativo del rilascio del permesso di permanere in Italia da parte dell'Autorità competente, la quale è chiamata ad assicurarsi che lo straniero extracomunitario che richieda il permesso di soggiorno non risulti condannato ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

Il fatto di aver «patteggiato» la pena per i reati in materia di prostituzione, sfruttamento della prostituzione connessi allo spaccio di sostanze stupefacenti ed altro si presenta, oggi, come presupposto impedente il rilascio del titolo di soggiorno.

La nuova normativa che certamente risulta deteriore per la posizione dello straniero, ha inteso così evitare che vi fosse una palese disparità di trattamento fra i soggetti che erano riusciti ad ottenere il «patteggiamento» (il quale, giova ricordarlo, non è automatico) ed altri che non avevano adito tale beneficio, pur nella commissione di medesime fattispecie di reato.

Non sfugge certamente che, d'altro lato, il legislatore ha limitato l'equiparazione del «patteggiamento» alla sentenza di condanna vera e propria, solo per i reati, quali quello di sfruttamento della prostituzione o quelli legati all'immigrazione clandestina da e per l'Italia, che rappresentano il maggior motivo di allarme sociale in quanto abitualmente commessi da soggetti legati alle organizzazioni criminali che sfruttano le masse di clandestini a fini delittuosi.

In diritto, deve considerarsi che il presupposto di applicazione di una legge che non sia penale, come è quella di cui si discorre, non deve necessariamente venire ad esistenza sotto il vigore della legge che gli riconosca tale valore.

2. – *Il principio di irretroattività delle legge ed il “patteggiamento”*. – In effetti, il principio di irretroattività della legge di cui all’art. 11 delle preleggi può essere derogato, permettendo così allo *ius superveniens* di regolare fattispecie che hanno avuto la loro origine precedentemente, salvo il caso dell’irretroattività assoluta della legge penale, valore costituzionalmente riconosciuto all’art. 25 della Costituzione.

Nel caso della normativa in esame deve escludersi un problema di una applicazione retroattiva della legge in materia di rilascio di permesso di soggiorno, dal momento che essa non si applica alle richieste inoltrate all’Autorità competente precedentemente all’entrata in vigore della novella.

L’inclusione fra i requisiti impeditivi all’ottenimento del rilascio del permesso di soggiorno della sentenza «patteggiata», integra l’inclusione di un nuovo presupposto ostativo del quale non rileva la data della venuta ad esistenza.

Il legislatore non è in alcun modo intervenuto sulla disciplina del «patteggiamento», talché sotto il vigore della vecchia normativa, la giurisprudenza aveva ritenuto che, attesa la natura di accertamento negativo della non punibilità della sentenza *ex art 444 c.p.p.*, essa non fosse ostativa al rilascio del permesso di soggiorno in favore degli stranieri, procedendosi al diniego della richiesta solo ed unicamente in caso di sentenza di condanna.

Il principio di irretroattività della legge penale non rileva nel caso in esame, infatti, ai sensi dell’art 445 c.p.p. la sentenza applicativa della pena su richiesta delle parti, salvo diversa disposizione di legge, è equiparata a sentenza di condanna.

Le diverse disposizioni di legge cui si riferisce il disposto in parola sono quelle che sopra sono state evidenziate come effetti premiali dell’utilizzo del rito speciale.

Premesso questo, solo grazie ad un’interpretazione giurisprudenziale che si pone come suppletiva della volontà del legislatore, se non parzialmente *praeter legem*, nei confronti del disposto dell’art. 445 c.p.p., durante il vigore della vecchia legge, si era ritenuto di non dover valutare l’intervenuto patteggiamento come requisito ostativo al rilascio del permesso di soggiorno.

Anche qualora si debba valutare la posizione del cittadino straniero che si sia determinato a patteggiare la pena al fine di poter usufruire del rinnovo del permesso di soggiorno, non si intravede come tale eventuale rinnovo possa esser stato collegato quale effetto premiale *sic et simpliciter* discendente dall’utilizzo del procedimento speciale.

Il mutamento della normativa non pone quindi problemi di retroattività della legge, nel momento in cui ciò che è stato realmente modificato è un presupposto del rilascio di provvedimento amministrativo di permesso.



Nessun principio ad oggi vigente nell'ordinamento italiano impone al legislatore di non intervenire nella determinazione dei presupposti nuovi ed ulteriori per il rilascio di un provvedimento sia anche abilitativo o in materia di *status*.

È anche vero, come si è detto, che il principio d'irretroattività, il quale pure costituisce regola generale dell'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 11 disp. prel. c.c., espresso dall'antico brocardo *tempus regit actum*, secondo il quale ciascun fatto deve essere assoggettato alla normativa vigente al momento in cui esso si è verificato, assume rango costituzionale solo in riferimento alle norme penali incriminatrici ed alle altre norme penali di carattere afflittivo.

Il principio di irretroattività della legge non si dovrebbe applicare, invece, nei riguardi dei provvedimenti restrittivi riguardanti lo straniero, trattandosi di misure non afferenti alla materia penale.

È da escludersi, pertanto, che il principio di irretroattività della legge penale possa trovare applicazione nei riguardi delle misure amministrative di competenza dell'autorità amministrativa, in quanto si tratta di provvedimenti emessi sulla base di leggi civili e amministrative che non riguardano certo la materia penale (4).

La volontà del legislatore di derogare al principio della irretroattività della legge, ove non sia esplicitamente affermata, può essere ricavata dall'interprete qualora il significato letterale della norma sia incompatibile con la normale destinazione della legge di disporre esclusivamente per il futuro (5) e, comunque, può ricavarsi in via implicita dal dato normativo nonché dallo spirito della legge.

In ogni caso, anche a voler escludere che la suddetta revoca, esplicita o implicita, sia intervenuta, non può disconoscersi che costituisce principio consolidato nel nostro ordinamento il fatto che lo *ius superveniens*, pur non applicandosi ai fatti compiuti (vale a dire a quei fatti che il legislatore ha considerato come totalmente passati e che si sono svolti sotto la vigenza della legge anteriore), è pur sempre applicabile ai fatti pregressi (presupposti), che il legislatore stesso consideri nei loro effetti futuri allo scopo di attribuire loro rilevanza o modificarli.

Orbene, l'irretroattività della legge non implica l'impossibilità che essa, benché successiva, regoli fatti e provvedimenti anteriori quando operino su situazioni suscettibili di permanere nel tempo, qualora tali situazioni non siano esaurite al momento dell'emanazione della nuova normativa (6).

Nell'ipotesi che la novità normativa intervenga prima che il rapporto giuridico sorto anteriormente abbia esaurito i suoi effetti e non sia diretta

---

(4) Ne consegue che il suddetto principio è da ritenersi inderogabile solo nella materia penale: fuori da tale ambito, essendo esso posto da una norma di legge ordinaria e risultando privo di valenza costituzionale, può legittimamente essere derogato.

(5) TAR Toscana, Sez. prima, 26 maggio 1998, n. 271, in *Trib. Amm. Reg.*, 1998, I, 2572.

(6) T.A.R. Campania Napoli, Sez. seconda, 23 febbraio 1998, n. 659.

proprio ad incidere sul fatto o atto genetico di quel rapporto, essa deve essere comunque applicata, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di irretroattività della legge (7).

Ne consegue che il principio di irretroattività non preclude l'applicabilità della nuova legge agli effetti non esauriti di un rapporto giuridico, sorto anteriormente (8).

Lo stesso principio comporta, invece, che la legge nuova possa essere applicata ai fatti, allo «*status*» (quale è quello dello straniero) e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato.

Tutti questi elementi (in particolare lo *status*), ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in sé stessi, prescindendo totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati.

Ciò al fine di scongiurare che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica che il legislatore ha inteso introdurre nell'ordinamento.

È, pertanto, la condizione stessa, ovvero lo *status* di straniero (che costituisce una minaccia per la sicurezza dei cittadini), che rileva ai fini dell'applicazione della legge *de qua*.

Molto esplicito il Cons. Stato, Sez. quarta, 18 novembre 1999, n. 1718(9): il principio di irretroattività di disposizioni normative sopravvenute su situazioni coperte da giudicato, non comporta la loro piena operatività per il periodo successivo, atteso che il giudicato non può ipotecare il futuro prevalendo su nuove disposizioni di legge che sopravvengano a regolare la stessa materia, in quanto altrimenti, si verrebbe a compromettere il pieno esercizio della funzione legislativa.

È evidente, pertanto, che l'irretroattività della legge non implichi l'impossibilità che essa, benché successiva, regoli fatti e provvedimenti anteriori, qualora operino su situazioni suscettibili di permanere nel tempo, purché tali situazioni non siano esaurite al momento dell'emanazione della nuova normativa (10).

Salva la materia penale in cui sovrano ed inderogabile vige il principio del *tempus regit actum*, negli altri rami dell'ordinamento non si rintracciano principi in grado di limitare il legislatore in materia di modifica o richiesta di nuovi presupposti idonei al rilascio di un provvedimento accrescitivo della sfera giuridica dei cittadini richiedenti.

---

(7) Cass. pen., Sez. un., 9 maggio 2001, n. 14, in *Cass. Pen.*, 2001, 2674.

(8) Cfr., in materia lavoristica, Cass. civ., Sez. Lav., 5 aprile 2000, n. 4221, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

(9) In *Cons. Stato*, 1999, I, 1830.

(10) T.A.R. Campania, Napoli, Sez. seconda, 23 febbraio 1998, n. 659, in *Trib. Amm. Reg.*, 1998, I, 1513 e in *Cons. Stato*, 1998, I, 398; cfr. inoltre in dottrina GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli artt. da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, I, 1, Torino, 1984, 243 e segg.; R. CAPONI, *In tema di «ius superveniens» sostanziale nel corso del processo civile: orientamenti giurisprudenziali*, in *Foro It.*, 1992, I, 132 e segg.

Il rinnovo od il rilascio *ex novo* del permesso di soggiorno in presenza di sentenza «patteggiata» rappresenta, dunque, non una prerogativa quesita da tutti coloro che abbiano deciso di adire il rito speciale, bensì una mera opportunità che era utilizzabile sotto il vigore della vecchia legge ed irrilevante sotto il vigore della attuale.

*Conclusioni.* La sentenza del TAR Toscana, pur stabilendo l'irretroattività dell'art. 4, argomentando sulla natura di accordo intervenuto tra le parti in sede di patteggiamento, offre, tuttavia, importanti spunti per una nuova interpretazione della norma volta a non escluderne la portata e, dunque, a non svuotarla di contenuto perdendo di vista la *ratio* della legge.

L'interpretazione offerta, infatti, salva da eventuali censure di incostituzionalità la norma, anche alla luce dell'orientamento della Corte costituzionale in merito al «patteggiamento», ma nello stesso tempo ne garantisce una lettura compatibile con la *ratio* della legge, volta a tutelare la sicurezza nazionale e dei cittadini.

Le tappe argomentative della sentenza consentono di non considerare vana la sentenza *ex* 444 c.p.c. Quest'ultima ben può essere utilizzata dall'Amministrazione al fine di valutare se lo straniero è socialmente pericoloso e appartiene ad una delle categorie di cui all'art. 11 legge n. 1423/1956, ossia se si tratti di persona che vive, anche in parte, dei proventi delle proprie attività delittuose.

Non solo, ma si precisa che questo tipo di valutazione può ricarvarsi anche da altri elementi, che non siano quelli desumibili dalla stessa sentenza di patteggiamento.

Altra novità importante è quella inaugurata dal TAR Toscana relativa alla possibilità di trarre dal contenuto stesso della suddetta sentenza, così come da altri provvedimenti giurisdizionali, ulteriori elementi utili.

Ci si riferisce alla rilevanza conferita alla mancata contestazione dei fatti oggetto del patteggiamento, all'accertamento dei fatti di reati comunque effettuato in quella sede, o all'ipotesi che l'eventuale appello proposto non tende a negare il fatto.

L'equilibrio che la sentenza ha inteso garantire offre un brillante esempio di come sia possibile, utilizzando gli strumenti giuridici e il quadro normativo vigente, salvaguardare i principi di tutela costituzionale nonché i diritti alla sicurezza dei cittadini, troppo spesso sacrificati in nome di una talvolta astratta quanto vaga tutela dei diritti umani.

*Avv. Maria Vittoria Lumetti  
Dott. Sandro Tizzi*

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sez. prima, sentenza nella Camera di Consiglio 8 aprile 2003, n. 1498** – *Presidente Estensore G. Vacirca* – B.S. (Avv.ti F. D'Ambrosio e F. Borselli) c/ Questura di Firenze (cont. 374/03, Avv. dello Stato M.V. Lumetti).

*L'art. 4 del decreto legislativo n. 286/98, come modificato dalla legge 186/02, non può applicarsi retroattivamente ad una condanna emessa su accordo delle parti (patteggiamento), che abbia tenuto conto degli effetti previsti dall'art. 445 c.p.p. Tuttavia, dalla predetta sentenza ex art. 444 c.p.p. come da altri episodi, l'Amministrazione può legittimamente trarre elementi ai fini della valutazione di cui all'art. 1 della legge 27 dicembre 1956 n. 1423 (persona che vive, anche in parte, con i proventi di attività delittuose).*

«(Omissis) Ricorso (omissis) per l'annullamento del decreto del Questore della Provincia di Firenze del 10 gennaio 2003, notificato il successivo 24 gennaio 2003, che decreta il rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno, nonché di ogni altro atto pregresso, successivo e comunque connesso anche se di estremi ignoti.

Visti gli atti e documenti presentati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Questura intimata;

Designato relatore, alla Camera di Consiglio del 8 aprile 2003, il Presidente dott. Giovanni Vacirca;

Uditi, altresì, per le parti l'Avv. F. D'Ambrosio e l'Avv. dello Stato M.V. Lumetti;

Avvisate le parti ai sensi dell'art. 21, nono comma, della legge n. 1034/1971, come introdotto dalla legge n. 205/2000;

Considerato che, in relazione agli elementi della causa, sussistano i presupposti per l'adozione di una decisione in forma semplificata;

Considerato che il ricorrente ha impugnato il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, autonomamente motivato con:

a) la condanna per un reato (rapina) previsto dall'art. 380 c.p., in relazione all'art. 4 d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 189/2002;

b) l'appartenenza del ricorrente ad una delle categorie di cui all'art. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, richiamata dall'art. 13, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 286 del 1998 (persona che viva anche in parte con i proventi di attività delittuose).

Vista l'ordinanza presidenziale istruttoria del 18 marzo 2003, con cui sono stati richiesti:

1) copia della sentenza di condanna per il reato *sub a*);

2) un certificato di pendenza del procedimento di appello avverso la condanna 22 novembre 2002 per ricettazione;

3) notizie sull'eventuale pendenza presso la Prefettura di un procedimento per espulsione ex art. 13, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 286 del 1998.

Vista la sentenza 27 marzo 2001 del G.U.P. Trib. Firenze, con cui il ricorrente è stato condannato ex art. 444 c.p.p. per tentata rapina in concorso nei confronti di un cittadino cinese (6 aprile 2000) e per ricettazione, in quanto trovato in possesso di un libretto di assegni, compendio di rapina subita da altro cittadino cinese il 21 marzo 2000;

Considerato che l'art. 4 d.lgs. n. 286 del 1998, come modificato dalla legge n. 189 del 2002, non può applicarsi retroattivamente a una condanna emessa su accordo delle parti, che abbiano tenuto conto degli effetti previsti dall'art. 445 c.p.p.;

Ritenuto, tuttavia, che dalla predetta sentenza ex art. 444 c.p.p. e da altri episodi l'Amministrazione possa legittimamente trarre elementi ai fini della valutazione di cui all'art. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423;

Considerato che nel caso in esame i fatti oggetto della sentenza su patteggiamento non sono contestati (per quanto concerne la tentata rapina si precisa nella sentenza che «gli elementi che hanno portato all'identificazione degli imputati come autori del fatto criminoso hanno trovato sostanziale ed inequivocabile conferma nelle loro stesse ammissioni»); per quanto concerne la ricettazione, si riferisce nella stessa sentenza che «la disponibilità del libretto di assegni di provenienza delittuosa da parte del medesimo è stata accertata a seguito della perquisizione eseguita nei suoi confronti»);

Considerato che per quanto concerne l'altro episodio di ricettazione, per cui il ricorrente è stato condannato con sentenza 22 novembre 2002 del Tribunale di Firenze, l'appello proposto tende non a negare il fatto (detenzione di un ciclomotore con evidenti segni di scasso al dispositivo di accensione), ma a farlo qualificare come furto;

Considerato che tutti questi episodi, a cui si aggiunge una condanna in data 2 giugno 2001 del tribunale di Firenze per favoreggiamento personale, sorreggono adeguatamente la valutazione del Questore sull'appartenenza del ricorrente a taluna delle categorie di cui all'art. 1 legge n. 1423 del 1956 ai fini del diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, salva diversa valutazione del Prefetto ad adottare il provvedimento di espulsione;

Ritenuto che il ricorso non sia fondato e che sussistano giuste ragioni per dichiarare compensate tra le parti le spese del giudizio;

*P.Q.M.*: il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sez. prima, respinge il ricorso. Spese compensate.

*Così deciso in Firenze l'8 aprile 2003 (omissis)».*

## **Note processuali connesse alla tutela dei dati personali, ai sensi dell'art. 29 della legge n. 675/1996**

*Tribunale di Roma, sezione seconda civile, ordinanza del 3-5 febbraio 2003*

La questione oggetto del provvedimento del giudice e che costituisce lo spunto per le considerazioni di seguito esposte può essere così riassunta:

con ricorso (ct. 5875/02, Adv. dello Stato G. Albenzio) depositato il 28 gennaio 2002, l'Agenzia delle Entrate chiedeva l'annullamento *ex art. 29* legge n. 675/1996 – previa sospensiva – *ex art. 700 c.p.c.* – del provvedimento emesso il 5 dicembre 2001 con cui il Garante per la protezione dei dati personali ha inibito di fatto la raccolta di dati personali riguardanti gli acquirenti di apparecchi televisivi, da parte della suddetta Agenzia e della RAI S.p.a., ai fini della riscossione del canone di abbonamento radiotelevisivo.

Successivamente l'Agenzia delle entrate rinunciava alla domanda cautelare, insistendo per l'accoglimento della domanda di merito, proposta ai sensi dell'art 29 legge n. 675/1996.

Il giudice delegato, con ordinanza del 15 maggio 2002 riservava la decisione al collegio in sede camerale, ai sensi degli art. 737 e segg. c.p.c.; rilevata, però, la pendenza, davanti al giudice monocratico, di un altro giudizio (ct. 3374/02) promosso dalla RAI S.p.a., avente ad oggetto l'impugnativa del medesimo provvedimento del garante, il collegio rimetteva gli atti al Presidente della seconda sezione del tribunale di Roma segnalando i profili di connessione oggettiva e soggettiva tali da consigliare la trattazione unitaria.

Il Presidente della seconda sezione, con decreto del 5 febbraio 2003, disponeva la riunione dei due procedimenti e la prosecuzione secondo le norme del rito ordinario.

La questione sommariamente esposta offre un interessante punto di partenza per un'analisi della tutela apprestata dall'ordinamento, nell'ambito del trattamento dei dati personali.

Il sistema della tutela dei diritti rispetto all'attività di trattamento dei dati personali, delineato dalla legge n. 675/1996, è incentrato sull'alternatività tra la richiesta di tutela in via amministrativa al Garante e l'invocazione della tutela giurisdizionale; quest'ultima può essere invocata direttamente, in alternativa appunto a quella amministrativa, oppure dopo l'esaurimento del procedimento davanti al Garante e nei casi disciplinati dagli articoli 21, comma 3 e 31, comma 1 lettera l). Il ricorso al Garante non può essere proposto se fra le medesime parti ed il medesimo oggetto sia stata già adita con ricorso o citazione l'autorità ordinaria, mentre, viceversa, l'avvenuta presentazione del ricorso rende improponibile di fronte al giudice ordinario una domanda tra le medesime parti ed avente il medesimo oggetto.

In particolare, l'art. 29 legge n. 675/1996 detta la disciplina processuale per le azioni giudiziarie concernenti la materia disciplinata dalla stessa legge; nei primi cinque commi viene regolato il procedimento amministrativo di fronte al Garante e nei commi sei, sei bis e sette il procedimento giurisdizionale di impugnazione dei provvedimenti del Garante; per evitare una fram-

mentazione e incertezza del quadro giurisprudenziale il comma ottavo, con norma di chiusura, ha devoluto tutte le controversie che riguardano l'applicazione della legge alla competenza del giudice ordinario, da individuarsi secondo le regole comuni, nelle forme del processo di ordinaria cognizione.

Sembrerebbe delineato un modello di riparto di giurisdizione che estromette in apparenza il giudice amministrativo, ma come si vedrà in seguito, sembra ricomparire in alcune proposte interpretative

*Il ricorso amministrativo contenzioso davanti al Garante* ha inizio su ricorso proposto dall'interessato che vanti uno dei diritti di cui all'art. 13 legge n. 675/1996.

Si ritiene che il ricorso possa essere presentato anche, su procura per iscritto dell'interessato, da associazioni rappresentative (*ex art. 13, comma 4 della legge*) (*cfr. «la tutela dei dati personali, commentario alla legge n. 675/1996»*, II edizione, Cedam, 375).

Costituisce espressamente condizione di ammissibilità del ricorso l'esperto di un tentativo di conciliazione tra le parti, che deve essere promosso a cura dello stesso ricorrente, con richiesta al responsabile del provvedimento (art. 29 comma 2), decorsi cinque giorni da tale richiesta l'interessato può adire il garante; questo «filtro» (che non sussiste per le domande presentate direttamente all'autorità giudiziaria) viene meno quando il decorso dei cinque giorni esporrebbe l'interessato o un terzo ad un pregiudizio imminente ed irreparabile nonché nel caso l'interessato si limiti a far pervenire al Garante una «segnalazione» o un «reclamo».

La disciplina del procedimento è meramente delineata dall'art. 29, essendo demandata alle determinazioni del regolamento d'esecuzione (decreto del Presidente della Repubblica 31 marzo 1998, n. 501) l'individuazione delle modalità idonee a garantire una tutela celere nel rispetto del principio del contraddittorio. E, comunque, stabilito espressamente dalla legge il diritto delle parti di essere sentiti e di produrre le proprie allegazioni e difese attraverso memorie e documenti. Il Garante può disporre anche d'ufficio perizie e la dottrina ritiene che possa essere validamente utilizzato anche in tale sede l'intero complesso dei poteri ispettivi, di accertamento e di controllo attribuiti dalla legge all'Autorità. (*cfr. «la tutela dei dati personali, commentario alla legge n. 675/1996»*, II edizione, Cedam, 376).

Il procedimento deve concludersi entro venti giorni liberi dalla data di presentazione del ricorso, decorsi i quali il ricorso si intende rigettato (art. 29 comma 4). La celerità del procedimento è legata alla necessità di tutelare situazioni concernenti diritti della personalità che richiedono tempestività d'intervento (es. inibizione della pubblicazione di un articolo su un quotidiano) nonché alla circostanza che il procedimento stesso, attivato facoltativamente dell'interessato, finisce per essere imposto, per il principio dell'alternatività su esposto, a tutte le parti coinvolte, compresi il titolare ed il responsabile (*cfr. il ricorso straordinario al Capo dello Stato in cui, diversamente, i controinteressati possono far valere la preferenza per la via giurisdizionale*) (*cfr. MAZZAMUTO, Foro It., 1998, V, 49 ss.*).

Proprio per la possibile necessità di interventi immediati di tutela il legislatore ha innestato nel procedimento di «merito» davanti al Garante un

provvedimento «cautelare» giustificato dalla «particolarità del caso» e concretizzato nella sospensione di una o più operazioni, oppure in un blocco anche parziale dei dati. L'efficacia della misura cautelare, benché provvisoria, è assistita dalla medesima sanzione penale prevista per l'inosservanza del provvedimento definitivo (art. 37); come giustamente si è osservato, potrebbe suscitare perplessità il ricorso alla sanzione penale per l'inosservanza di un provvedimento soggetto a riforma o a caducazione («*Banche dati e tutela della riservatezza*», Buttarelli, Giuffrè). Il provvedimento cautelare è impugnabile unitamente a quello di merito entro trenta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento o dalla data del rigetto tacito davanti al giudice civile.

Per quanto riguarda le decisioni di accoglimento del ricorso, la provenienza da un organo non giurisdizionale impedisce che queste possano costituire titolo esecutivo, pertanto la loro effettività è rimessa esclusivamente alla previsione di una sanzione penale in caso di inadempimento delle stesse (art. 37) (cfr. MAZZAMUTO, *Foro It.*, 1998, V, 49 ss.; «*la tutela dei dati personali, commentario alla legge n. 675/1996*», II edizione, Cedam).

Altra perplessità suscita l'attribuzione al solo titolare della legittimazione a proporre opposizione nei confronti del provvedimento del Garante ed a chiederne la sospensione e non anche al responsabile, sebbene anche quest'ultimo sia destinatario dell'ordine inibitorio e dalla relativa sanzione penale.

Per quanto riguarda la *tutela giurisdizionale*, questa può essere invocata o immediatamente, in alternativa a quella amministrativa, oppure dopo l'esaurimento del procedimento di fronte al Garante, senza dimenticare la competenza generale e residuale del giudice ordinario prevista dal comma 8 dell'art. 29.

Nei confronti della tutela cautelare *ante causam* ed in special modo di quella atipica la dottrina ha osservato che la legge n. 675/1996 tende a favorire la tutela cautelare ottenibile in via amministrativa e ciò per una serie di considerazioni:

1. il riferimento contenuto al secondo comma dell'art. 29 di un pregiudizio imminente ed irreparabile, che indica la possibilità di una tutela cautelare amministrativa anche in via preventiva per un diritto non ancora leso;

2. la previsione di misure cautelari tipiche applicabili dal Garante senza la sussistenza di specifici presupposti («quando la particolarità del caso lo richiede»);

3. il regime di stabilità che assiste tali misure, queste infatti non sono sottoposte a controlli endoprocedimentali, perdendo efficacia solo se nei successivi venti giorni non venga adottato il provvedimento definitivo;

4. la previsione di una sanzione penale in caso di non ottemperanza (art. 37);

5. la possibilità che, sia pure previa autorizzazione del tribunale, anche il Garante svolga accertamenti istruttori analoghi quelli che il giudice può direttamente disporre (es. accessi, ispezioni, verifiche);

6. la celerità, i bassi costi e la qualità della tutela stessa, proveniente da un soggetto altamente specializzato.



Tuttavia a favore della tutela cautelare giurisdizionale militano:

1. l'atipicità del contenuto dei provvedimenti adottabili dal giudice ai sensi dell'art. 700 c.p.c. – la dottrina si riferisce in special modo a misure a contenuto anticipatorio della successiva decisione di merito;

2. la possibilità di ottenere una misura esecutiva, in grado di essere attuata immediatamente anche senza o contro la volontà del destinatario, laddove, come si è visto, i provvedimenti del Garante non costituiscono titolo esecutivo (ARIETA, *La tutela dei dati personali, commentario alla legge n. 675/1996*, II ediz., Cedam).

Per quanto riguarda la tutela ordinaria del giudice, prevista dal primo e dal secondo comma dell'art. 29 in alternativa a quella amministrativa, questa segue le regole generali sulla competenza ed avviene nelle forme ordinarie del processo di ordinaria cognizione, ottenendo in tale sede la stessa tutela inibitoria e cautelare di spettanza del Garante (MAZZAMUTO, *Foro It.* 98, V, 49 ss.), anche se, una volta ammessa una tutela cautelare atipica (*ex art. 700 c.p.c. ante causam*), non può negarsi la stessa possibilità in corso di causa. Davanti al giudice ordinario è, inoltre, possibile chiedere il risarcimento dei danni subiti.

Per quanto concerne, invece, la tutela giurisdizionale successiva al procedimento amministrativo di fronte all'Autorità indipendente si tratta di giudizio contenzioso regolato dagli articoli 737 e ss., che si conclude con decreto, avverso il quale è ammesso unicamente il ricorso in cassazione.

Il primo problema che si presenta è quello dello stabilire se il tribunale, in sede di opposizione svolga una funzione meramente cassatoria del provvedimento del Garante o anche di somministrazione di tutela. La dottrina ritiene che «Tale rimedio oppositorio è diretto a sottoporre direttamente al controllo del giudice ordinario il diritto soggettivo senza limite alcuno e non già al mero controllo di legittimità e di opportunità del provvedimento amministrativo», in altri termini «il giudice ordinario è chiamato a dare piena tutela al o ai diritti che si assumono lesi, ivi compresa quella risarcitoria conseguente al già sanzionato (o meno) comportamento illegittimo da parte del titolare e del responsabile» (ARIETA, *La tutela dei dati personali, commentario alla legge n. 675/1996*, II ediz., Cedam). Tale impostazione risulta, inoltre, coerente con quella che sembra essere una caratteristica generale dell'intero sistema in materia di riservatezza e trattamento dei dati personali, cioè la rapidità. Diversamente, in caso di una decisione di rigetto del Garante e la pronuncia di annullamento del giudice che accoglie l'opposizione si dovrebbe attendere una successiva decisione satisfattiva del Garante ovvero un giudizio di ottemperanza (MAZZAMUTO, *Foro It.*, 1998, V, 49 ss.).

Tornando alle richiamate forme dei procedimenti in camera di consiglio, che il legislatore, con sempre maggiore frequenza ed in funzione della maggiore celerità del procedimento, utilizza per disciplinare giudizi contenziosi su diritti soggettivi (che tale sia la natura dei diritti in questione non pare oggetto di dubbio alcuno) si osserva che tale scelta nasce dall'esigenza di mettere a disposizione delle parti che si sono rivolte previamente al garante uno strumento di tutela più agile e più celere, in grado di consentire il «controllo» giurisdizionale sulla decisione amministrativa e di ottenere un provvedimento, il decreto camerale, sottoposto alla sola verifica da parte della Corte di cassazione.

La questione sollevata nei processi di cui è causa, riuniti con il provvedimento del Presidente della seconda sezione del tribunale di Roma riportato in epigrafe concerne l'individuazione dell'ambito di operatività del procedimento camerale: se, cioè, debba intendersi esteso all'impugnazione di tutti i provvedimenti del Garante (come sostenuto dalla convenuta Agenzia delle entrate) o se, invece, sia limitato a quelli emessi a seguito del procedimento aperto su ricorso di parte (come disposto nel suddetto provvedimento del giudice)

Tuttavia, se è oggetto di numerose perplessità la cosiddetta cameralizzazione dei diritti, per la non sufficiente garanzia «del dovuto processo legale», imposto dalla Costituzione (artt. 3 e 24), qualora si verta in materia di diritti contenziosi, anche quando il procedimento di fronte al Garante, benché di natura amministrativa, presuppone un'istruttoria approfondita condotta nella pienezza del contraddittorio, sicuramente maggiore è il rischio paventato quando un simile procedimento non è previsto a base del provvedimento impugnato in sede di opposizione, ad esempio ai sensi del comma 4 dell'art. 31, ovvero nel caso di specie. D'altra parte, anche se con tali perplessità potrebbe, comunque, ritenersi questo il rito applicabile nei confronti di provvedimenti amministrativi che potrebbero avere identico contenuto sostanziale, non potendo di conseguenza, anche a tacer della legge, essere soggetti ad un'impugnativa differente a seconda che siano il risultato di un procedimento promosso dal ricorso di un interessato o dei poteri officiosi del Garante o di segnalazione o reclamo *ex art. 31 lettera d)*.

Ulteriore conseguenza è la necessità che il procedimento amministrativo, diverso da quello regolato dalla legge su ricorso dell'interessato, ma che può condurre ad un provvedimento di identico contenuto sostanziale e di identiche sanzioni penali in caso di inosservanza, sia comunque sorretto dai principi del contraddittorio o quanto meno della partecipazione prevista della legge n. 241 del 1990, che è norma generale sui procedimenti amministrativi.

È necessario osservare, inoltre, che la dottrina ritiene necessario, al di là dei dati letterali, un adattamento della suddetta procedura camerale al complesso della fonte normativa che la richiama e, soprattutto, alle situazioni soggettive ivi disciplinate, che richiedono una tutela la cui natura non può considerarsi camerale. Di conseguenza il richiamo alle forme camerali deve limitarsi a comportare «l'applicazione di quelle regole procedurali che non siano incompatibili con i principi e le garanzie della tutela normale» (ARIETA, *op. cit.*), anche perché si ricorda che la decisione di adire il Garante in alternativa al giudice ordinario è imposta al soggetto passivo il quale, a seguito della decisione amministrativa, non può che ricorrere all'opposizione camerale. Tale questione assume rilevanza anche nel valutare se la pronuncia del tribunale ai sensi degli art. 737 c.p.c. dia luogo alla formazione del titolo esecutivo e della cosa giudicata, laddove questa costituisce presupposto necessario del giudizio d'ottemperanza (ritorna sotto quest'aspetto la competenza del giudice amministrativo) (ARIETA, *La tutela dei dati personali, commentario alla legge n. 675/1996*, II ediz., Cedam; MAZZAMUTO, *Foro It.*, 1998, V, 49 ss.).

Quanto poi alla competenza generale e residuale del giudice ordinario, prevista dal comma 8 dell'art. 29, l'originaria versione del progetto Mirabelli conteneva il frammento «anche in deroga al divieto di cui all'art. 4 legge 20 marzo 1965, n. 2248, allegato E» ora trasfuso dalla competenza generale a quella speciale del procedimento di opposizione avverso i provvedimenti del Garante; si pone, quindi, il dubbio se questo assetto sia la conseguenza di una precisa intenzione del legislatore oppure di un difetto di coordinamento interno allo stesso art. 29, il quale prevede una deroga al disposto dell'art. 4 della legge del 1865 nel comma 7, ma non nel comma 8.

Se si ritiene valida la prima soluzione, si deve convenire che il legislatore abbia voluto semplicemente affermare il principio secondo cui il tribunale, provvedendo in sede di opposizione al provvedimento del Garante, potrebbe sospendere l'esecuzione e, in caso di accoglimento dell'opposizione, annullarlo o modificarlo. Ma in questo modo il comma 7 avrebbe una portata ridotta, *ad abundantiam*, perché il meccanismo di opposizione davanti al tribunale comporta di per sé, rispetto ai provvedimenti del Garante, necessariamente e non «anche» una deroga alla legge del 1865 (*cf.* MAZZAMUTO, *Foro It.*, V, 49 ss.); se, infatti, il tribunale non potesse intervenire sull'atto l'opponente non disporrebbe di altro rimedio, se non forse quello del giudizio di ottemperanza

Questa impostazione, per cui il tribunale potrebbe intervenire sul provvedimento del Garante, ma non potrebbe revocare o modificare l'atto amministrativo eventualmente sottostante alla controversia (di competenza del giudice amministrativo, con inevitabile accavallamento di tutela giurisdizionale ordinaria e amministrativa e di tutela amministrativa di fronte all'autorità indipendente, salvo considerare, comunque, precluso un intervento in materia del giudice amministrativo da parte dell'attribuzione della competenza generale in materia al giudice ordinario *ex art.* 29 comma 8,) è quella che si allontana di meno dai principi generali, ma si discosta, invece da quanto sostenuto da parte della dottrina (*cf.* BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Giuffrè editore) e da quanto sembrerebbe emergere dai lavori parlamentari, secondo cui il legislatore avrebbe inteso permettere al giudice ordinario di intervenire sull'atto amministrativo adottato dal responsabile o dal titolare del trattamento. Modello questo già presente nel nostro ordinamento, per esempio con i poteri attribuiti al giudice nel giudizio di opposizione avverso le sanzioni amministrative, ai sensi dell'art. 23 legge n. 689/1981. Si porrebbe casomai il problema dei poteri del Garante sugli stessi atti amministrativi onde evitare un'asimmetria sequenziale.

Se si conviene con questa seconda impostazione si deve concludere che il tribunale può revocare o modificare l'atto amministrativo adottato dal titolare o dal responsabile del trattamento, ma solo nel caso in cui si adito con un'opposizione avverso un provvedimento del Garante.

Il giudice ordinario disporrebbe, quindi, di maggiori o minori poteri rispetto all'atto amministrativo in base ad una circostanza (giudicare dopo un provvedimento del Garante) che non giustifica una tale differenziazione (*cf.* BUTTARELLI, *op cit.*). Potrebbe allora ritenersi che la legge abbia confe-

rito al giudice ordinario tutti i poteri necessari ad affrontare le violazioni delle disposizioni in essa contenute, anche in presenza di un provvedimento amministrativo, considerando erronea la citazione della legge del 1895 nel comma 7 anziché nel comma 8.

A conclusione dell'analisi della tutela dei diritti connessi al trattamento dei dati personali, ai sensi della legge n. 675/1996, e delle problematiche di ordine sostanziale, processuale e sistematico che maggiormente ruotano intorno ad essa si osserva, infine, che l'art. 29 al comma 9 prevede il risarcimento del danno non patrimoniale anche nei casi di violazione dell'art. 9 e, quindi, anche al di fuori delle ipotesi previste dalla legge come reato (articoli 34 - 37).

Come si è osservato, la formulazione legislativa implicitamente rimanda al dibattito mai sopito sulla categoria del danno non patrimoniale e sull'interpretazione dell'art. 2059 c.c., secondo cui il danno non patrimoniale è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge (*cf.* SALVATORE SICA, *La tutela dei dati personali, commentario alla legge 675/96*, seconda ed., Cedam).

Sotto questo profilo l'art. 29 comma 9 ha senza dubbio il pregio di eliminare a monte ogni incertezza sull'ammissibilità del risarcimento dei danni non patrimoniali conseguenti alla violazione delle regole sulle modalità di raccolta e sui requisiti dei dati personali ai sensi dell'art. 9. E dall'analisi della formulazione di quest'ultimo articolo sembra difficile ipotizzare fattispecie di lesione dei diritti della personalità legati al trattamento dei dati personali che non siano contenute nell'articolo suddetto.

Tuttavia si è osservato che è opinione giurisprudenziale consolidata che se la responsabilità viene affermata sulla base di una presunzione, di un criterio di imputazione oggettivo o in assenza dell'accertamento di una condotta qualificata come reato il danneggiante non è tenuto a risarcire il danno morale (Cass. n. 3278/1986). In particolare, è considerato non ammissibile il risarcimento del danno morale quando la responsabilità del suo autore è stata affermata «secondo i criteri d'imputazione previsti dall'art. 2059 c.c.» (Cass. n. 5799/1980).

Potrebbe, pertanto, almeno in linea teorica, ravvisarsi una responsabilità da trattamento «ai sensi dell'art. 2050 del codice civile» (*ex* art. 18 legge n. 675/1996), tuttavia, non venendo accertata una concreta condotta colposa, in violazione dell'art. 9, il danno morale non dovrebbe essere riparato. Difficoltà ancora più accentuate si hanno con riferimento ai soggetti pubblici o comunque soggetti a disciplina pubblicistica, difficoltà che si riassumono nell'efficacia esimente della circostanza di aver comunque osservato tutte le norme di legge e di regolamento e, persino, il controllo preventivo del Garante.

Questo ragionamento potrebbe essere esteso anche al danno patrimoniale, perché, sebbene l'art. 18 rinvii alla disciplina dell'art. 2050 «Quale giudice pretenderà dalla pubblica amministrazione la prova di aver fatto tutto il possibile, bel al di là dei comportamenti specificatamente prescritti a suo carico da apposite normative?» (*cf.* MAZZAMUTO, *Foro It.*, V, 49 ss.).

*Dott.ssa Emanuela Brugiotti*

**Tribunale Ordinario di Roma, sezione seconda – Provvedimento di scioglimento di riserva del 13 maggio 2002 – 16 giugno 2002 - Giudice:** A.P. Lamorgese - Agenzia delle Entrate (Avvocato dello Stato G. Albenzio, contenzioso 5875/02) e/Autorità Garante per la protezione dei dati personali (Avvocati G. Alpa e G. Conte) e CODACON (Avvocato C. Rienzi).

«Il giudice, a scioglimento della riserva, premesso che l'Agenzia ricorrente ha rinunciato alla domanda *ex art.* 700 c.p.c. e, per contro, insistito in quella *ex art.* 29 co. 6 della legge 675/96 (v. verb. ud. 21.02.2002);

Lette le note della ricorrente di chiarimento sui profili processuali della domanda *ex cit.* art. 29 della legge n. 675/96, co. 6, nonché le memorie autorizzate di replica delle altre parti; considerato che il provvedimento del Garante del 5 dicembre 2001 è stato formalmente adottato ai sensi dell'art. 31 della legge n. 675/97, co. 1 lett. b) , poi corretta, con successivo provvedimento del 30 gennaio 2002, nella lett. c); tale ultima disposizione prevede esclusivamente un'attività di «segnalazione» delle «modificazioni opportune al fine di «rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti»; che, in vero, il provvedimento impugnato non contiene alcuna segnalazione di modifiche opportune, ma si risolve (come chiarito dallo stesso Garante nel successivo provvedimento integrativo del 30 gennaio 2002) in una sospensione, sia pure temporalmente limitata, del trattamento dei dati in possesso della Rai (afferenti gli acquirenti di apparecchi radiotelevisivi) ; che tale sospensione è da considerarsi sostanzialmente un «divieto» (per quanto temporaneo) di trattamento dei dati (come ritenuto dallo stesso tribunale nell'ordinanza emessa in data 30 gennaio 2002) , più correttamente riconducibile ai provvedimenti che l'Autorità Garante può adottare ai sensi dell'art. 31 ce. 1, lett. 1, legge 675/97 («vietare, in tutto o in parte, il trattamento dei dati o disporne il blocco»);

Che tale conclusione non è scalfita dall'ambiguo tenore letterale dei provvedimenti adottati, posto che le espressioni utilizzate, solo *prima facie* «segnalatorie», tradiscono una sostanziale imposizione di *non* fare, accompagnata dalla fissazione di un termine perentorio entro quale il responsabile ed il titolare sono tenuti ad adeguarsi (provvedimento del 5 gennaio 2001: «... va segnalata la necessità di cessare la raccolta in corso dei dati... e di astenersi dal trattamento dei dati sinora raccolti...», «segnala la necessità di interrompere il trattamento ... fornendo entro il 31 gennaio 2002 copia dei provvedimenti adottati...»; provvedimento del 30 gennaio 2002: «... il titolare ed il responsabile sono invitati a sospendere il trattamento dei dati...»);

Ritenuto che siffatta domanda, ai sensi del combinato disposto degli artt. 29, co. 6, e 31, co. 4 della legge 675/96, va proposta al tribunale, che provvede nelle forme di cui all'art. 737 e ss. c.p.c. e in composizione collegiale *ex art.* 50-*bis*, co. 2, c.p.c.;

Ritenuto, peraltro, che i dedotti profili attinenti ai rapporti tra la presente causa e quella pendente innanzi al Tribunale di Roma (sez. I) tra la Rai, il Garante e l'Agenzia delle Entrate, avente ad oggetto la richiesta di annullamento dello stesso provvedimento dell'Autorità (giudizio, questo, azionato in via cautelare dalla Rai e nel quale il giudice, con ordinanza del 30 gennaio 2002, ha sospeso il provvedimento *de quo*, fissando il termine di giorni 30 per l'inizio della causa di merito), non potranno che essere oggetto di valutazione del competente giudice collegiale;

Dispone l'invio del fascicolo di causa al Presidente per gli adempimenti di cui all'art. 738 c.p.c..

Si comunichi. – Roma, 13 maggio 2002»

**Tribunale di Roma, sezione seconda civile – Ordinanza del 3 - 5 febbraio 2003 - Agenzia delle Entrate (Avvocato dello Stato G. Albenzio, contenzioso 5875/02) c/Autorità Garante Protezione Dati Personali (Avvocati C. Alpa e G. Conte) e CODACONS (Avvocato C. Rienzi).**

«Il Giudice, letti gli atti del procedimento n. 6268/2002 r.g.m.c.;

Rilevato che il giudizio è stato introdotto con ricorso depositato il 28 gennaio 2002, con cui l'Agenzia delle Entrate ha chiesto l'annullamento (*ex art.* 29 della legge n. 675 del 1996), previa sospensiva (*ex art.* 700 c.p.c.), del provvedimento emesso il 5 dicembre 2001 con cui il Garante per la protezione dei dati personali ha di fatto inibito la raccolta di dati personali relativi agli acquirenti di apparecchi televisivi, da parte dell'Agenzia ricorrente e della RAI S.p.A., ai fini della riscossione del cosiddetto canone di abbonamento al servizio radiotelevisivo;

Che – successivamente – la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare, insistendo per l'accoglimento della domanda di merito, avente ad oggetto l'annullamento del provvedimento del Garante, proposta ai sensi dell'articolo 29 della legge 31 dicembre 1996, n. 675;

Che il giudice delegato, dopo aver rilevato che a norma dell'articolo 29 della citata legge n. 675/1996 il tribunale provvede nei modi di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, ha riservato la decisione al Collegio in sede camerale con ordinanza del 15 maggio 2002; che, tuttavia, il Collegio, con decreto del 24 ottobre 2002, ha rilevato la pendenza – davanti al giudice monocratico – di altro giudizio avente ad oggetto l'impugnativa proposta dalla RAI S.p.A. contro il medesimo provvedimento del Garante, ed ha rimesso pertanto gli atti ai presidente di sezione segnalando i profili di connessione oggettiva e soggettiva che consigliano la trattazione unitaria dei procedimenti;

Che, pervenuti i due procedimenti in trattazione col rito ordinario, il procuratore dell'Agenzia delle entrate ha chiesto procedersi, previa riunione, col rito speciale (camerale) ed il Giudice s'è riservato la decisione con separata ordinanza;

Considerato: 1. – che – come recentemente osservato dalla Corte di cassazione con la sentenza 20 maggio 2002, n. 7341 – il procedimento davanti al Garante per la protezione dei dati personali, previsto dall'articolo 29 della legge n. 675 del 1996, pur caratterizzato dalla decisione in contraddittorio su diritti soggettivi, si inquadra pur sempre nel novero dei procedimenti amministrativi contenziosi (in cui lo svolgimento di funzioni amministrative è affidato all'Autorità in posizione di indipendenza) poiché tra funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali *tertium non datur*;

2. – Che, pertanto, l'esercizio dei poteri attribuiti al Garante, in funzione dell'interesse pubblico tutelato dalle norme in argomento, si realizza attraverso un complesso meccanismo di interventi d'ufficio o – su istanza di parte a cui non è estraneo, nel procedimento amministrativo delineato dall'articolo 29 citato, il contraddittorio tra l'interessato e il titolare del trattamento;

3. – Che, in particolare, le attività del Garante per il perseguimento dei compiti fissati dalla legge (art. 31) comprendono numerose iniziative d'ufficio, assistite dai poteri istruttori conferiti dall'articolo 32 e finalizzate all'emissione di provvedimenti di segnalazione e divieto di cui all'articolo 31 part. lett. c ed *I*, tra le quali il procedimento delineato dall'articolo 29 si caratterizza per l'impulso di parte (istanza del soggetto *interessato*) e per l'oggetto (il riconoscimento dei diritti al corretto trattamento dei *propri* dati personali, come elencati dall'articolo 13); che, per questi motivi, la legge consente la partecipazione dei soggetti interessati alla formazione dell'atto amministrativo;

4. – Che, in altri termini, mentre tutti i provvedimenti amministrativi adottati dall'Autorità suddetta sono impugnabili davanti all'a.g.o. (art. 29 comma 8), avendo ad oggetto la tutela di diritti soggettivi perfetti, solo le controversie hanno ad oggetto i diritti del cd. soggetto *interessato* (cioè la persona a cui i dati personali si riferiscono) alla corretta informazione, al corretto trattamento, alla cancellazione o alla rettifica, come previsti dall'articolo 13 della legge citata, danno luogo al particolare procedimento amministrativo contenzioso di cui s'è detto, culminante nel provvedimento del Garante di accoglimento o rigetto (anche tacito) del ricorso;

5. – Che, pertanto, il riferimento alla procedura degli articoli 737 e seguenti del c.p.c. contenuto nel comma settimo dell'articolo 29 appare riferito soltanto alla opposizione rivolta contro il provvedimento del Garante richiesto dall'interessato ed emesso dall'Autorità «assunte le necessarie informazioni» e «a tutela dei diritti dell'interessato» di cui al precedente comma 6; non anche alla impugnazione di tutte le altre attività dispiegate dal Garante ex Officio;

6. – Che, dunque, considerato che il provvedimento impugnato non è stato adottato in esito al procedimento contenzioso iniziato su ricorso dell'interessato; bensì in esito ad una

complessa istruttoria iniziata il 12 febbraio 2001 e riconducibile ai poteri di vigilanza del Garante disciplinati dall'articolo 31 lett. b) e c) della legge, si ritiene che il giudizio di impugnazione debba seguire il rito ordinario;

Ritenuto inoltre, che in esito al procedimento cautelare iniziato con ricorso della RAI S.p.A. e concluso con l'accoglimento della domanda di sospensione in via d'urgenza del provvedimento impugnato, si è instaurato tra le medesime parti (oltre all'associazione CODACONS) il giudizio a cognizione ordinaria avente ad oggetto l'annullamento dello stesso provvedimento impugnato dall'Agenzia delle entrate;

Che appare opportuno, per evidenti ragioni di economia processuale, che i procedimenti siano riuniti per essere trattati dal medesimo giudice; che – in ogni caso – la giurisprudenza della suprema Corte ha, in casi simili, affermato il principio secondo cui – anche quando i procedimenti riuniti seguono riti diversi – le regole del processo contenzioso devono prevalere su quelle camerali per le più ampie garanzie di contraddittorio e di difesa consentite dal rito ordinario (Cass. 19 aprile 1995, n. 4395 e Cass. 29 marzo 1994, n. 3002);

*P.Q.M.*: sciogliendo fuori udienza la riserva assunta nel verbale di causa, sulle istanze delle parti, così provvede:

1. – dispone la riunione del procedimento n. 6268/2002 r.g.a.c. a procedimento n. 17437/2002 per ragioni di connessione;

2. – dispone procedersi col rito contenzioso ordinario. Si comunichi alle parti a cura della cancelleria.

Roma, 3 febbraio 2003»

### **Tribunale Civile di Roma – Note difensive riepilogative dell'Avvocatura generale dello Stato –**

*Giudice:* Buonomo – Agenzia delle Entrate (Avvocato dello Stato G. Albenzio) c/ Autorità Garante per la protezione dei dati personali e nei confronti della RAI s.p.a.

*Procedimenti riuniti ex art. 700 C.P.C. e art. 29. L. 675/96 – Annullamento, previa sospensione, del provvedimento dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali del 5 dicembre 2001.*

«Nel giudizio di merito instaurato dalla RAI con atto di citazione 25 febbraio 2002 l'Agenzia delle Entrate ha concluso perché: «il Tribunale adito, previa conferma del provvedimento cautelare impugnato, voglia annullare il provvedimento del Garante in epigrafe indicato emesso il 5 dicembre 2001, unitamente a quello correttivo-integrativo del 30 gennaio 2002; con ogni conseguente pronunzia e con vittoria di spese».

Nel giudizio cautelare promosso dalla comparente Agenzia, all'udienza del 21 febbraio 2002 l'Agenzia stessa ha rinunziato all'istanza cautelare proposta ex art. 700 c.p.c. ed ha insistito perché il Giudice adottasse i provvedimenti necessari per la prosecuzione del giudizio ai sensi dell'art. 29 legge 675/96, concludendo perché, ferma l'istanza processuale ai sensi dell'art. 29 legge 675/96, da intendersi riferita alla procedura speciale di cui ai commi 6-7, il Giudice adito, previa adozione dei provvedimenti necessari per assicurare la prosecuzione del giudizio secondo il rito speciale, si pronunzi sulla domanda di annullamento proposta dall'Agenzia delle Entrate.

Riuniti i procedimenti con provvedimento 3 febbraio 2003, non resta che richiamare le difese di merito articolate negli atti difensivi depositati nei giudizi riuniti (in particolare, memoria di costituzione 15 maggio 2002 nel giudizio di merito R.G. 17437/02 e note difensive 15 luglio 2002 nel giudizio ex art. 29, legge 675/96, R.G.6268/02, che si allegano in copia) e ribadire le conclusioni sopra precisate, insistendo perché il Tribunale, fermi restando i provvedimenti cautelari adottati, voglia annullare gli atti impugnati, con ogni consequenziale pronunzia e con vittoria di spese.

Roma, 25 febbraio 2003

*Avv. Giuseppe Albenzio»*





# I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

## **A.G.S. – 10 gennaio 2003, n. 2470 – Classi delle sostanze dopanti.**

*Convenzione di Strasburgo anti-doping (ratificata con legge 29 novembre 1995 n. 522) – Lista «aperta» di farmaci, sostanze e pratiche mediche c.d. dopanti – Normativa interna di recepimento (legge 14 dicembre 2000 n. 376) contenente rinvio a decreto ministeriale individuativo – Fattispecie penalmente sanzionata (art. 9 legge cit.) – Compatibilità col principio penale, costituzionalmente garantito (art. 25 Cost.), del nullum crimen sine lege (consultivo n. 6954/02, avvocato P. Cosentino).*

«Con la nota sopra indicata, codesta Amministrazione ha sottoposto alla Scrivente parere in merito alla congruenza e conformità ai principi di diritto penale del recepimento, tramite produzione normativa con decreto ministeriale, di una «lista aperta» di farmaci, sostanze e pratiche mediche c.d. dopanti vietate, lista allegata alla Convenzione di Strasburgo contro il *doping*, ratificata con legge 29 novembre 1995, n. 522.

La legge 14 dicembre 2000, n. 376 contiene infatti all'art. 9 una fattispecie incriminatrice alla cui stregua è punita come reato la condotta di «chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o sostanze biologicamente o farmacologicamente attive ricomprese nelle classi previste all'art. 2, comma I» della stessa legge. La norma da ultimo citata, rubricata *Classi delle sostanze dopanti* opera in due direzioni: essa stabilisce infatti, da un lato, che le predette sostanze e pratiche mediche il cui impiego è considerato *doping* siano ripartite in classi «anche nel rispetto delle disposizioni della Convenzione di Strasburgo» e delle indicazioni del CIO e degli organismi internazionali sportivi e, dall'altro, che tali classi siano approvate con decreto del Ministero della Salute, già Ministero della Sanità, d'intesa con il Ministero per i beni e le attività culturali su proposta della Commissione di cui all'art. 3 della stessa legge. Il citato art. 3 precisa che la Commissione istituita presso il Ministero della Salute fra l'altro predisporre le classi di farmaci e sostanze e pratiche mediche vietate e procede alla relativa revisione con cadenza periodica non superiore a sei mesi.

Giova in primo luogo premettere che il quadro normativo dianzi esposto non sembra porsi in collisione con il principio costituzionale della riserva di legge, consacrato dall'art. 25 Cost., e che da questo punto di vista le

norme della legge n. 376/2000 sono pienamente legittime. Infatti se è vero che il combinato disposto dell'art. 2 e dell'art. 9 opera un rinvio ad una norma di rango inferiore ciò invero concreta una ipotesi di integrazione sul solo versante tecnico di una fattispecie incriminatrice che nei suoi elementi essenziali (soggetto attivo, condotta, elemento psicologico) è già definita dalla legge. In dottrina è stato infatti sottolineato che, soprattutto in quelle materie che richiedono un alto grado di competenze specialistiche per la loro complessità, è pienamente legittimo che il legislatore, conservando la propria sovranità nell'individuazione delle condotte caratterizzate da disvalore sociale e nella qualificazione di esse come reati, affidi poi alla normazione di rango subordinato di integrare, ove necessario, le fattispecie legali mediante elementi di specificazione tecnica. Espressioni di tale politica legislativa in ambito penale si rinvencono ad es. nelle materie degli stupefacenti e degli additivi chimici vietati nella produzione alimentare.

Problematica si presenta invece la soluzione del quesito relativo alla legittimità del recepimento nel decreto ministeriale di una lista che, accanto alla enumerazione casistica, contenga, a mo' di clausola aperta, la dizione di «sostanze affini».

Sul punto la Scrivente condivide le perplessità prospettate da codesta Amministrazione sull'effettiva rispondenza di una norma così formulata ai principi costituzionalizzati della sufficiente determinatezza e del divieto di analogia della fattispecie penale. Alla stregua del nostro ordinamento, infatti, assume coerenza – ciò desumendosi dall'art. 1 c.p. e dall'art. 14 delle c.d. preleggi letti alla luce dell'art. 25 Cost. così come interpretato dalla dottrina più autorevole e come vigente del diritto applicato – quanto espresso nel brocardo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali (scripta et stricta)*. Con tale direttrice si intende garantire sia la *certezza della legge penale* sia la *conoscibilità da parte dei consociati dei comportamenti vietati e puniti con sanzioni penali*, esigenze tanto più forti se confrontate con un sistema di diritto positivo che, per rispondere alle istanze di tutela emergenti dalla società, va accrescendo la propria complessità finanche sul piano quantitativo, mediante una intensa attività di produzione normativa *extra codicem*.

Il principio di certezza che, ad un primo avvicinamento, sembrerebbe teso soltanto ad evitare abusi di discrezionalità da parte del giudice nell'attività di interpretazione e applicazione delle norme penali alle fattispecie concrete, costituisce invero una indicazione precettiva anche per il legislatore, affinché sia bandita dall'ordinamento, in quanto costituzionalmente illegittima, la analogia anticipata, ossia la formulazione di norme penali che già di per sé aprano la strada a letture analogiche.

La dottrina più attenta ha denunciato l'illegittimità di quelle fattispecie legali contenenti clausole aperte, come le diciture di «casi simili/analoghi» o espressioni di chiusura, le quali non solo autorizzano ma addirittura richiedono come necessario lo strumento analogico. Tali considerazioni sono state espresse – talora anche in contrasto con talune pronunce della Corte Costituzionale – in relazione all'art. 121 depenalizzato del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, il quale, dopo l'elencazione casistica di mestieri il cui eser-

cizio non autorizzato è vietato, si chiude con l'estensione del divieto ai «mestieri analoghi»; o in relazione all'art. 705 c.p., che punisce a titolo di commercio di cose non autorizzate anche l'esercizio di «altre simili industrie», oltre a quelle già descritte dalla stessa norma.

Per completezza giova ricordare che una parte della dottrina (Mantovani) ha limitato le censure di illegittimità a quelle sole norme penali contenenti una lista aperta ai «casi simili/analoghi» in cui l'enumerazione casistica, proprio come negli esempi sopra richiamati, riguardi ipotesi eterogenee fra loro che non consentano di individuare un criterio tipizzante unitario. Diversamente, invece, dovrebbe dirsi di quelle norme che contengono un'esemplificazione omogenea unitaria (es. art. 711 c.p.: «chiunque, esercitando il mestiere di fabbro o chiavaiuolo ovvero altro simile mestiere, apre serrature o altri congegni analoghi apposti a difesa di un luogo o di un oggetto) assieme ad altri elementi che nel complesso valgono ad individuare delle fattispecie sufficientemente determinate, evitando il rischio di forzature analogiche.

La verità è che nella formulazione di norme penali di tal genere è necessario trovare un punto di equilibrio fra l'elencazione casistica e tassativa, posta a salvaguardia del principio di certezza, da un lato, e l'esigenza di effettività della tutela penale dall'altro – esigenza che si può manifestare anche rispetto a quelle ipotesi che possono sfuggire alla previsione astratta del legislatore e che tuttavia sono espressione del medesimo disvalore sociale.

A titolo esemplificativo appare in tale direzione legittima la previsione di cui al decreto ministeriale 27 luglio 1992, tabella I, in materia di stupefacenti, che, dopo un'elencazione di sostanze vietate, detta dei *criteri precisi e ben determinati di estensione della fattispecie penale*. La tabella I del citato decreto ministeriale 27 luglio 1992 prevede infatti «(...) Qualsiasi forma stereoisomeria delle sostanze iscritte nella tabella, in tutti i casi in cui esse possono esistere, salvo che ne sia fatta espressa eccezione. Gli esteri e gli eteri delle sostanze iscritte nella presente tabella, a meno che essi non figurino già in altre tabelle, in tutti i casi in cui questi possono esistere. I sali delle sostanze scritte nella presente tabella, compresi i sali dei suddetti isomeri, esteri ed eteri in tutti i casi in cui questi possono esistere. Le preparazioni contenenti le sostanze di cui alla presente tabella. (...)».

In tale tabella, come è evidente, non appare un generico rinvio alle «sostanze affini», ma si richiamano nozioni chimiche aventi un significato specifico ed univoco: così è sia per il riferimento al fenomeno della stereoisomeria, per cui, a parità di formula bruta, le sostanze differiscono per una diversa posizione spaziale degli atomi; sia per il riferimento ai composti delle sostanze indicate (gli esteri, gli eteri, i sali delle sostanze enumerate in tabella e degli isomeri di esse).

Con riguardo al quesito sottoposto la Scrivente è dunque sostanzialmente in linea con le osservazioni espresse da codesta Amministrazione nella nota in riscontro e perciò inviata, dubita della legittimità della dizione *tout court* di «sostanze affini» e suggerisce alla Commissione – viste le attribui-

zioni ad essa spettanti in base agli articoli 2 e 3 della legge n. 376/2000 – di tentare una formulazione più rispettosa del principio di sufficiente determinatezza della fattispecie penale.

Non si disconosce che la previsione di classi attecchianti a numero chiuso non consentirebbe di vietare tutte le sostanze «dopanti» ugualmente pericolose ma non ancora comprese in esse, in quanto non ancora diffuse o farmacologicamente testate, e finirebbe per attenuare l'effettività della tutela penale anti-*doping*. Tuttavia tale obiettivo potrebbe essere raggiunto, nel rispetto del principio sancito dall'art. 25 Cost., evitando il mero impiego di aggettivi come «affini/simili», che appaiono inappaganti rispetto all'esigenza di certezza e che si prestano al rischio di analogia sul piano applicativo. Per contro, la Commissione potrebbe predisporre le classi di farmaci e sostanze vietate, avvalendosi di clausole di chiusura che consentano effettivamente l'individuazione di ipotesi sufficientemente determinate. Infine non va trascurato che il paventato rischio di cristallizzazione nel tempo delle fattispecie penali in esame non pare sussista, ove si consideri che l'art. 2, comma 3, della legge n. 376/2000 impone un costante aggiornamento semestrale delle classi di cui al decreto ministeriale.

Nelle more della stesura del suesposto parere è stato pubblicato (in *Gazzetta Ufficiale* 27 novembre 2002 n. 217) il decreto ministeriale 15 ottobre 2002 recante approvazione della lista dei farmaci, sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e delle pratiche mediche, il cui impiego è considerato *doping*, ai sensi della legge 14 dicembre 2000 n. 376. Nel prenderne atto, e nel rilevare che le conclusioni del presente parere non si pongono in contrasto con il tenore del citato CM, la Scrivente ritiene, data la rilevanza della questione e la possibilità di ulteriore sua riproposizione, di dover ugualmente esprimere il proprio avviso, quale contenuto nelle considerazioni suesposte».

#### **A.G.S. – Parere del 31 gennaio 2003, n. 9965 – Transazione Telecom S.p.a. c/Interno.**

*Convenzione transattiva - evolutiva* (consultivo 9325/02, avvocato G. Fiengo).

«Con la nota in epigrafe indicata codesta Direzione centrale ha sottoposto all'avviso della scrivente lo schema di convenzione transattiva che dovrebbe regolare, per il prossimo novennio, la totalità dei rapporti già instaurati dal Dipartimento della pubblica sicurezza con la Telecom S.p.a. in relazione a servizi di fonia e di trasmissione dati.

Nelle more della stesura del parere è pervenuto da parte del Dipartimento di pubblica sicurezza un nuovo schema di contratto, nel quale vengono, d'intesa con la controparte privata, ulteriormente chiariti e sottolineati gli aspetti transattivi dell'accordo raggiunto.

Nel corso dell'istruttoria dell'affare l'Amministrazione ha chiarito, in sede di Comitato consultivo, che la situazione esistente alla vigilia della stipulazione della transazione era caratterizzata da una molteplicità di rap-

porti – nati per effetto dei contratti indicati nella premessa dello schema convenzionale, o germinati quasi spontaneamente o di fatto quale sviluppo delle vicende contrattuali con il concessionario statale dei servizi telefonici – intersecantisi l'un l'altro, a volte in contraddizione, spesso con duplicazioni, ambiguità e sprechi; ed inoltre, data la rapida evoluzione del settore, molte delle prestazioni originariamente previste nei contratti si rivelarono – nella negoziale dimensione – obsolete o comunque assai meno utili che non all'origine.

La situazione di confusione e di inadeguatezza aveva dato luogo all'accumulo di una pesante situazione debitoria dell'Amministrazione ed a frequenti accuse di inadempimento a carico della Telecom, la quale invocava a propria giustificazione il contenuto delle prestazioni come previsto in contratto, in sostanza attribuendo l'inadeguatezza dei risultati a tali circostanze, alle sovrapposizioni frequenti di ruoli nonché alla confusione determinata anche dalla pluralità dei soggetti incaricati della manutenzione. L'odierna stipulazione è rivolta a dare chiarezza al complesso rapporto con la Telecom, a razionalizzare, a togliere «il troppo e il vano», a conseguire, insomma, il risultato – fin dagli originari contratti perseguito – in modo razionale ed economico.

A questo scopo la stipulazione copre tutta e solo l'area già riguardata dai contratti in corso; affida a Telecom tutta l'attività strumentale al risultato (in particolare le si affida la manutenzione del sistema e del partenariato funzionale nell'ambito della convenzione, che perfaltro già esiste per le sale operative).

L'Amministrazione ha al riguardo sottolineato che i nuovi ordinativi andranno a gara e che pur nell'ambito del partenariato si procederà con il confronto pubblico concorrenziale e che resteranno gli altri operatori, in ordine ad altre fasce o attività.

Insomma, è del tutto escluso che la concorde intenzione e volontà delle parti siano rivolte a raggiungere risultati (di «esclusiva» per il futuro o di «posizione dominante») incompatibili con le ben note norme interne o comunitarie: ed in tal senso devono interpretarsi le singole norme della convenzione, giusta la concorde volontà delle parti, che hanno voluto transigere sul debito accertato e presunto al 31 dicembre 2002 con atto di tipo metodologico e gestionale per il migliore conseguimento dei risultati di cui ai vigenti rapporti.

L'aspetto economico della stipulazione è stato infine attentamente valutato dall'Amministrazione, che lo ritiene assai conveniente: il Ministero otterrà uno sconto del debito pregresso da € 103 milioni a € 48 milioni, rateizzato in quattro anni per la situazione esistente al 31 dicembre 2001; per il 2002 si ha uno sconto da € 78 milioni circa ad € 60,5 milioni ed il livello dei servizi aumenta ad invarianza di costi.

Tanto premesso si osserva che il possibile contenzioso sui contratti precedenti e, per le prestazioni già eseguite, per la loro rispondenza ai patti, manifesta la natura certamente transattiva della stipulazione, nel cui contesto gli accordi rivolti alla razionalizzazione dell'esistente con il necessario aggiornamento, e il *quid novi* che nell'atto appare sono del tutto coerenti con la natura del negozio, ivi compresa la proroga che, in tale quadro, appare

secondaria e solo strumentale alla riduzione dei costi. Tanto più che, non solo il *novum* caratterizza il contratto di transazione, tale necessariamente essendo «le reciproche concessioni», ma addirittura con queste ultime si possono creare rapporti diversi da quelli che hanno formato oggetto della lite, insorta o insorgenda come si legge nel secondo comma dell'art. 1965 del codice civile.

In conclusione si esprime parere favorevole, in linea di diritto al diviso accordo, in quanto avente natura transattiva, suggerendo a codesta Amministrazione dell'interno l'opportunità che i chiarimenti ora forniti in sede di esame da parte di quest'Avvocatura generale entrino nello schema dell'atto, ad esempio nelle premesse, che vi sia clausola di chiusura per il «null'altro a pretendere»; e siano chiarite alcune delle norme della convenzione – e segnatamente gli articoli 1, p. 3; art. 4; art. 5; art. 7; art. 10; art. 11; art. 12 – con conseguente armonizzazione dell'insieme – il cui tenore letterale non accompagnato dai detti chiarimenti, potrebbe risultare non coerente con il vero significato della stipulazione che ha natura transattiva anche negli elementi di novità che contiene e che espressamente vanno dichiarati rientrare nella transazione, di cui costituiscono parti integranti (anche nelle clausole appena ricordate), con conseguente modifica, in particolare dell'art. 9 (che sembra considerare transattivo il solo accordo di cui all'art. 2)».

#### **A.G.S. – Parere del 19 febbraio 2003, n. 17130.**

*Compenso aggiuntivo per festività coincidenti con la giornata domenicale* (consultivo 13635/01, avvocato A. Linguiti).

«Con il foglio in riscontro viene richiesto parere in ordine agli effetti giuridici legati alla ipotesi di coincidenza di giorni di festività normalmente infrasettimanali con giornate domenicali per i dipendenti della P.A. a prescindere dalla effettiva prestazione lavorativa.

Al riguardo viene in considerazione l'art. 2 lett. e) della legge 90/1954 ove è dettato che «il trattamento stabilito dall'art. 5 della legge 260/1949 dovrà essere ugualmente corrisposto per intero al lavoratore, anche se risulti assente dal lavoro per sospensione dal lavoro dovuta a coincidenza della festività con la domenica od altro giorno festivo considerato tale dai contratti collettivi, compresa la celebrazione del Santo Patrono della località ove si svolge il lavoro».

Va preliminarmente precisato che la disciplina che viene in esame si riferisce alle sole festività nazionali indicate nel primo comma dell'art. 5 della legge 260/1949.

La lettera della disposizione ora riportata sembra far propendere per la soluzione più favorevole ai lavoratori, dal momento che quel che appare voluto è proprio l'estensione, anche in caso di sospensione del lavoro in giornata domenicale con cui coincida anche la giornata festiva e cioè in giornata

di normale riposo settimanale, del trattamento economico previsto per il lavoro prestato in giornata domenicale in cui sia caduta la giornata festiva, tale essendo l'ipotesi cui l'art. 2 lett. e) legge 90/1954 fa richiamo.

La ragione del particolare e favorevole trattamento, rivendicato dai dipendenti e concretantesi nel riconoscimento, oltre al normale trattamento di retribuzione globale di fatto giornaliera, compreso ogni elemento accessorio, di una ulteriore aliquota di retribuzione giornaliera, viene individuato nel fatto che, in caso di coincidenza della giornata festiva con quella domenicale il lavoratore si troverebbe privato del godimento di una giornata ulteriore di esenzione dalla prestazione lavorativa, sicché gli spetterebbe il trattamento economico sostitutivo del godimento di riposo e cioè l'aliquota di retribuzione giornaliera.

Senonché, mentre appare razionale che venga riconosciuta per il lavoro prestato in giornata festiva (e quindi di maggiore penosità) una maggiorazione per lavoro festivo, non appare razionale il riconoscimento dalla pretesa attribuzione di una aliquota giornaliera di retribuzione (ulteriore rispetto a quella normalmente spettante) quando la giornata festiva comunque non sia stata impegnata nella prestazione lavorativa, ma sia stata invece di astensione dal lavoro, in quanto, nel caso di dipendenti a retribuzione fissa come non ha rilevanza la durata dell'anno (365 o 366 gg.) o del mese (28 - 29 - 30 o 31 gg.) o la distribuzione delle domeniche nel mese (4 o 5 domeniche), così non sembra possa avere rilevanza la aleatoria coincidenza della festività con la domenica per farne discendere un incremento della retribuzione fissa.

La ragionevolezza di tale prospettazione non appare smentita dal dettato normativo che viene richiamato dall'art. 2 lett. e) legge 90/1954 e che sopra si è riportato.

Infatti nell'art. 5 della legge 260/1949 è possibile individuare varie disposizioni tra loro distinte ed autonome per ambito soggettivo e per oggetto.

Il primo comma dell'art. 5 legge 260/1949 (come modificato dall'art. 1 legge 90/1954) si riferisce ai lavoratori dipendenti (di qualsiasi natura: impiegati ed operai) retribuiti non in misura fissa e stabilisce che ad essi spetta per i giorni di festività solo la normale retribuzione globale di fatto giornaliera, compreso ogni elemento accessorio.

Poiché non è fatto riferimento, come è invece nei commi seguenti, alle ipotesi di prestazione di lavoro in dette festività, deve convenirsi che la disciplina ivi dettata si riferisce all'ipotesi di astensione dal lavoro.

Il secondo comma si riferisce sempre ai lavoratori dipendenti di cui al primo comma (impiegati ed operai retribuiti non in misura fissa) ma disciplina il caso della prestazione di lavoro nelle giornate di festività e stabilisce che ad essi spetta, oltre la normale retribuzione globale di fatto giornaliera compreso ogni elemento accessorio (di cui al primo comma), anche la retribuzione per le ore di lavoro effettivamente prestate con la maggiorazione per il lavoro festivo.

Il terzo comma si riferisce invece ai salariati retribuiti in misura fissa che prestino il lavoro nelle giornate festiva che non cada di domenica o cada di domenica.

In questo caso (festività lavorata non caduta di domenica) la disposizione attribuisce al salariato retribuito in misura fissa, oltre alla normale retribuzione globale di fatto giornaliera, compreso ogni elemento accessorio, anche la retribuzione per le ore di lavoro effettivamente prestate con la maggiorazione per lavoro festivo.

Nel caso invece di festività non lavorata cadente di domenica la disposizione attribuisce al salariato retribuito in misura fissa, oltre alla normale retribuzione globale di fatto giornaliera, compreso ogni elemento accessorio, anche una ulteriore retribuzione corrispondente all'aliquota giornaliera.

Discende da ciò che a tutti i dipendenti non inquadrabili tra i salariati retribuiti in misura fissa non può, per il giorno festivo non lavorato coincidente con la domenica, riconoscersi il trattamento aggiuntivo della ulteriore retribuzione corrispondente all'aliquota giornaliera e resterà applicabile il solo primo comma dell'art. 5 legge 260/1949 con la conseguente spettanza della sola normale retribuzione globale di fatto giornaliera, compreso ogni elemento accessorio, dal momento che questo è il «trattamento stabilito dall'art. 5 della legge 27 maggio 1949, n. 260» richiamato dall'art. 2 legge 90/1954 per il caso in questione.

Tale soluzione, oltre ad avere ragionevole fondamento in quanto osservato più sopra e nella piana lettura delle disposizioni ora svolta, è stata recentemente condivisa dalla Suprema Corte con sentenza 10 gennaio 2001, n. 258.

Il maggior favore della disciplina ora esaminata verso i salariati può ricondursi ad una sorta di compensazione, attraverso l'attribuzione del trattamento economico di maggior favore nel caso di perdita di una giornata di riposo per coincidenza della festività con la domenica, della maggiore penosità del lavoro affidato ai salariati ed all'origine storica della loro categoria (lavoratori a giornata).

Le conclusioni cui si è sopra pervenuti non trovano smentita nel testo unico 3/1957 per i dipendenti statali né nelle successive discipline contrattuali collettive fin qui intervenute.

Resta ovviamente salva diversa disciplina collettiva che dovesse eventualmente essere adottata».

#### **A.G.S. – Parere del 28 febbraio 2003, n. 21146.**

*Proseguimento del rapporto di lavoro di personale ausiliario assunto con contratto a tempo determinato previa selezione operata tramite l'Ufficio di collocamento (consultivo 1310/03, avvocato E. Figliolia).*

«La corretta interpretazione compiuta dalla circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 42/2002 dell'art. 4 D.Lg.vo 368/2001, sulla base della quale la proroga del contratto di lavoro a termine può avere durata diversa rispetto a quella iniziale, non consente, una volta intervenuta la scadenza del termine recato nell'atto di proroga, di prorogare ulteriormente il rapporto lavorativo sia pure nel limite triennale previsto dal citato



art. 4. Ed invero è difficilmente contestabile, stante il pertinente dettato legislativo, che l'Amministrazione non è legittimata a procedere a più di una proroga anche se nell'ambito temporale del triennio di cui si è detto.

Per quanto concerne poi la questione della giuridica praticabilità del rinnovo, osserva questo *Gazzetta Ufficiale* che la possibilità, in termini di diritto, di perpetuare il rapporto lavorativo con gli stessi soggetti rispetto a cui siano oramai venuti meno i presupposti di legge per concedere ulteriori proroghe, potrebbe risultare possibile solo procedendo ad una riassunzione, ovviamente nel rispetto delle procedure di legge.

In altre parole, non potendosi certamente approvare iniziative elusive delle rigorose condizioni di legge disciplinanti il contratto a tempo determinato, potrebbe risultare consentito, tuttavia, sempreché ovviamente possano riscontrarsi l'indispensabile quadro esigenziale unitamente alle altre condizioni di legge, la stipula di ulteriori contratti aventi oggetto diverso; ed invero, dal pertinente contesto normativo, si desume che la rigorosa disciplina normativa del contratto a tempo determinato è applicabile soltanto quando alla identità dei soggetti contraenti corrisponda anche la medesimezza delle condizioni essenziali del rapporto convenzionale, sicché, ove queste ultime subiscono sostanziali variazioni, nulla osta a che l'Amministrazione addivenga alla conclusione, appunto, di un ulteriore nuovo contratto a tempo determinato, privo, come tale, di correlazioni di sorta con il precedente definitivamente scaduto e non più praticabile.

Per converso non sembra praticabile in linea di diritto l'ipotesi prospettata di procedere a più rinnovi nell'ambito temporale del triennio del medesimo rapporto contrattuale, quindi con gli stessi contenuti, sia pure con le indicate soluzioni di continuità, posto che ciò realizzerebbe una possibile non consentita elusione del divieto normativo di concedere più di una proroga del contratto a tempo determinato».

#### **A.G.S. – Parere del 1° aprile 2003, n. 39682.**

*Azienda Universitaria Policlinico «Umberto I» di Roma in liquidazione – Pagamento dei debiti nei confronti del personale* (consultivo 5071/03, avvocato E. Figliolia).

«Ai sensi del comma 6 dell'art. 2 del decreto-legge n. 341/1999, convertito con modificazioni con legge n. 453/1999, il commissario liquidatore è tenuto a predisporre un piano di estinzione delle passività che deve essere sottoposto all'approvazione del Ministro del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica (ora Ministro dell'economia e delle finanze), ed a seguito di detta approvazione si provvede al pagamento sulla base di quanto disposto dall'art. 90-bis comma 3 del decreto legislativo n. 77 del 25 febbraio 1995.

Orbene, trattasi, all'evidenza, di una disposizione di carattere organizzatorio, nell'ambito della quale sono previsti taluni termini per consentire il compimento accelerato delle attività solutorie, con modalità e sulla base di criteri coerenti con l'interesse pubblico ad un'estinzione sollecita delle

situazioni debitorie che tiene conto dei principi generali dell'ordinamento giuridico in materia di soddisfazione delle pretese creditorie aventi titolazione privilegiata. Ed infatti, il citato comma 3 dell'art. 90-*bis* del decreto legislativo n. 77/1995, richiamato dal comma 6 dell'art. 2 del decreto-legge n. 341/1999, esclude espressamente la possibilità di praticare decurtazioni di sorta ai crediti inerenti a retribuzioni per prestazioni di lavoro subordinato che, pertanto, debbono necessariamente trovare, nell'ambito del definitivo accertamento della massa attiva e passiva da parte del Commissario liquidatore, soddisfazione integrale, come d'altronde gli eventuali crediti di natura previdenziale.

Per quanto precede, stante il suddetto quadro normativo di riferimento, non si ravvisano elementi ostativi alla rappresentata eventuale «anticipata liquidazione dei debiti» concernenti le retribuzioni dei lavoratori subordinati, una volta che si siano compiutamente praticate le verifiche del caso in ordine alla certezza ed all'ammontare dei crediti in discorso, potendosi, tra l'altro, per assicurare una migliore e più prudente attività gestoria dei prefati incombenti solutori, provvedere ai conseguenti pagamenti esplicitando espressa riserva di ripetizione all'atto dell'erogazione, sì da escludere in radice ogni sia pur minima possibilità di ritenzione degli importi da parte dei creditori *de quibus* nell'ipotesi, peraltro teorica, di mancata approvazione ministeriale.

Va altresì rilevato, a conforto dei superiori convincimenti, che a fronte di tali crediti privilegiati non sembra, anche per quanto è dato desumere dal quesito di cui alla nota che si riscontra, ipotizzabile la possibilità di un'eventuale incapienza delle provviste finanziarie da destinare ai pagamenti dei citati crediti privilegiati, posto che la pertinente normativa da applicarsi alla fattispecie non contempla una tale evenienza idonea a determinare, per i crediti stessi, decurtazioni di sorta; peraltro tale verifica della sufficienza delle provviste finanziarie deve concernere anche gli ulteriori crediti privilegiati di carattere previdenziale.

D'altronde è appena il caso di rilevare che tale anticipata esigibilità dei crediti in discorso sembrerebbe affatto coerente con l'interesse pubblico a che le risorse finanziarie disponibili restino esenti da ulteriori eventuali iniziative esecutive individuali estranee al procedimento liquidatorio concorsuale normato dal decreto-legge n. 341/1999 e dalla successiva legge di conversione.

Si resta comunque a disposizione per ogni eventuale ulteriore chiarimento anche rispetto ad eventuali problematiche interpretative connesse alla conseguente azione solutoria di cui trattasi, con riferimento, in particolare, alla inderogabile necessità che tale procedura solutoria anticipata sia rigorosamente circoscritta a quei crediti privilegiati che, a mente dell'art. 90-*bis*, 3 comma, del decreto legislativo n. 77/1995, debbono essere integralmente soddisfatti».

**A.G.S. – Parere del 3 maggio 2003, n. 52737 – Indennizzabilità opere realizzate in ispregio da servitù militari.**

*Autorizzazione (ex art. 8 legge 898/76) del Comandante territoriale ad eseguire opere in deroga alle limitazioni imposte sui fondi gravati da servitù militari: natura ed effetti (consultivo 6564/1999, avvocato G. Lancia).*

«In risposta alle note 4 dicembre 2002, n. 6978/5152 e 4 dicembre 2002 n. 6977/5187, si rappresenta che la Scrivente non ravvisa, nelle fattispecie segnalate con gli anzidetti fogli, elementi tali da indurre a derogare alla regola indicata nella nota 19 settembre 2001 n. 101233 (le opere realizzate in ispregio ai vincoli di servitù militare non vanno considerate ai fini della determinazione dell'indennizzo), sicché condivide gli intendimenti espressi da codesto Ufficio.

Per quanto concerne, poi, il quesito posto con la nota 31 gennaio 2003 n. 12/360/318 si nota che né nel decreto ministeriale Difesa 603/1993 né nel decreto ministeriale Difesa 690/1996 (entrambi emanati in attuazione del disposto dell'art. 2 della legge n. 241/1990) viene fissato un termine per l'emissione del provvedimento che determina l'indennizzo da corrispondere ai proprietari degli immobili assoggettati a servitù militare e ne ordina il pagamento; sicché detto termine deve essere ritenuto di trenta giorni decorrenti dalla ricezione da parte dell'Amministrazione Militare della domanda dell'interessato (art. 2 legge n. 241/1990 e art. 7 legge n. 898/1976 il quale prevede che la corresponsione dell'indennizzo avvenga a domanda dell'interessato).

Per quanto concerne, poi, i quesiti posti con la nota 31 maggio 2002 n. 12/3342/3123, si nota che la servitù militare si sostanzia in un vero e proprio *ius in re aliena* dell'Amministrazione della Difesa comportante limitazioni al diritto di proprietà sulla cosa gravata di servitù; e l'autorizzazione a compiere opere in deroga a siffatte limitazioni non è assimilabile alle normali autorizzazioni richieste dall'esistenza di un mero vincolo, e va intesa, invece, come provvedimento che fa venire meno (in tutto o in parte) le limitazioni già imposte, riduttivo (o perfino eliminatore) quindi del diritto dell'Amministrazione e quindi del vincolo a questo conseguente (v. art. 9 legge n. 898/1976). Dunque l'autorizzazione non è un provvedimento che permette l'opera in presenza di vincolo che permane nonostante l'autorizzazione, quanto piuttosto un'eliminazione (totale o parziale) del vincolo (dall'art. 8 legge 898/1976 si evince chiaramente che l'«autorizzazione» del comandante territoriale fa venir meno in tutto in parte le limitazioni imposte, il «vincolo»).

Giusta quanto precede pare da escludere che per le opere costruite in ispregio alle limitazioni derivanti dalle servitù militari trovi applicazione l'art. 32 legge 47/1985 e ad affermare che debba applicarsi (anche conformemente al tenore letterale della norma appresso citata) il disposto dell'art. 33 legge cit. (difatti se l'autorizzazione fa venir meno in tutto o in parte la limitazione, il vincolo derivante dalla servitù, senza di questa il vincolo esiste incondizionato; come si è detto l'autorizzazione del comandante territoriale non consente un'opera pur in presenza di vincolo; ma fa sì che l'opera stessa venga a porsi fuori dall'ambito di operatività della servitù che – per effetto dell'autorizzazione – viene estinta o ridotta nel contenuto).

Per quanto concerne gli ulteriori quesiti posti con la summenzionata nota 31 maggio 2002, si osserva che ove un immobile sia stato costruito in ispregio delle limitazioni imposte da servitù militare e non sia stata concessa e non si voglia concedere autorizzazione in sanatoria per detto abuso, pare da escludere che possa concedersi autorizzazione in sanatoria di opera realizzata sul ridetto immobile e concretante a sua volta un'ulteriore violazione (sia pur minore) della limitazione derivante dalla ridetta servitù. Difatti l'illegittimità (che sussiste anche se non sia mai stata contestata) rappresentata dall'abuso consistito nel realizzare l'immobile (che non è stata sanata e non si vuole sanare) osta alla possibilità di autorizzare in sanatoria l'ulteriore (minore) abuso che cade su oggetto già di per sé abusivo ed è condizione sufficiente per denegare siffatta autorizzazione in sanatoria. Né va sottaciuto il rischio che stante l'incompatibilità della sanatoria dell'ulteriore abuso (minore) con la volontà di non sanare l'abuso (principale) consistito nella realizzazione dell'immobile, l'autorizzazione in sanatoria per l'opera abusiva realizzata su immobile abusivamente edificato venga ad essere ritenuta – da un giudice che venga ad occuparsi della vicenda – come comportante autorizzazione in sanatoria implicita dell'immobile abusivamente realizzato sul quale è stata realizzata l'ulteriore opera abusiva.

Appare dunque opportuno che le domande di autorizzazione in sanatoria di opere realizzate abusivamente su immobile abusivamente realizzato (per il quale non è stata rilasciata – e non si intenda rilasciare – autorizzazione in sanatoria) vengano rigettate (e, cautelativamente, appare opportuno che a ciò si proceda nel termine di centottanta giorni dalla richiesta di cui all'art. 32 legge n. 47/1985).

Da ultimo si nota che le opere realizzate abusivamente per le quali sia stata concessa autorizzazione in sanatoria rilevano sicuramente ai fini della riduzione dell'indennizzo *ex art. 8 legge n. 898/1976* e parrebbe debbano assumere rilievo ai fini della determinazione dell'indennizzo per il rinnovo della servitù (*arg. ex art. 7, quartultimo comma, legge n. 898/1976*).

Per completezza si ribadisce che è senz'altro possibile che l'autorizzazione *ex art. 8 legge n. 898/1976* venga concessa in sanatoria di opera già realizzata e si sottolinea la necessità (al fine di evitare spese superflue) che si proceda all'immediata revoca di servitù militari allorché ci si avveda che esse non rispondono più ad alcun interesse di codesta Amministrazione».

**A.G.S. – Parere del 26 agosto 2002, n. 87135 – Procedura espropriativa (\*).**

*Valutazione estimativa dell'indennità di esproprio.* (consultivo 2388/02, Avvocato T. Varrone).

«In riscontro alla nota del 28 gennaio u.s. con la quale codesta Avvocatura distrettuale ha interessato questo G.U. in merito alle questioni sottese alla richiesta dell'A.N.A.S. circa la congruità dell'indennità che intenderebbe corrispondere alle società del gruppo X per l'espropriazione delle aree di proprietà di alcune di esse (*omissis*) occorrenti per la realizzazione della nuova S.S. 125 «Orientale Sarda» Tronco S. Priamo Capo Boi si rileva quanto segue.

In fatto risulta pacificamente, come ricordato da codesta Avvocatura, che sulle aree in questione è stato allocato un insediamento produttivo costituito da un impianto di produzione di conglomerato bituminoso (di proprietà della S.p.a. (*d*)), di un impianto di produzione di conglomerato (di proprietà della (*b*) S.r.l.) e di un impianto di frantumazione inerti (di proprietà della (*c*) S.r.l.). Per quanto qui rileva occorre altresì ricordare che a seguito dei chiarimenti richiesti da codesta Avvocatura distrettuale all'A.N.A.S. è emerso che l'impianto di produzione dei conglomerati cementizi di proprietà della (*b*) S.r.l. e l'impianto di produzione dei conglomerati bituminosi di proprietà della (*d*) S.p.a. sono entrambi ubicati su terreni concessi in locazione dalla (*a*) S.r.l. (*omissis*), mentre gli impianti di estrazione e di frantumazione degli inerti di proprietà della (*c*) S.r.l. sono ubicati su terreni di proprietà della stessa società (*omissis*).

Siffatta situazione ha evidentemente creato notevoli difficoltà all'Ente nel momento in cui si è trattato di determinare il dovuto per l'ablazione delle aree occorrenti per la realizzazione dell'opera pubblica.

È indubbio infatti che in conseguenza del programmato esproprio non solo la (*c*) S.r.l. e la (*a*) S.r.l. verranno a perdere la proprietà delle aree di sedime di loro proprietà ma diverrà impossibile la prosecuzione delle attività imprenditoriali svolte dalla (*c*) S.r.l. dalla (*b*) S.r.l. e dalla (*d*) S.p.a., per di più in stretta interconnessione fra loro (il complesso infatti è strutturato in modo tale che le tre società contribuiscono ciascuna in una ben precisa e distinta fase alla realizzazione di un unico ciclo produttivo).

È chiaro, pertanto, che le predette società si vedranno costrette a spostare i propri impianti in altro sito, ciò che comporterà evidentemente notevoli costi sia per quanto attiene al reperimento di un'area adatta allo scopo e allo spostamento su di essa del complesso industriale, sia in ragione del fatto che a causa del trasferimento occorrerà comunque cessare per un certo lasso di tempo l'attività produttiva continuando a sostenere notevoli costi fissi (manodopera ecc.).

Per tali motivi l'Ente dopo una prima estimazione dell'indennità che era stata reputata assolutamente insufficiente dalle controparti ha provveduto a ricalcolare il dovuto.

---

(\*) Parere di rilievo reso dall'Avvocatura generale in via ordinaria.

A quanto è dato desumere dalla documentazione trasmessa da codesta Avvocatura le risultanze della seconda relazione di stima (L. 3.062.975.304) sono di gran lunga superiori a quanto inizialmente si era inteso offrire alle controparti (L. 932.039.100). In merito alla suddetta seconda estimazione si è chiesto di conoscere l'avviso di codesta Avvocatura distrettuale che ha ritenuto di interessare la scrivente.

Ciò premesso, il problema che essenzialmente pone nel caso di specie concerne la determinazione dell'indennità di espropriazione quando sugli immobili che ne fossero oggetto sia stata insediata una azienda, problema che si risolve in quello se l'indennità debba tenere conto ed in che termini anche del pregiudizio che l'espropriazione arreca per il fatto di rendere impossibile l'ulteriore esercizio dell'attività commerciale o industriale già svolta negli immobili spropiati.

Orbene in via di principio è da osservare che eccettuata la specifica ipotesi contemplata dall'art. 17, comma secondo, della legge n. 865/1971 (concernente i suoli su cui sono insediati i coltivatori diretti) non prevede in alcun modo che all'imprenditore spetti un'indennità per il fatto di vedere dissolta l'organizzazione aziendale di cui costituiva elemento il diritto di godimento sull'immobile espropriato.

La questione, dunque, va affrontata e risolta esclusivamente alla luce di quanto desumibile dai principi generali in tema di espropriazione per causa di pubblica utilità desumibili dalla legge n. 2359/1865.

Orbene, come esattamente osserva codesta Avvocatura distrettuale dagli art. 27 e 32 della suddetta legge si ricava la regola generale che l'indennità di espropriazione è unica, con ciò intendendosi che su questa (e solo su questa) deve trovare soddisfazione la pretesa di coloro che, già titolari di un diritto di godimento sul bene espropriato, vengono a risentire un pregiudizio per effetto dell'estinzione di quel diritto, pure provocata dall'espropriazione.

Altra regola generale, pure ricordata da codesta Avvocatura, è che l'indennità è destinata a tener luogo del bene espropriato, sì che non può superare il valore che esso presenta, in considerazione della sua concreta destinazione, cioè il valore che il proprietario ne ritrarrebbe se decidesse di porlo sul mercato (art. 39 legge n. 2359/1865). In ragione di ciò, come è stato più volte ribadito in giurisprudenza, «l'unica indennità va rapportata a come il bene si presenta, prescindendo dalla considerazione dei soggetti aventi diritto a soddisfarsi su di essa per il pregiudizio che l'espropriazione arreca loro, mentre la parte di indennità dovuta ai titolari di diritti di godimento, in quanto incide sull'unica indennità, diminuisce la parte di questa di pertinenza del bene (confr. Corte cost., 9 novembre 1988, n. 1022 e Cass., SS.UU., sent. n. 5609/1998).

Come è stato acutamente osservato dalla miglior dottrina formatasi in *subiecta* materia («il riferimento esclusivo fatto dalla norma suddetta al valore dell'immobile espropriato non consente valutazioni diverse da quelle che ineriscono strettamente al suolo o alla costruzione: quindi, non possono computarsi nell'indennità il danno derivato dalla perdita dell'attività svolta su (o in) essi, né altri pregiudizi di carattere personale e indiretto subiti dall'espropriato (cfr. VIGNALE, *Espropriazione per pubblica utilità e occupazione illegittima*, Napoli, IV ed. 1998, 265 e s.s.)).

Alla stregua di quanto dottrina e giurisprudenza hanno avuto modo di precisare è possibile dunque formulare una prima conclusione che assume particolare rilievo con riferimento al caso di specie. La valutazione estimativa dell'indennità di esproprio da corrispondere alla (c) S.r.l. e alla (a) S.r.l., società proprietarie delle aree che l'ANAS intende espropriare, va fatta considerando il valore venale dei terreni in ordine ai quali in verità dalla documentazione trasmessa a questo G.U. nulla è dato desumere, atteso che i calcoli effettuati dall'ANAS riguardano tutti la consistenza dei vari compendi aziendali insediati su di esse, il fatturato medio annuo da ciascuna impresa realizzato, l'utile medio annuo, l'ammortamento medio annuo, le spese generali medie e l'indennizzo per lo spostamento degli impianti della (c) S.r.l. e dell'(d) S.p.a. (suddiviso in tre distinte sottovoci: acquisizione delle aree, opere di scavo e civili, progettazione esecutiva direzione dei lavori coordinamento decreto legislativo n. 494/1996, e delle costruzioni che stabilmente sussistono sui terreni da espropriare (cfr. in tal senso anche SS.UU. n. 1465/1977).

In ordine a queste ultime, la Scrivente non è in grado di esprimere alcuna valutazione atteso che dalla documentazione fatta pervenire non è dato ricostruire le caratteristiche di ciascun compendio aziendale al fine di verificare se sulle aree insistono costruzioni che le società non potranno spostare nella nuova area in cui dovrà essere situato il complesso industriale. Ad ogni buon conto si reputa opportuno segnalare che le SS.UU. della Suprema Corte proprio nella sentenza n. 5609/1998, che i legali del gruppo citano a sostegno delle pretese avanzate dalle loro assistite, hanno chiarito che «quando sull'immobile espropriato siano stati costruiti edifici ed installate attrezzature, al fine di imprimergli – in tutto o in parte – una destinazione industriale, l'espropriazione dell'immobile si estende anche a tutto quanto vi si presenti stabilmente impiantato; e, per la parte in cui gli immobili espropriati presentano destinazione industriale, essi debbono essere in tal modo valutati, per stabilirne il valore venale, nell'ambito in cui ciò rilevi ai fini del criterio indennitario applicabile «mentre» il fatto che, estinto il diritto di proprietà, e quindi il minore diritto di godimento, risulti impedito sul luogo l'ulteriore svolgimento dell'impresa che utilizzava gli immobili per fornire i propri servizi, non comporta che l'espropriazione si estenda al diritto dell'imprenditore, né comporta che sia acquisita all'espropriante l'azienda organizzata dall'imprenditore, si che il valore del bene espropriato debba comprendere quello dell'azienda».

Ad avviso della Scrivente le indicazioni offerte dalle SS.UU. appaiono chiarissime: l'indennità di esproprio deve ristorare la perdita sofferta in conseguenza dell'ablazione da parte della P.A. dell'area sulla quale dovrà essere realizzata l'opera pubblica e dei beni insistenti su di essa, che non è possibile rimuovere e/o asportare, senza che possa assumere alcun rilievo il fatto che gli stessi costituiscono parte di un complesso aziendale che in conseguenza dell'esproprio dovrà cessare integralmente ovvero per un determinato lasso di tempo, la propria attività. Naturalmente nel calcolare il valore commerciale dei predetti beni occorrerà tener conto delle loro caratteristiche intrinseche e, sotto tale profilo, la circostanza che si tratta di beni strumentali all'esercizio di attività produttiva assumerà ovviamente valore decisivo.

Ad avviso della Scrivente, al fine di provvedere all'esatto computo dell'indennità dovuta dall'ANAS, occorrerà procedere a una completa ricognizione delle caratteristiche degli impianti della (c) S.r.l. e della (d) S.p.a. (che occorrerà spostare) onde verificare se gli stessi siano composti anche di costruzioni che non possono essere rimosse ed asportate e che in quanto tali, devono considerarsi ricomprese nell'oggetto del provvedimento ablatorio e devono essere computate nel dovuto a titolo di indennità.

In relazione a tale specifico profilo si ricorda che, come è stato chiarito in dottrina e in giurisprudenza, la valutazione degli impianti industriali può essere fatta in base al costo di ricostruzione degli impianti stessi, diminuito di una percentuale di deprezzamento commisurata allo stato di conservazione dei beni (cfr. VIGNALE, *Espropriazione per pubblica utilità e occupazione illegittima*, Napoli IV ed., 1998, 266; e Cons. Stato, Sez. II, 23 gennaio 1980, n. 212).

Alla stregua di quanto sin qui si è andati osservando la Scrivente non può che esprimersi in modo parzialmente negativo in merito alla valutazione estimativa effettuata dall'ANAS e ciò in relazione alla metodologia seguita per il computo del dovuto. Infatti dall'esame dei parametri adoperati, che si sono in precedenza ricordati, si evince con estrema chiarezza che si è inteso calcolare l'indennità considerando anche il pregiudizio che le società del gruppo avranno a soffrire a causa della temporanea inattività aziendale.

Invero come la Suprema corte ha avuto modo di precisare «dalla regola dettata dall'art. 40 della legge n. 2359 del 1865 in tema di espropriazione parziale si desume il principio per cui nell'indennità va ricompreso il ristoro del pregiudizio che l'espropriazione arreca, in rapporto ad attrezzature e macchinari ed in genere alle cose non comprese nell'espropriazione, per il fatto che non possono essere in altro modo utilizzati».

In ragione di ciò ritiene la scrivente che se da un lato nell'indennità da corrisponderci occorrerà computare le spese che le società (*rectius* alcune di esse) dovranno affrontare per lo spostamento degli impianti, nell'ambito delle quali si possono far rientrare anche le quote di ammortamento degli impianti e le spese fisse, trattandosi indubbiamente di costi connessi all'impossibilità di utilizzare apparecchiature, macchinari e mano d'opera nel lasso di tempo occorrente al trasferimento dei compendi aziendali, non sembra invece possa tenersi conto dell'utile medio annuo e dell'indennità di avviamento. Invero le predette voci attengono ai riflessi indiretti dell'espropriazione che imponendo lo spostamento del complesso industriale (o meglio di parte di esso) determinerà il fermo per l'arco di tempo occorrente a ricostruire gli insediamenti produttivi accessori per l'espletamento dell'attività industriale. Come si intuisce trattasi di un pregiudizio ulteriore e diverso rispetto a quello derivante dall'ablazione della proprietà dell'area, del soprasuolo, inteso come insieme di beni non asportabili e/o rimuovibili e dei costi connessi alle operazioni di trasferimento degli impianti e all'impossibilità della loro utilizzazione.

Di ciò d'altronde le controparti sembrano consapevoli se è vero che a fondamento delle loro pretese richiamano non tanto e non solo il disposto del ricordato art. 40 legge n. 2359/1865 quanto la regola desumibile dall'art. 46 della medesima legge.



Ma tale richiamo, ad avviso di questo G.U., si appalesa del tutto inconferente rispetto alla fattispecie qui considerata.

Invero la suddetta norma prevede che la P.A. espropriante deve corrispondere «una indennità ai proprietari dei fondi, i quali dall'esecuzione dell'opera di pubblica utilità vengano gravati di servitù, o vengano a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto.

Come si desume agevolmente e come è stato chiarito dalla giurisprudenza formatasi in applicazione della stessa la norma in questione concerne solo ed esclusivamente l'ipotesi del pregiudizio sofferto dal proprietario di un fondo limitrofo all'area espropriata in conseguenza della perdita ovvero della limitazione di alcune delle facoltà connesse al suo diritto dominicale (*cf. ex multis* Cass. 7210/1998 ove è precisato che «ai fini del riconoscimento dell'indennizzo in oggetto, devono sussistere le tre condizioni, consistenti nell'attività lecita dalla P.A., nell'imposizione di una servitù o nella produzione di un danno avente carattere permanente (che si concreti nella perdita o diminuzione di un diritto), del senso di causalità tra l'esecuzione dell'opera pubblica ed il danno (Cass., 12 dicembre 1996, n. 11080). Quanto, poi, alla posizione soggettiva cui deve avere riguardo per individuare il diritto all'indennizzo ai sensi del e citato art. 46 essa è quella che deriva dal rapporto tra il proprietario ed il bene contiguo all'opera pubblica realizzata (Cass., 16 maggio 1996, n. 4561).

Prescindendo da ogni questione afferente alla permanenza del danno che pure, come si è visto, la Suprema Corte include fra le condizioni che devono sussistere per riconoscere l'indennità di cui alla norma in questione, è di tutta evidenza che la fattispecie qui considerata riguarda solo ed esclusivamente i pregiudizi derivati o beni contigui all'area oggetto dell'esproprio in vista della realizzazione dell'opera pubblica, e tutela solo ed esclusivamente i proprietari di detti beni.

Nel caso qui considerato, invece, i beni che avrebbero a soffrire il pregiudizio di cui si reclama l'indennizzo si trovano sulle aree da espropriare e per giunta solo una delle tre società è proprietaria dell'area su cui è situato il proprio complesso aziendale. Non sembra, dunque, sussistere alcuna delle condizioni in presenza delle quali la suddetta norma può trovare applicazione.

Conclusivamente ritiene la Scrivente che la valutazione estimativa effettuata dall'ANAS non sia congrua almeno nella parte in cui ricomprende fra voci da considerare ai fini del computo del dovuto l'utile medio e l'indennità di avviamento».

**A.G.S. – Parere del 19 marzo 2003, n. 31394. – Danno ambientale (\*).**

*Danno ambientale – Ripristini e risarcimenti conseguenti* (consultivo n. 10261/02, avvocato A. De Stefano).

«1. – (*omissis*) codesta Amministrazione rappresenta di aver avviato un articolato studio sulle tematiche riguardanti il danno ambientale e le conseguenti azioni risarcitorie, e di aver individuato i seguenti filoni di ricerca fondamentali:

a) definizione della nozione di danno ambientale, alla stregua della normativa vigente;

b) criteri di quantificazione del danno ambientale;

c) determinazione delle procedure da adottare, tenendo conto della ripartizione delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed Enti locali; dell'organizzazione interna del Ministero e del rapporto con i suoi Enti strumentali; dell'esigenza di raccordare le iniziative e le attività della Pubblica Amministrazione con l'azione delle Procure della Repubblica nel caso in cui il fatto illecito dannoso assuma rilevanza penale.

Dopo aver individuato le principali fonti normative (internazionali, comunitarie e nazionali) che disciplinano varie tipologie di danni ambientali, codesta Amministrazione ha chiesto a questa Avvocatura di suggerire le metodologie ed i procedimenti che possano assicurare, nel quadro di una generale riorganizzazione di codesto Ministero ed attraverso il confronto con tutti gli Enti pubblici interessati, il più efficiente monitoraggio delle situazioni in atto e la promozione delle più opportune azioni risarcitorie, in sinergia con tutte le altre Amministrazioni ed Enti (Ente Parchi, Regioni, Ministeri della Sanità, dei Beni Culturali e Ambientali, Ministero delle Infrastrutture) aventi competenza in materia ed attraverso la cooperazione di tutti gli Organi ausiliari e di tutte le strutture operative presenti sul territorio (Agenzia Nazionale per la Protezione dell'Ambiente; Corpo Forestale dello Stato, articolato in Coordinamenti Territoriali per l'Ambiente; Agenzie regionali per l'ambiente; Dipartimento dei Servizi Tecnici Nazionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri, cui afferiscono in particolar modo il Servizio Idrografico Nazionale ed il Servizio Geologico Nazionale).

A corredo della richiesta di parere, codesta Amministrazione ha fatto pervenire una copia delle relazioni elaborate da un gruppo di lavoro appositamente costituito per approfondire le tematiche fondamentali della materia, con specifico riferimento ai tre filoni di ricerca innanzi specificati (nozione di danno ambientale; criteri di quantificazione del danno; determinazione delle procedure da adottare per il perseguimento delle responsabilità).

2. – L'ampiezza delle questioni prospettate impone a questa Avvocatura di limitarsi allo svolgimento di alcuni sintetici spunti di riflessione, in un'ottica strettamente giuridica.

I temi prospettati potranno costituire oggetto di successivo approfondimento, su specifica richiesta di codesta Amministrazione.

---

(\*) Parere di rilievo, reso dall'Avvocatura generale in via ordinaria.

Rimangono invece estranee alle competenze ed alle valutazioni di questa Avvocatura le considerazioni che prescindono dall'analisi delle norme che disciplinano la materia e che potrebbero interessare scienze ausiliarie o concorrenti, come la biologia, la sanità, la sociologia, l'urbanistica e l'edilizia.

Infatti, la tutela ambientale, pur trovando in queste discipline il proprio presupposto ed il proprio fondamento, assume rilievo giuridico nella misura in cui si traduce in norme di legge che definiscono le facoltà, i divieti ed i limiti dell'azione umana, in funzione della protezione degli elementi naturali in cui essa si svolge ed al fine di favorire il più armonico esercizio delle varie possibili attività ed il più equilibrato utilizzo delle risorse disponibili.

Rimangono altresì estranee alla presente trattazione le questioni che riguardano l'organizzazione dell'apparato pubblico e l'organizzazione interna di codesto Ministero, allo scopo di assicurare l'efficienza degli interventi, il coordinamento degli interventi ed il rispetto delle autonomie locali. L'individuazione dei moduli organizzatori più idonei al raggiungimento degli obiettivi prefissati rientra infatti nell'ambito dell'attività amministrativa e di governo, che peraltro potrà essere esercitata più efficacemente, ove meglio si chiariscano le problematiche suscitate nell'attuale contesto normativo.

3. - Giova preliminarmente precisare, anche se per brevi cenni, la nozione di «ambiente» offerta dalla legislazione vigente. Ciò consentirà di meglio individuare gli specifici settori interessati dalle problematiche ambientali, l'ambito di estensione dei principi generali della materia, le fonti normative di interesse, le esigenze di coordinamento tra gli Enti, le Amministrazioni e gli Uffici competenti su tematiche investite dai problemi ambientali, e la tipologia delle situazioni di pericolo o di danno che possano giustificare il ricorso a strumenti amministrativi o giurisdizionali di tutela.

L'analisi terminologica consentirà di rilevare la complessità del sistema di tutela ambientale previsto dall'attuale ordinamento giuridico e la difficoltà dei problemi di coordinamento che si determinano sul piano amministrativo.

L'uso del termine «ambiente» nella legislazione vigente manifesta infatti una pluralità di aspetti semantici e di profili contenutistici, ai quali corrisponde una molteplicità di interessi ed esigenze pubbliche, di interventi e di competenze.

Il termine «ambiente» viene inizialmente utilizzato per indicare una bellezza paesaggistica avente valenza estetico-culturale, che per un verso costituisce oggetto di valorizzazione, nell'ambito della più ampia categoria dei beni di interesse storico ed artistico (artt. 9 e 16, r.d. 3 giugno 1940, n. 1443; d.l. 14 dicembre 1974, n. 657, conv. con legge 29 gennaio 1975, n. 5; d.P.R. 3 dicembre 1975, n. 805; art. 82, d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616; d.l. 3 agosto 1985, n. 431, conv. nella legge 3 agosto 1985, n. 431), e per un altro verso rappresenta un limite ad un parametro di riferimento per lo svolgimento dell'attività edilizia ed urbanistica (art. 3, legge 6 agosto 1967, n. 765; art. 1, legge 19 novembre 1968, n. 1187; art. 9, d.P.R. 15 gennaio 1972, n. 8).

Altrove il termine «ambiente» è utilizzato come sinonimo di luogo salubre, che garantisca il rispetto della salute dei cittadini (artt. 6 e 13, d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 4; art. 27 ed artt. 101 d.P.R. 24 luglio 1977,

n. 616; artt. 2, 4, 14, 20, 21, 22 e 24, legge 23 dicembre 1978, n. 833). In altri casi ancora esso indica i diversi elementi naturali (atmosfera, acqua, suolo), nei quali si sviluppano forme di vita dell'uomo e delle diverse specie animali e vegetali (d.P.R. 13 febbraio 1964, n. 185; legge 1 aprile 1968, n. 503; artt. 66, 71 e 83, d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616; d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, attuativo della direttiva CEE 15 luglio 1975, n. 442; legge 31 dicembre 1982, n. 979).

Analoga varietà di significati si rinvencono negli Statuti regionali, nei quali si evidenzia talvolta l'aspetto paesaggistico-culturale (art. 5 St. Basilicata; art. 5 St. Campania; art. 45 St. Lazio; art. 3 St. Emilia-Romagna; art. 4 St. Veneto), talvolta quello igienico-sanitario (art. 3 St. Lombardia; art. 7 St. Marche), talvolta quello ecologico e naturalistico (art. 5 St. Campania; art. 3 St. Emilia-Romagna; art. 4 St. Puglia; art. 4 St. Liguria; art. 4 St. Veneto).

Alla pluralità degli aspetti semantici corrisponde una notevole diversità di problematiche e di competenze.

Da essi si evince che le questioni ambientali interessano una grande varietà di materie e di discipline, come le attività culturali, l'urbanistica e l'edilizia, la sanità, il turismo, l'agricoltura, la caccia e la pesca, le attività produttive, i lavori pubblici e le infrastrutture, le comunicazioni.

In alcuni casi gli interessi ambientali si conciliano armonicamente con altre politiche di settore (si pensi, ad esempio, alla tutela dei beni culturali, allo sviluppo turistico, alla sanità pubblica, che normalmente esigono la tutela dell'ambiente, nelle varie accezioni sopra richiamate). In altri casi, invece, le esigenze di tutela ambientale si pongono in termini antagonisti rispetto ad altri interessi, pubblici o privati, e costituiscono perciò un limite al godimento dei diritti patrimoniali ed all'esercizio di altre attività economiche e produttive, legittimando vincoli allo sviluppo urbanistico, limitazioni allo sversamento di emissioni inquinanti, regolamentazioni dello smaltimento dei rifiuti, imposizione di misure di salvaguardia nell'esecuzione dei lavori pubblici e nel rilascio di concessioni.

Risulta evidente, da questi brevi cenni, che le tematiche ambientali investono trasversalmente ampi settori della vita civile ed incidono variamente talvolta in funzione concorrente, talvolta in termini antagonisti e conflittuali sulle loro dinamiche.

Le relative materie rientrano peraltro in parte nelle sfere di competenza di diverse Amministrazioni statali, ed in parte delle Regioni e degli Enti locali, in base ai principi costituzionali (cfr. artt. 117 e 118 Cost.) ed alle leggi di decentramento autonomistico emanate nel tempo.

Da ciò deriva la dedotta frammentarietà delle norme di tutela ambientale contenute nelle varie leggi di settore e la difficoltà a ricondurre in una dimensione unitaria e coerente l'attività amministrativa diretta a salvaguardare l'ambiente, nelle varie accezioni e significati innanzi delineati.

4. - La legge istitutiva di codesto Ministero (legge 8 luglio 1986, n. 349) esprime la tendenza legislativa a superare la logica degli interventi parziali e settoriali per la protezione del paesaggio, per la salubrità dei luoghi e per la salvaguardia degli elementi naturalistici, e ad assumere una visione globale

ed unificante delle tematiche ambientali (in questo senso, Corte Cost., 28 maggio 1987, n. 210, in *Foro it.*, 1988, I, 330; Cass., sez. III penale, 28 ottobre 1993, n. 9727). In questo contesto, maturato in seguito ai crescenti dissesti provocati dalla espansione urbana e dallo sviluppo industriale e favorito dalla maggiore sensibilità sociale per i temi che incidono sulla qualità della vita, l'ambiente è considerato sempre più come l'insieme degli elementi nei quali si esplicano le attività dell'uomo ed individua un bene pubblico immateriale (in tal senso, Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641; Cass., Sez. Unite, 25 gennaio 1989, n. 440, in *Foro it.*, 1990, I, 232 ss.), con il quale devono compararsi e confrontarsi le singole utilità derivanti dal progresso tecnologico e dalle esigenze dell'economia.

La tutela di tale bene consiste nella conservazione dei caratteri naturali che consentono il più equilibrato rapporto della persona con il mondo circostante ed il più armonico sviluppo delle varie specie animali e vegetali, e nella preservazione dei fattori inquinanti ed aggressivi che possono compromettere il suo equilibrio, con pregiudizio dei suoi valori estetico-culturali, delle condizioni igienico-sanitarie nei luoghi di vita e di lavoro, del patrimonio biologico, delle utilità economiche derivanti dall'amenità paesaggistica e della salubrità del territorio, la tutela dell'ambiente consiste perciò nella individuazione delle compatibilità tra lo svolgimento delle varie attività antropiche e la protezione della natura, nel rispetto dei principi generali desumibili dagli artt. 2, 3, 9, 32, 41 e 42 della Costituzione e secondo le particolari disposizioni che disciplinano gli specifici settori interessati dalle problematiche ecologiche (su tali punti, cfr. A. GUSTAPANE, *Tutela ambiente*, in *E.d.D.*, vol. XLV, Giuffrè, Milano, 1992, 416 ss.).

Attraverso l'istituzione di codesto Dicastero, la legge n. 349/1986 ha inteso affidare allo Stato il compito di dare un indirizzo unitario agli interventi che incidono sull'«ambiente», considerato nel suddetto significato ampio ed onnicomprensivo, e di coordinare quindi mediante opportuni atti di concerto o di intesa, ovvero anche mediante l'esercizio di poteri sostitutivi le attività amministrative dei Ministeri, delle Regioni e degli altri Enti territoriali che esercitano competenze su materie incidenti sull'uso del suddetto bene pubblico immateriale.

Per l'espletamento delle funzioni di protezione la legge ha altresì previsto la costituzione di Enti ausiliari, quali l'Agenzia Nazionale per la protezione dell'ambiente (ANPA) di cui al d.l. 4 dicembre 1993, n. 496, conv. con modificazioni della legge 21 gennaio 1994, n. 61; la Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici di cui all'art. 38 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, o le Agenzie costituite dalle Regioni, per l'espletamento dei compiti loro assegnati, o la Commissione V.I.A. di cui all'art. 18, quinto comma, n. 67.

Svolgono parimenti funzioni ausiliari gli Enti parchi, operanti nell'ambito della legge quadro delle aree protette (legge 6 dicembre 1991, n. 394).

Nel rispetto del principio costituzionale della partecipazione democratica dei cittadini e delle loro associazioni alla vita di relazione ed alla cura degli interessi pubblici, l'art. 13 della citata legge 349/1986 e l'art. 9 della legge 7 agosto 1990, n. 241, riconoscono altresì il diritto di concorrere alle azioni di tutela dell'ambiente e di valorizzazione delle risorse naturali anche

alle formazioni sociali per statuto portatrici dei correlativi interessi diffusi, a condizione che siano territorialmente radicate con un certo grado di rappresentatività.

5. – Queste considerazioni di carattere generale consentono di inquadrare le problematiche concernenti il «danno ambientale», che costituiscono oggetto specifico della presente consultazione.

Da esse si desume, in primo luogo, che il danno ambientale giuridicamente rilevante non si identifica in linea di massima con un evento fenomenico che possa alterare in qualsiasi modo lo stato dei luoghi o le componenti dell'eco-sistema, e neppure si risolve in una soggettiva valutazione – fondata su canoni estetici, su analisi scientifiche e considerazioni sociologiche – in merito all'impatto positivo o negativo di un qualunque intervento umano che modifichi gli equilibri naturali.

Poiché la tutela ambientale si risolve in una serie di opzioni sui possibili usi delle limitate risorse naturali disponibili per soddisfare una pluralità di interessi diversi, così da risolversi nella determinazione delle compatibilità (o dei limiti di compatibilità) tra più usi alternativi, occorre considerare quali regole e quali prescrizioni il legislatore abbia dettato in relazione ai vari comportamenti che possano in qualche modo incidere sul paesaggio, sugli agenti atmosferici o sugli equilibri biologici. Il concetto di danno ambientale si deve dunque individuare sul piano giuridico, prima che su quello sociologico, estetico o naturalistico, e possiede un carattere relativo, essendo correlato alla disciplina che regola lo specifico settore di intervento.

Il carattere dannoso o meno di un comportamento o di una attività che abbia un impatto sull'ambiente deve essere perciò verificato non già in astratto, ma in rapporto alle norme di carattere legislativo e/o amministrativo che regolano la materia, consentendo o vietando la condotta in esame. In linea di massima, il legislatore si preoccupa di dettare nei singoli settori una puntuale normativa tecnica, facendo spesso ricorso a strumenti di misurazione fondati sulle unità di misura del mondo fisico o dettando una serie di vincoli e prescrizioni che stabiliscono i modelli ed i termini di esercizio di determinate attività.

Il carattere dannoso o meno di un comportamento o di una attività che abbia un impatto sull'ambiente deve essere perciò normalmente verificato con riferimento alle specifiche norme di carattere legislativo e/o amministrativo che regolano la materia, consentendo o vietando la condotta in esame.

Così, ad esempio, le emissioni di sostanze inquinanti nelle acque e nell'aria non sono sanzionate di per sé, e neppure in base ad un giudizio di valore a carattere soggettivo, ma in quanto eccedono i limiti di tollerabilità fissati dalle leggi o dai regolamenti vigenti, sulla base di una valutazione di carattere generale preventivamente operata dalla norma; ovvero, la realizzazione di una lottizzazione o di una costruzione può dirsi offensiva per la natura ed il paesaggio non in base a personali valutazioni estetiche, artistiche o architettoniche, ma in quanto risulti contraria alle norme urbanistiche ed edilizie che disciplinano l'intervento.

Possono però verificarsi situazioni che non trovano puntuale riscontro nella disciplina vigente, in quanto il legislatore non si sia preoccupato di dettare precisi *standard* normativi per misurare la liceità o meno di una determinata condotta.

In questi casi, la libertà di comportamento di ciascun individuo troverà sempre un limite nella regola generale del *neminem laedere*, codificata nell'art. 2043 c.c., per la quale qualunque fatto doloso o colposo che arrechi danno a terzi obbliga l'autore al risarcimento del danno prodotto. Pertanto, la libertà di azione in settori non dotati di una disciplina specifica potrà essere espletata solo nella misura in cui non determini lo sconfinamento nelle sfere giuridiche di altri soggetti o della generalità degli altri soggetti; situazione, questa, che potrà trovare opportuno rimedio con il ricorso ai comuni canoni dell'illecito extra-contrattuale.

Qualora poi il legislatore si limiti a vietare ed a reprimere una determinata condotta con l'uso di termini generici (ad es.: «chi inquina ...», «chi danneggia ...», etc.), senza nel contempo fornire precisi criteri di misurazione per identificare gli specifici fatti ad essa riferibili, il precetto normativo dovrà essere integrato con l'ausilio delle comuni regole di esperienza che possano meglio definire e precisare il significato dei termini adoperati. Si tratta di una operazione ermeneutica assai frequente, che si verifica ogni qual volta il legislatore utilizzi parole desunte dal linguaggio comune e che affida all'interprete la funzione di definire l'ambito di operatività della norma, sulla base dei prevalenti (e spesso mutevoli) valori della coscienza sociale (si pensi, ad esempio, ai concetti di «pudore», di «giusta causa» nei licenziamenti, di «maggior rappresentatività» dei sindacati, etc.).

Anche in questi casi la nozione di danno non deriva da valutazioni soggettive o meta-giuridiche, ancorché la nozione giuridica debba essere individuata attraverso elementi acquisiti da altre discipline ausiliarie.

La valutazione di questi elementi non costituisce dunque un mero giudizio di fatto, ma rappresenta una forma di integrazione del precetto astratto della norma, mediante l'uso di parametri, regole e giudizi di valore desunti dall'esperienza e dal comune buon senso, ed attribuisce alla norma stessa il suo significato attuale e concreto; con la conseguenza, ritenuta dalla più recente giurisprudenza della Cassazione, che il giudizio espresso incide sui presupposti di diritto, e non di fatto, della commessa violazione ed è come tale sindacabile nel merito in sede di legittimità.

Si osserva altresì che dall'art. 844 c.c., dettato in tema di immissioni moleste, è possibile ricavare un criterio normativo di ordine generale che deve ispirare la valutazione dei suddetti «elementi normativi del fatto». Da tale disposizione codicistica si trae infatti il principio generale secondo cui la valutazione del carattere dannoso o meno di una condotta idonea ad incidere sull'assetto ambientale deve essere condotta alla stregua del criterio della «normale tollerabilità», e cioè in base al parametro delle comuni regole di comportamento mediamente accettate.

In definitiva, dunque, allorché il legislatore non si preoccupi di definire la liceità di una condotta in base a precise unità di misura del mondo fisico,

non si potrà prescindere da un giudizio di valore che integra il precetto normativo, da condurre secondo il metro della «normalità» offerto dalla coscienza diffusa tra la generalità dei cittadini.

6. – Al fine di individuare il genere di lesioni provocate dalle anzidette violazioni, giova richiamare le considerazioni già in precedenza svolte in merito al rapporto relazionale tra l'ambiente e la persona umana, che in tale ambito esplica le sue attitudini ed i suoi interessi di vita. Da questa relazione si evince che l'«ambiente» non costituisce un bene fine a se stesso, e non forma oggetto di tutela per astratte finalità naturalistiche ed estetizzanti. Esso assume invece rilevanza in funzione della primaria esigenza della persona umana di esprimere in un contesto adeguato i suoi interessi ad un rapporto armonico con la natura e con il mondo circostante. Da ciò consegue, in definitiva, che il danno ambientale assume rilevanza, in quanto si traduce in un danno alla persona (in tal senso, Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, *cit.*).

Si è altresì evidenziato come l'ambiente può essere inteso in varie accezioni, con riferimento ad una pluralità di interessi e di esigenze della persona. Può essere considerato, in particolare, sotto il profilo estetico-culturale, con riguardo al bisogno dell'uomo di godere delle bellezze naturalistiche e dell'amenità del paesaggio, ovvero di conservare le testimonianze di precedenti epoche storiche o di pregresse realtà economiche o abitudini di vita, ovvero di mantenere inalterato il contesto di importanti reperti archeologici o di significativi complessi monumentali; ovvero può essere considerato sotto l'aspetto igienico-sanitario, in relazione all'esigenza di assicurare all'uomo le condizioni per una vita salubre e per la tutela della salute, contro gli agenti inquinanti che possono determinare l'insorgenza di malattie, malformazioni o decessi; può essere considerato infine – sotto il profilo ecologico – naturalistico, – come il complesso degli elementi fisici (atmosfera, acqua, suolo) che consentono condizioni di benessere fisico e psicologico e favoriscono l'armonioso ed equilibrato sviluppo della flora e della fauna.

A seconda della sua tipologia, la violazione delle norme in materia ambientale può ledere ciascuno dei beni specificamente protetti, in relazione ai diversi significati del termine. Può danneggiare dunque il paesaggio, e cioè il bene della bellezza e dell'amenità dei luoghi, con i suoi valori estetici, storici, culturali ed artistici (ad es.: costruzione abusiva in località panoramica); può esporre a rischio la salute, espressamente tutelata dall'art. 32 della Costituzione (ad es.: diffusione di sostanze nocive); può pregiudicare il patrimonio indisponibile dello Stato (ad es.: uccisione di animali selvatici); può ledere gli elementi fisici che costituiscono l'*habitat* naturale della vita dell'uomo e delle varie specie animali e vegetali.

Oltre alla lesione di questi specifici beni, materiali o immateriali, alla cui cura sono preposte le varie Amministrazioni ed Enti che hanno competenza nelle materie ad essi inerenti, si può oggi configurare l'autonoma lesione dell'ambiente considerato nel proprio complesso, come l'universalità indistinta di tutte le sue componenti particolari, secondo l'accezione unitaria e globale cui si è innanzi accennato e che ha giustificato l'istituzione di codesto Ministero, al fine di assicurare il coordinamento e l'armonizzazione delle



varie politiche di settore. A questo tipo di lesione, che assume il massimo livello di immaterialità, di generalità ed astrattezza, sembra opportuno riservare la nozione di «danno ambientale», introdotta dall'art. 18 della citata legge 349/1986, onde distinguerla dalle specifiche tipologie di danno arrecato ad altri beni dalla stessa condotta illecita (paesaggio e bellezze naturali; salute pubblica; atmosfera, acqua e suolo, con l'insieme delle specie vegetali ed animali viventi).

Oltre a questi beni di natura pubblicistica, il comportamento dannoso può pregiudicare anche la posizione giuridica individuale di singole persone, che si trovino in una relazione particolare – distinta da quella della generalità dei cittadini – con il bene su cui ricade il fatto lesivo. Così, ad esempio, lo spargimento di sostanze nocive può ledere il diritto alla salute di colui che, per effetto di ciò, sia colpito da una affezione morbosa; il deturpamento di un paesaggio può danneggiare il proprietario di un immobile che poteva fruire della bellezza naturale panoramica deturpata (in tal senso, Cass., 2° sez. civile, 23 febbraio 1999, n. 1513); l'inquinamento marino che determini il depauperamento dell'ecosistema può causare danno all'attività di impresa collegate alla pesca o al turismo.

In definitiva, si può affermare che il danno all'ambiente ha in genere un carattere plurioffensivo ed è idoneo a ledere un indeterminato numero di interessi specifici, sia pubblici che privati, ed una molteplicità di diritti soggettivi, di carattere sia reale che personale.

7. – Le considerazioni relative alla natura degli interessi protetti e dei danni prodotti consentono di risolvere il problema della legittimazione ad agire giudizialmente per la prevenzione dei fatti lesivi o per il loro ristoro, sia in forma specifica che per equivalente.

Il diritto all'azione potrà essere riconosciuto ai soggetti portatori di un interesse qualificato alla conservazione di tali beni o che abbiano subito uno specifico pregiudizio dei propri diritti per effetto della condotta contestata.

Una generale ed autonoma legittimazione dovrà essere poi riconosciuta a codesto Ministero, per la sua funzione istituzionale di assicurare la tutela dell'ambiente nel suo insieme e di titolare del diritto al risarcimento del cd. «danno ambientale».

Allorché la lesione riguarda beni pubblici o interessi diffusi, appartenenti alla generalità dei cittadini, la legittimazione dovrà essere altresì riconosciuta alle Amministrazioni ed agli Enti competenti nella specifica materia (cfr., ad es., Cass., sez. III pen., 13 maggio 1981, n. 4438, che riconosce la legittimazione di un Ente parco alla costituzione di parte civile per una costruzione realizzata nel territorio del parco senza la propria autorizzazione; Cass., sez. unite, 12 febbraio 1988, n. 1491, che riconosce ad un Comune la facoltà di agire per i pregiudizi derivanti ad un acquedotto comunale; Cass., sez. III penale, 25 maggio 1992, n. 6297, sulla legittimazione ad agire di un Comune in relazione alle sue funzioni di controllo e gestione nel settore ecologico).

Le associazioni saranno anch'esse legittimate ad agire per la salvaguardia dell'ambiente, in conformità con le proprie finalità statutarie e nel rispetto dei principi costituzionali sulla promozione delle organizzazioni

attraverso i quali la persona esplica i propri interessi sociali, in quanto dotate di un sufficiente grado di rappresentatività, individuato ai sensi dell'art. 13 della legge 349/1986 (cfr. Cass., sez. III penale, 11 aprile 1992 n. 4487; Cass., 19 gennaio 1994, n. 439. Sulla legittimazione delle associazioni ambientaliste a ricorrere innanzi agli organi della giustizia amministrativa per soddisfare gli interessi sostanziali di cui sono titolari, cfr. Cons. Stato, sez. 6<sup>a</sup>, 14 ottobre 1992, n. 756; Cons. St., sez. 4<sup>a</sup>, 28 febbraio 1992, n. 223; Cons. St., 13 marzo 1991, n. 181).

Analoga legittimazione deve riconoscersi agli Enti territoriali, per l'espresso disposto dell'art. 18, primo comma, legge 349/1986, cit., in quanto esponenziali della collettività da essa amministrata, in relazione ai fatti che incidano sugli interessi propri della medesima collettività (v., ad es., Cass., sez. unite, 21 settembre 1990, n. 12133, che riconosce ad un Comune la legittimazione ad agire in via cautelare ed urgente con riguardo ai lavori di costruzione di una centrale termoelettrica, a tutela della salute dei cittadini e della salubrità dell'ambiente).

Infine, saranno legittimati ad agire in conseguenza degli stessi fatti i singoli cittadini che possono vantare uno specifico titolo di legittimazione, distinto dall'interesse della generalità dei cittadini, per effetto della particolare relazione esistente tra il fatto lesivo ed i propri diritti soggettivi, di natura sia reale che personale (in tal senso, Cass., 28 ottobre 1992, n. 10337, secondo cui «*in tema di danno ambientale, è legittimato a costituirsi parte civile il cittadino che non si dolga del degrado dell'ambiente, ma faccia valere una specifica pretesa in relazione a determinati beni, quali cespiti, attività, diritti soggettivi individuali (come quello alla salute), in conformità alla regola generale posta dall'art. 2043 cod. civ.*»).

Anche in mancanza di elaborazioni giurisprudenziali sul tema, sembra altresì possibile sostenere che nelle azioni proposte da Enti, Associazioni e privati cittadini in materie di interesse ambientale, codesta Amministrazione abbia veste di parte necessaria, quale titolare di una generale funzione di coordinamento e di controllo e del diritto esclusivo al risarcimento del danno prodotto non a singolo beni, ma all'ambiente nel proprio complesso. Sembra perciò che in tali giudizi debba essere sempre disposta l'integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 101 c.p.c., nei confronti di codesta Amministrazione, in ogni caso avrà sempre diritto di intervenire a sostegno delle domande attrici ed a tutela delle proprie autonome ragioni (arg. ex Cass., sez. III pen., 16 aprile 1998, n. 4727, secondo cui – tenuto conto delle funzioni attribuite a codesto Ministero dalla legge 8 luglio 1986, n. 349, in materia di tutela ambientale e di risarcimento del danno ambientale – «il dovere di collaborazione impone alla Corte di Cassazione di disporre che la copia della sentenza sia trasmessa ad esso Ministero per fini conoscitivi e per l'adozione dei provvedimenti di sua competenza miranti al recupero dell'area danneggiata dagli imputati»).

8. – L'azione di protezione ambientale si articola in diverse forme e si avvale di strumenti di carattere sia amministrativo (ordini, divieti, imposizione di vincoli, etc.), sia giurisdizionali.

L'azione giurisdizionale, alla quale specificamente si rivolge la richiesta di consultazione formulata da codesta Amministrazione, si può svolgere sul piano sia penale che civile.

Nella nota in riferimento e nelle relazioni allegate si osserva che gli interventi, che hanno carattere alquanto frammentario, risultano attualmente concentrati sul piano penale e dipendono per lo più dalle iniziative di alcune Procure della Repubblica.

Si evidenzia altresì l'opportunità di individuare percorsi procedurali che consentano la partecipazione ai processi in corso e l'acquisizione di dati e notizie sul loro svolgimento, anche al fine di far valere le pretese risarcitorie della Amministrazione.

Tali considerazioni non riguardano specificamente la materia ambientale, ma si inquadrano nel più ampio contesto dei rapporti tra il processo penale e l'azione della Pubblica Amministrazione.

Fatte salve le ipotesi che dovessero registrarsi in alcune situazioni o momenti particolari, si ritiene dunque che gli orientamenti operativi si debbano conformare agli indirizzi generali assunti a tal riguardo da questa Avvocatura, con lo scopo di assicurare il più proficuo impiego delle risorse disponibili ed il più efficiente perseguimento dei risultati prefissi.

Sotto tale profilo, si osserva che il processo penale, assolvendo a generali esigenze di tutela dell'ordinamento giuridico ed essendo affidato all'iniziativa officiosa del Pubblico Ministero, presenta caratteri di indipendenza ed autonomia rispetto alla attività di tutela degli interessi pubblici affidata alle cure dell'Amministrazione. Ciò non toglie che, al fine di assolvere nel migliore dei modi a questa funzione, è opportuno operare uno stretto collegamento tra l'attività amministrativa e l'azione penale, ed è perciò utile acquisire tempestivamente i dati e le notizie riguardanti i fatti che, essendo riconducibili ad ipotesi di reato, costituiscono oggetto di indagine da parte della magistratura. Ciò consentirà di assumere le iniziative occorrenti per eliminare le conseguenze del fatto dannoso, e di conseguire il ristoro dei danni subiti, indipendentemente dall'esercizio della potestà punitiva dell'ordinamento statale nei confronti dei responsabili.

Allorquando il fatto-reato sia rilevato da funzionari o agenti di polizia giudiziaria alle dipendenze di codesta Amministrazione o dai propri Enti ausiliari, tenuti all'obbligo del rapporto ai sensi dell'art. 331 c.p.p., è perciò opportuno che copia del rapporto di denuncia (ovvero, ove si ritenga che questo sia coperto dal segreto istruttorio, un separato p.v. di constatazione) sia inviato anche agli Uffici di codesta Amministrazione competente a provvedere o a vigilare sulla materia. Qualora il processo penale sia attivato da fonti diverse, la notizia della sua pendenza dovrebbe essere sempre assicurata dalla comunicazione dell'udienza preliminare che il giudice è tenuto a far notificare alle parti offese ai sensi dell'art. 419, primo comma, c.p.p.

In tutti questi casi, sarà opportuno acquisire periodiche notizie sugli sviluppi del processo e si potrà provvedere alla acquisizione degli atti non più coperti dal segreto, nelle forme previste dall'art. 116 c.p.p.

Lo strumento più semplice per seguire le vicende del processo penale sembra costituito dall'intervento come parte offesa, cui codesta Amministrazione è direttamente abilitata, con facoltà di presentare memorie ed indicare mezzi di prova, ai sensi dell'art. 90 c.p.p.

La notizia di reato abiliterà ovviamente codesta Amministrazione, nonché le altre Amministrazioni ed Enti offesi dai fatti contestati, ad adottare i provvedimenti amministrativi di loro competenza (ingiunzioni, ordini, divieti, irrogazione di sanzioni) eventualmente previsti dall'ordinamento per simili situazioni.

Qualora sia necessario adottare ulteriori rimedi ed assumere ulteriori iniziative di carattere giurisdizionale, si vorrà opportunamente interessare questa Avvocatura Generale o le Avvocature Distrettuali territorialmente competenti ai fini della costituzione di parte civile nel processo ovvero, in alternativa, della proposizione di una parallela azione risarcitoria in sede civile.

L'attuale ordinamento processuale, caratterizzato dal sistema del cosiddetto «doppio binario», pone i due strumenti su un piano di equivalenza ed equiordinazione ed esclude che il giudicato formatosi in una sede possa esplicare efficacia vincolante nell'altra. Conseguentemente, la scelta dell'una o dell'altra via dovrà essere basata su un giudizio di opportunità che tenga conto soprattutto del rapporto tra la loro onerosità ed i risultati concretamente perseguibili.

La partecipazione al processo penale si rivela in genere più onerosa rispetto all'esercizio della concorrente causa civile, sia per inapplicabilità delle norme sul foro erariale, sia per i lunghi tempi imposti dal rito accusatorio.

La focalizzazione del processo sulla penale responsabilità dell'imputato non favorisce inoltre l'istruttoria sull'ammontare dei danni, la cui liquidazione è sovente rimessa ad una separata sede. L'azione è altresì limitata al risarcimento dei danni e non consente di introdurre diverse domande di tipo inibitorio.

Si rammenta che la costituzione di parte civile è subordinata al rilascio di una espressa autorizzazione da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 1, quarto comma, legge 3 gennaio 1991, n. 3, sulla base di una valutazione di tipo eminentemente politica.

Deve tuttavia ritenersi che, in caso di urgenza e per processi di particolare rilevanza, l'Avvocatura territorialmente competente potrà provvedere a costituirsi, evitando decadenze, anche in base alla sola richiesta di autorizzazione.

Tale autorizzazione può essere ritenuta infatti un atto interno, e non un vero e proprio presupposto dell'azione, richiesto a pena di inammissibilità; ma se pure si ritenesse che essa condiziona la legittimità della costituzione, si può ritenere che essa possa intervenire anche nel corso del processo, salvo che il giudice non ne abbia già rilevato la mancanza, traendone le debite conseguenze.

Ovviamente, qualora l'autorizzazione dovesse essere successivamente denegata, o qualora il giudice dovesse ritenere inammissibile la costituzione

per mancanza di una previa autorizzazione, sarà sempre possibile convertire l'azione proposta in sede penale in una autonoma azione civile, ai sensi dell'art. 82, u.c., c.p.p.

Le considerazioni sopra svolte (maggiore onerosità del processo penale; focalizzazione della causa sui profili della responsabilità penale e della tutela dei valori astratti dell'ordinamento; esigenza di una autorizzazione fondata su valutazioni di natura politica) inducono a ritenere che la costituzione come parte civile nel processo penale debba essere riservata prevalentemente a vicende che abbiano particolare rilevanza economica e sociale, prospettino situazioni nuove o complesse, o interessino le ampie fasce di territorio o di popolazione. Negli altri casi, potrà risultare più conveniente ed incisiva l'azione svolta sul piano civile, restando ferma la facoltà di trarre elementi di prova dal parallelo svolgimento del processo penale, al quale si potrà sempre partecipare nella qualità di parte offesa.

L'azione civile, a sua volta, potrà avere funzione inibitoria, in quanto diretta a prevenire ed impedire la causazione di un danno, o funzione risarcitoria, in quanto diretta ad eliminare le conseguenze dannose di illeciti già compiuti o ad ottenere il ristoro del danno per equivalente pecuniario.

9. – Il carattere plurioffensivo del fatto illecito commesso contro l'ambiente comporta non solo – come si è già considerato – la configurabilità di un litisconsorzio attivo tra tutti i soggetti a vario titolo danneggiati, ma anche la possibilità di formulare una serie di distinte domande risarcitorie, in forma sia specifica che per equivalente, in relazione ai diversi beni giuridici, materiali o immateriali, che si ritengono lesi.

In via esemplificativa, si può ritenere che l'emissione di sostanze inquinanti oltre i limiti consentiti, che sia fonte di danno per la salute delle persone, può determinare un danno fisico alle persone che subiscano una patologia in dipendenza del fatto; danno che potrà altresì articolarsi – secondo una ormai consolidata elaborazione giurisprudenziale – in un danno patrimoniale per la perdita di capacità lavorative, in un danno biologico, in un danno alla vita di relazione, etc. Lo stesso fatto potrà causare danni sia alle pubbliche Amministrazioni specificamente competenti in materia sanitaria per i maggiori oneri di spesa necessari per attività di ricerca e cura, sia agli Enti esponenziali delle comunità investite dal fenomeno, sia alle Associazioni debitamente riconosciute che statutariamente perseguono la tutela del bene offeso. In aggiunta, il fatto illecito determinerà pregiudizio per l'ambiente in sé e per sé considerato, e cioè all'ambiente globalmente e complessivamente inteso quale bene comune immateriale, e provocherà quindi uno specifico «danno ambientale» del quale codesta Amministrazione potrà chiedere il ristoro.

Parimenti, una costruzione abusiva in un luogo panoramico potrà offendere sia la bellezza del paesaggio, con i suoi valori estetici e culturali, sia l'ambiente nel suo complesso, specialmente se il fatto si sia verificato in zona soggetta a specifico vincolo paesaggistico o ambientale. Ancora, l'uccisione di un animale appartenente ad una specie protetta potrà offendere sia l'interesse patrimoniale della Amministrazione statale cui la fauna selvatica

appartiene, ai sensi dell'art. 1 della legge 11 febbraio 1992, n. 157, sia l'interesse morale di codesta Amministrazione alla conservazione dell'ambiente, comprensivo di tutte le sue forme di vita vegetali ed animali.

In definitiva possono configurarsi una molteplicità di situazioni e di eventi specifici, difficilmente definibili *a priori*, che possono giustificare una multiforme serie di domande risarcitorie di vario genere, in relazione alle offese arrecate ai diversi beni giuridici tutelati. L'offesa arrecata all'ambiente nel suo complesso giustificherà poi la richiesta di risarcimento del «danno ambientale», autonomo e distinto rispetto agli altri possibili pregiudizi.

Afferma in proposito la giurisprudenza della Suprema Corte che «*l'ambiente in senso giuridico costituisce un insieme che, pur comprendente vari beni o valori – quali la flora, la fauna, il suolo, le acque ecc. – si distingue ontologicamente da questi e si identifica in una realtà, priva di consistenza materiale, ma espressiva di un autonomo valore collettivo costituente, come tale, specifico oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, con la legge 8 luglio 1986 n. 349, rispetto ad illeciti, la cui idoneità lesiva va valutata con specifico riguardo a siffatto valore ed indipendentemente dalla particolare incidenza verificatasi su una o più delle dette singole componenti, secondo un concetto di pregiudizio che, sebbene riconducibile a quello di danno patrimoniale, si caratterizza tuttavia per una più ampia accezione*» (Cass., sez. I civile, 9 aprile 1992, n. 4362).

Ed ancora, «*con riguardo ad azione di risarcimento del danno ambientale nella prova dell'indicato danno bisogna distinguere tra danno ai singoli beni di proprietà pubblica o privata, o a posizioni soggettive individuali, che trovano tutela nelle regole ordinarie, e danno all'ambiente considerato in senso unitario, in cui il profilo sanzionatorio, nei confronti del fatto lesivo del bene ambientale, comporta un accertamento che non è quello del mero pregiudizio patrimoniale, bensì della compromissione dell'ambiente, vale a dire della lesione "in sé" del bene ambientale*» (Cass., sez. I civile, 1° settembre 1995, n. 9211. In senso analogo, v. pure Cass., sez. III civile, 3 febbraio 1998, n. 1087; Cass., sez. III penale, 27 giugno 1992, n. 7567).

Come si è già accennato, la domanda risarcitoria del danno ambientale potrà avere ad oggetto sia la reintegrazione in forma specifica, sia la corresponsione di un equivalente pecuniario.

In via generale, dovrà essere privilegiato il primo tipo di azione, sia perché ha maggiore carattere dissuasivo, sia perché consente il ripristino dello *status quo ante* e la conseguente eliminazione degli effetti della commessa violazione (in tal senso, cfr. Cons. Stato; sez. 6<sup>a</sup>, 14 aprile 1993, n. 930, riguardante un'ipotesi di lesione di bellezze naturali). La priorità del risarcimento in forma specifica è peraltro affermata in via generale dall'art. 2058 c.c. e si deduce pure – nello specifico settore del danno ambientale – sia dall'art. 18, ottavo comma, legge 8 luglio 1986, n. 349, sia dall'art. 58, primo comma, d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152 (che, pur riguardando specificamente il risarcimento del danno da inquinamento delle acque, appare espressione di un principio di carattere generale, estensibile ad ogni altra ipotesi di danno ambientale).

Dovranno essere perciò privilegiate le domande rivolte ad un *facere* specifico, che elimini del tutto le cause del danno o riconduca la situazione

ambientale entro i prescritti limiti di compatibilità, come le domande di demolizione del manufatto abusivamente edificato, o l'eliminazione delle immissioni nocive, o l'adozione di strumenti tecnologici che consentano il rispetto degli standard e dei parametri fissati dalla vigente legislazione (sull'ammissibilità di una domanda di rimessione in pristino da parte di un Ente Parco e nei confronti di chi abbia costruito in zona vincolata ed in base a concessione edilizia, ma senza lo speciale permesso dell'Ente medesimo, cfr. Cass., sez. unite, 14 aprile 1994, n. 1934; nello stesso senso, Cass., 16 gennaio 1992, n. 455). Non possono escludersi domande ancor più specifiche, suggerite dalla particolarità dell'evento o dalla singolarità del caso, come quelle dirette a realizzare particolari interventi di recupero ambientale (esecuzione di interventi di bonifica, riforestazione di una zona devastata da un incendio, ricomposizione di un sito adibito a discarica abusiva, etc.).

Il ricorso al risarcimento per equivalente pecuniario dovrà avere dunque carattere subordinato. Esso potrà avvenire quando sia preferibile intervenire direttamente per il recupero dell'ambiente compromesso dal fatto illecito, o quando il danno prodotto sia ormai irreversibile e non suscettibile di un effettivo ristoro in natura.

La quantificazione del risarcimento per equivalente pecuniario non presenta eccessive difficoltà, ove trattasi di recuperare i costi sostenuti o da sostenere per determinate opere di ripristino. In tali casi, il risarcimento dovrà essere commisurato al costo dei lavori necessari per la esecuzione delle opere, secondo un principio desumibile in via generale dall'art. 1223 c.c. e in modo specifico dall'art. 18, sesto comma, legge 8 luglio 1986, n. 349.

La questione si presenta più incerta e disagiata per i danni già prodotti in passato o per il caso in cui non sia affatto possibile la reintegrazione in forma specifica e si debba necessariamente far ricorso ad ampi criteri equitativi, ai sensi degli artt. 1226 e 2056 c.c.

La traduzione di un bene immateriale e collettivo qual è l'ambiente – che riassume una pluralità di valori distintivi della qualità della vita – in una determinata quantità di denaro, costituisce il frutto di una equazione eseguibile sul piano naturalistico e che si giustifica sul piano giuridico solo per l'esigenza di dare concretezza alla obbligazione risarcitoria secondo i canoni della patrimonialità stabiliti in via generale dall'art. 1174 c.c. Si tratta dunque di una operazione di tipo squisitamente tecnico-giuridico, che risponde all'esigenza dell'ordinamento di compensare nel modo migliore possibile, attraverso una transazione monetaria, una perdita di carattere immateriale, per sua natura non misurabile, né quantificabile, né ristorabile, ma tuttavia traducibile nell'indeterminata serie di utilità che il danneggiato potrebbe acquisire attraverso la somma di denaro attribuita a titolo risarcitorio.

Ovviamente, la determinazione di tale ammontare si fonda su criteri ampiamente equitativi, empirici e convenzionali, collegati alla coscienza sociale ed al comune sentire e tradotti in massime di esperienza ad opera della giurisprudenza o dello stesso legislatore (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 1999, n. 1225, secondo cui la valutazione «non può che essere equitativa e collegata ad una stima tecnica di carattere generale, insuscettibile di una dimostrazione

articolata e analitica, sfuggendo il danno paesistico, per la sua natura intrinseca, ad una indagine dettagliata e minuta»; Cass., sez. III, 31 luglio 1990, n. 10900, secondo cui nel caso di infiltrazione di falde acquifere «una prova completa e minuziosa del danno può essere obiettivamente impossibile», (in guisa che) in tal caso è possibile soltanto la liquidazione equitativa del danno».

**A.G.S. – Parere del 21 marzo 2003, n. 32719 – Rimborso spese forfettarie (\*).**

(consultivo 20168/02, avvocato A. Soldani).

«Con la nota che si riscontra codesta Amministrazione ha chiesto parere in ordine alla rimborsabilità delle spese generali forfettarie (10%) non espressamente liquidate nella sentenza TAR Lombardia n. 5019/00, atteso che l'avvocato di controparte avrebbe richiamato la giurisprudenza della Cassazione dalla quale si evincerebbe la debenza di tali somme in ogni caso.

Al riguardo la Scrivente esprime parere di avviso contrario. La sentenza di Cassazione invocata dal difensore di controparte, analoga del resto all'orientamento più recente della Suprema Corte sul punto, stabilisce semplicemente il principio che il rimborso forfettario del 10% spetta anche se non è stato oggetto di specifica richiesta nel corso del Giudizio, con ciò intendendo che è *il Giudice a doverle liquidare d'ufficio in quanto implicite nella domanda di condanna al pagamento degli onorari giudiziali*. Se il Giudice non opera in tal senso, come sembrerebbe avvenuto nel caso di specie, lo strumento a disposizione del difensore è quello dell'impugnazione della statuizione della sentenza riguardante le spese (e infatti è proprio su ciò che si è pronunciata la Cassazione invocata dal difensore di controparte), con la conseguenza che fino a quando non intervenga una riforma della sentenza, il dispositivo costituisce titolo esecutivo così come è, senza alcuna possibilità di farne discendere per la parte soccombente prestazioni che non vi siano espressamente ricomprese».

---

(\*) Parere di rilievo, reso dall'Avvocatura generale in via ordinaria.



# DOTTRINA

## **Contratti della P.A. ed invalidità procedurali**

*Premio Sandulli 6 dicembre 2002*

*Avvocatura Generale dello Stato*

*di Mario Antonio Scino*

Il recente convegno svoltosi presso l'Avvocatura Generale dello Stato, nella prestigiosa Sala Vanvitelli in occasione della consegna del Premio Sandulli all'avv. Selvaggi, ha evidenziato un recente orientamento del giudice nazionale che ha anticipato alcune linee di tendenza della Commissione europea in tema di tutela giuridica in materia di appalti pubblici.

Gli interventi dei relatori hanno invero tracciato, con mirabile ricostruzione storica, le linee di tendenza del giudice amministrativo e del giudice civile in relazione alla problematica tutela in forma specifica dei soggetti privati in relazione ai contratti stipulati dalla P.A. con altri soggetti ai primi preferiti. La tematica è connessa ai recenti sviluppi della Giurisprudenza Amministrativa in ordine alla invalidità dei contratti stipulati dalle Amministrazioni pubbliche in relazione a violazioni di norme poste a tutela della trasparenza e dell'evidenza pubblica.

Si rileva, in proposito, che nell'ordinamento italiano la giurisprudenza amministrativa (*TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 agosto 2001, n. 3865*) e civile (*Cass. civ. 9 gennaio 2001, n. 193*) ha recentemente rivisitato la elaborazione delle invalidità procedurali connesse alla stipula di un contratto della Pubblica Amministrazione, pervenendo alla conclusione che i vizi procedurali dell'evidenza pubblica, disciplinata dalla normativa comunitaria e nazionale, indipendentemente dallo svolgersi sopra o sotto soglia comunitaria, in quanto esercizio della funzione amministrativa in contrasto con le norme imperative che regolano tutte le fasi del procedimento di evidenza pubblica, non danno luogo alla semplice annullabilità del provvedimento amministrativo impugnato (nel caso di specie l'aggiudicazione) e conseguentemente del contratto, ma ad una ipotesi di nullità anche del contratto. In tal senso si segnalano, tra le altre, la sentenza del *Consiglio di Stato, V sez., del 13 novembre 2002, n. 6281* che ha ritenuto la nullità di un contratto già stipulato di appalto di forniture e di servizi, per effetto dell'annullamento

giurisdizionale dell'atto di aggiudicazione. Ma ancora più decise sono le considerazioni del *TAR Campania, I sez., 29 maggio 2002, n. 3177*, e *TAR Reggio Calabria, 18 dicembre 2002, n. 2030*. In tal caso il giudice amministrativo ha ritenuto la nullità del contratto di appalto di servizio idrico in conseguenza della declaratoria di nullità dell'aggiudicazione. A tale conclusione si è pervenuti attraverso la considerazione che le violazioni delle regole dell'evidenza pubblica, fondate sulle regole comunitarie (previste dalla direttiva o direttamente discendenti dal Trattato CE, in tal senso *ex multis Cons. St., IV sez., 15 febbraio 2002, n. 934*) e/o su quelle di diritto nazionale, (ove non si traducano in singoli vizi del procedimento di formazione della volontà determinante solo l'annullabilità del contratto stipulato) sono configurabili alla stregua di violazione di norme imperative e non derogabili sulla capacità contrattuale dell'ente in modo tale da ipotizzare una ipotesi di nullità del contratto posto in essere, con la conseguente inidoneità a produrre effetti giuridici nei confronti dell'Amministrazione stipulante. D'altra parte i giudici amministrativi, con le citate sentenze, hanno accolto le tesi della Cassazione (*Cass., sez. 2, 8 gennaio 2000, n. 123*) in ordine alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto.

Si è, in altre parole, ritenuto che le regole di evidenza pubblica, mirando a tutelare interessi obiettivi dell'ordinamento anche in prospettiva comunitaria, assumono la fisionomia propria di un presupposto o di una condizione legale di efficacia del contratto, con la conseguenza che l'annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno, in via retroattiva, uno dei presupposti di efficacia del contratto successivamente stipulato, che pertanto resta definitivamente privo dei suoi effetti giuridici. (*Cons. St., sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332*).

Secondo i giudici di Palazzo Spada i precetti comunitari darebbero vita ad una gara europea da svolgersi in attuazione di principi inderogabili del Trattato tra cui, in particolare ma senza pretesa di esaustività, le norme di carattere imperativo che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità. Le norme sull'evidenza pubblica, interna e comunitaria, plasmerebbero allora un complesso rapporto amministrativo in seno al quale l'amministrazione aggiudicatrice è soggetto in qualche misura passivo, obbligato all'osservanza di norme poste a tutela non solo dell'interesse pubblico ma anche e soprattutto di un interesse trascendente e ultroneo rispetto a quest'ultimo in quanto collegato al valore imperativo della concorrenza. In ragione di tali considerazioni, la violazione di norme funzionalizzate, come si è detto, alla tutela soprattutto dell'interesse delle imprese comporterà non l'annullabilità solo su iniziativa del contraente pubblico, ma la nullità virtuale del contratto per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c. (in questo senso cfr. *Cons. St., sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218*).

La Commissione europea, dal canto suo, ha sollevato dubbi di compatibilità comunitaria del nostro ordinamento processuale amministrativo con particolare riguardo alla tutela in forma specifica. Si osserva comunque che sia la direttiva 89/665/CEE (art. 2, paragrafo 6, comma 2) del Consiglio del 21 dicembre 1989, sia la direttiva 92/13/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1992 ammettono la discrezionalità degli Stati membri di consentire, in luogo

della tutela in forma specifica, la tutela risarcitoria. In ossequio a tale espressa deroga comunitaria, il legislatore nazionale con l'art. 14 del d.lgs. n. 190/2002 ha stabilito che la tutela per equivalente prevalga sulla tutela in forma specifica, salva la tutela giurisdizionale reale avverso l'atto di aggiudicazione mediante: *a)* la previsione dell'onere di comunicazione dell'atto di aggiudicazione a carico del soggetto aggiudicatore in favore del partecipante alla gara; *b)* la previsione di una *vacatio* tra la aggiudicazione e la stipula del contratto (ultimo comma art. 14 *cit.*) e l'estensione in sostanza di una tutela in forma specifica per il particolare settore dei lavori pubblici disciplinato dal d.lgs. n. 190/2002.

*Si ricava, pertanto, a contrario che dall'effetto caducante del contratto conseguente all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione discende per il ricorrente vittorioso, ove ne sussistano i presupposti, il diritto ad ottenere la tutela risarcitoria in forma specifica, coincidente con la condanna dell'amministrazione ad un *facere* specifico consistente nella stipula del contratto con il ricorrente vittorioso in giudizio.*

È, dunque, assicurata nell'ordinamento italiano una tutela risarcitoria più ampia di quella prevista dalla direttiva 89/665/CEE, già partire dalla sentenza 500 e 501 del 1999 della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, mentre l'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 ammetteva una tutela risarcitoria in forma specifica e per equivalente solo nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (sono le materie in cui la giurisdizione si fonda per materia e non per tipo di situazione soggettiva lesa).

Con l'entrata in vigore poi dell'art. 7 della legge n. 205/2000 la tutela risarcitoria sia nella forma specifica sia per equivalente è stata estesa, senza necessità del previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, a tutte le ipotesi di giurisdizione del giudice amministrativo, cioè anche alla giurisdizione generale di legittimità (quella degli interessi legittimi).

La Commissione europea, invero, con lettera del 16 ottobre 2002, avviava una procedura di infrazione comunitaria nei confronti della Repubblica Italiana ai sensi dell'art. 226 del Trattato CE in relazione alla procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, di forniture e servizi.

La Commissione, invero, considerava che la Repubblica italiana, non avendo previsto un sistema di informazione obbligatoria da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici degli appalti pubblici di cui alle direttive 93/36/CEE, 93/37/CEE, e 92/50/CEE, delle decisioni di aggiudicazione degli stessi appalti, ed inoltre non avendo previsto un sistema di tutela giurisdizionale nella materia degli appalti pubblici di cui alle direttive summenzionate che consenta ai candidati e agli offerenti interessati di presentare in ogni caso un ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto prima della conclusione del relativo contratto e, di conseguenza, in una fase in cui le violazioni possono essere ancora sanate, sarebbe venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù dell'art. 7, paragrafo 2, della Direttiva 93/36/CEE, dell'art. 8, paragrafo 2, della Direttiva 93/37/CEE, dell'art. 12, paragrafo 2, della direttiva 92/50/CEE, ed inoltre dall'art. 2, paragrafo 1, lettera *b)*, della direttiva 89/665/CEE.

1. – Con riferimento all'informazione dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto si osserva che, con l'entrata in vigore del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, recante norme di attuazione e di esercizio della delega di cui alla legge 21 dicembre 2001, n. 443 (legge delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilascio delle attività produttive) sono state introdotte nuove norme in materia processuale.

*L'art. 14 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, al terzo comma, prevede espressamente che il «soggetto aggiudicatore comunica il provvedimento di aggiudicazione ai controinteressati almeno trenta giorni prima della firma del contratto». I controinteressati sono coloro che hanno interesse contrario all'adottando atto di aggiudicazione e cioè i partecipanti alla procedura di aggiudicazione stessa.*

Tale onere di pubblicità imposto al soggetto aggiudicatore è idoneo, a superare i rilievi sollevati dalla Commissione in ordine alla supposta carente informazione dei partecipanti alle procedure di aggiudicazione proprio in relazione alla decisione di aggiudicazione.

Esso, inoltre, previsto solo per la realizzazione di infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionali, è stato generalizzato nell'ordinamento tramite apposita circolare, che ha reso obbligatoria la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione a tutti i controinteressati anche negli appalti di servizi e di forniture. E, infatti, il *Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con Circolare n. B1/2109 del 10 marzo 2003* ha raccomandato a tutte le amministrazioni l'applicazione del meccanismo previsto dall'art. 14 d.lgs n. 190/2002 a tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, di forniture e servizi.

In relazione alla seconda problematica evidenziata dalla Commissione europea, concernente la supposta inesistenza nell'ordinamento italiano di un termine ragionevole tra la decisione di aggiudicazione e la conclusione del contratto tale da permettere agli offerenti di proporre un ricorso contro la procedura di aggiudicazione, si rileva che il terzo comma dell'art. 14 del d.lgs. n. 190/2002 prevede un idoneo meccanismo di tutela laddove non consente al soggetto aggiudicatore di stipulare il contratto prima del decorso di trenta giorni dal provvedimento di aggiudicazione ai partecipanti alla gara.

D'altra parte l'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205 (recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa) ha introdotto, dopo l'art. 23 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, l'art. 23-bis (disposizioni particolari sul processo in determinate materie) che ha previsto una procedura di tutela giurisdizionale accelerata con riferimento a materie cd. sensibili, tra le quali la procedura di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

L'art. 23-bis, al secondo comma, ha previsto la riduzione a metà dei termini processuali anche con riferimento al grado di appello ed ha individuato meccanismi rapidi di definizione della fase di tutela cautelare e della tutela di merito attraverso una scansione temporale che imponga al giudice amministrativo di fissare l'udienza di trattazione del merito con sollecitudine. In tale ottica acceleratoria devono essere collocate le disposizioni di cui al

1° comma dell'art. 14 del d.lgs. n. 190/2002. Tali particolari disposizioni processuali trovano il loro precedente nell'art. 19 della legge n. 135/1997. Orbene, risulta certamente assicurato agli offerenti di promuovere la tutela reale dei propri interessi attraverso l'impugnativa dell'aggiudicazione già prima della conclusione del relativo contratto e, quindi, in una fase in cui le violazioni possono essere ancora sanate. Invero la subordinazione della stipula del contratto di appalto ad una fase di preventiva pubblicità del provvedimento di aggiudicazione (art. 14, 3° comma, d.lgs. n. 190/2002) e la effettiva conoscenza del provvedimento di aggiudicazione consente ai controinteressati partecipanti di promuovere ed eventualmente conseguire la tutela in forma specifica delle proprie ragioni, in prima battuta ottenendo – ricorrendo i presupposti – in via cautelare a mezzo del provvedimento di sospensione dell'atto impugnato e, allegando ragioni di indifferibilità ed urgenza tali da non poter attendere nemmeno l'udienza cautelare, addirittura a mezzo di un provvedimento reso dal Presidente del Tribunale Amministrativo Regionale anche *inaudita altera parte* (art. 21 legge n. 1034/1971, come modificato dall'art. 3 della legge n. 205/2000).

#### *Conclusioni*

Le considerazioni che precedono possono guidare l'operatore in relazione alle più recenti tendenze evolutive del sistema giurisprudenziale italiano, che ha in parte anticipato le risposte ai dubbi sollevati dalla Commissione europea.

Appare dunque doveroso, in attesa di apposita riforma legislativa, attenersi alle direttive indicate dalla Circolare ministeriale summenzionata in ordine all'opportunità di far precedere la stipula del contratto aggiudicato non prima di un idoneo termine, utilizzato per la comunicazione formale dell'aggiudicazione ai contro interessati.

D'altra parte il rispetto del principio di una adeguata pubblicità e trasparenza degli affidamenti pubblici, al di là della soglia di valore dell'appalto, in quanto discendente dal trattato (*sent. C. Giustizia CE, Teleaustria, 7 dicembre 2000, C-324; idem, C-225/1998; Ord. C. Giustizia CE, 3 dicembre 2001, n. 59; Circolare Ministro per le Politiche Comunitarie 66/2002 n. 8756 - G.U. 31 luglio 2002 n. 178*), si impone anche in considerazione delle implicazioni che derivano dalla ricordata giurisprudenza amministrativa nazionale.

In altre parole la stipula del contratto non è mai stata di ostacolo nel nostro ordinamento alla tutela in forma specifica per effetto dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione, e ciò vieppiù dopo l'entrata in vigore del citato articolo 14 del d.lgs. n. 190/2002.

Il ricordo dell'insigne prof. Sandulli ha consentito agli illustri relatori e allo scrivente importati riflessioni su un nodo essenziale della tutela giurisdizionale.

## Il danno da dequalificazione professionale

di *Fernando Carangelo*

*Le mansioni e lo jus variandi.* Per introdurre il discorso sulla dequalificazione professionale, è opportuno accennare alle mansioni e allo *jus variandi* nel rapporto di lavoro subordinato (1).

Le mansioni consistono nei «vari compiti per lo svolgimento dei quali il lavoratore viene assunto e nei quali, a sua volta, è scomponibile l'organizzazione del lavoro di una data impresa (2)». In altri termini, sono gli adempimenti professionali del lavoratore, che, dal punto di vista dell'organizzazione del lavoro, si identificano nella posizione di lavoro, mentre, dal punto di vista della struttura dell'obbligazione di lavoro, rappresentano l'oggetto della prestazione di lavoro (3).

Nell'ambito del rapporto di lavoro, quindi, la prestazione di lavoro che il lavoratore è tenuto a garantire, viene identificata in base alle mansioni assegnate allo stesso. Tuttavia, nel corso dell'esecuzione del contratto di lavoro, la prestazione di lavoro è soggetta a variazioni rispetto a quella iniziale, modifiche che possono essere dovute o ad esigenze organizzative dell'impresa o a modifiche unilaterali del datore di lavoro, e questo è il c. d. *jus variandi*.

Lo *jus variandi* è disciplinato dall'art. 2103 c.c., che è stato peraltro oggetto di una modifica ad opera dell'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori.

Nel suo testo originario prevedeva che «*Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per cui è stato assunto. Tuttavia, se non è convenuto diversamente, l'imprenditore può, in relazione alle esigenze dell'impresa, adibire il prestatore di lavoro ad una mansione diversa, purché essa non importi una diminuzione nella retribuzione o un mutamento sostanziale nella posizione di lui.*

*Nel caso previsto dal comma precedente, il prestatore di lavoro ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, se è a lui più vantaggioso.*

Il lavoratore poteva svolgere quelle mansioni per cui era stato assunto ma, allo stesso tempo, il potere datoriale di disporre del mutamento delle mansioni del lavoratore era molto ampio, soprattutto perché il limite delle «esigenze dell'impresa» riguardava solo il caso di mutamento unilaterale

---

(1) Su questo tema specifico, vd. CARDARELLO C., *Mansioni e rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2001.

(2) Così GHERA E., *Diritto del lavoro*, Bari, 1998, 134. Interessante, nonché più articolata, è la definizione di CARDARELLO C., *op. cit.*, 60, per cui la mansione è «quel complesso di attività, compiti e funzioni che il lavoratore, in relazione al suo inquadramento derivante dalla legge e dalla contrattazione, collettiva e/o individuale, è obbligato a svolgere a favore del datore di lavoro».

(3) Vd. GHERA E., *Diritto del lavoro*, Bari, 1998, 134.

delle mansioni stesse e spesso, anche a seguito della teoria della c. d. acquiescenza (o comportamento concludente tacito del lavoratore), era difficile distinguere tra mutamento consensuale e mutamento unilaterale (4).

L'art. 2103, nella sua nuova formulazione dopo la modifica operata dallo Statuto dei Lavoratori, è abbastanza chiaro ed esplicito: «*Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione*»; al comma 2, viene poi sancita la nullità di ogni patto contrario.

È riconosciuta e permessa una certa mobilità al lavoratore all'interno dell'azienda, ed emerge la possibilità di un'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, anche per disposizione unilaterale del datore (5), in sostanza, di un «transitorio diritto di mobilità interna» (6). La mobilità «endoaziendale (7)» consentita è solo quella orizzontale o verso l'alto. La mobilità orizzontale è identificata soprattutto in base al concetto di equivalenza delle mansioni; in base al prevalente orientamento giurisprudenziale, sono da considerarsi equivalenti quelle mansioni che «consentono al lavoratore l'utilizzo del complessivo bagaglio di nozioni, esperienza e perizia acquisito nella fase pregressa del rapporto, nonché l'eventuale affinamento e arricchimento del patrimonio professionale già acquisito (8).

La mobilità verso l'alto è riconosciuta poi dallo stesso art. 2103 c.c., che recita «*nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diventa*

---

(4) Secondo la giurisprudenza, se il lavoratore accettava di svolgere le nuove mansioni, il suo comportamento era da considerarsi concludente in senso adesivo, con la conseguente accettazione delle nuove condizioni. Vd. su questo punto GHERA E., *op. cit.*, 147. Vd. anche LANOTTE M., *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, 1998, 206, dove richiama la sentenza Cass. 12 ottobre 1968, n. 3243, in *Mass. giur. lav.*, 1969, 205.

(5) Da segnalare come alcuni autori non ritengono più esistente lo *jus variandi* per volontà unilaterale del datore, e richiedono necessariamente la consensualità per qualsiasi mutamento di mansioni, sia orizzontali che verticali. Questo orientamento tuttavia non è seguito dalla maggioranza di giurisprudenza e dottrina. Vd. per un approfondimento sul tema LANOTTE M., *op. cit.*, 206, e i riferimenti bibliografici ivi richiamati.

(6) Così BONARETTI L., *Danno biologico nel rapporto di lavoro*, 79, che delinea una ampia panoramica di inadempienze.

(7) Così CARDARELLO C., *op. cit.*, 67, che approfondisce accuratamente i concetti e divide questa mobilità endoaziendale, con specifico riferimento alle mansioni, in quattro gruppi: mobilità orizzontale (mansioni equivalenti e promiscue); mobilità verticale migliorativa (mansioni superiori); mobilità verticale sostitutiva (mansioni vicarie); mobilità verticale peggiorativa (mansioni inferiori).

(8) Così LANOTTE M., *op. cit.*, 208, che richiama Cass. 4 ottobre 1995, n. 10405, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 578, insieme ad altra giurisprudenza. Vd. anche GHERA E., *op. cit.*, 149, e più approfonditamente sul tema CARDARELLO C., *op. cit.*, 69.

*definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi (9)».*

In particolare, è espresso, di regola, un divieto di adibizione a mansioni inferiori, divieto che da parte della dottrina è considerato in modo assoluto e non ammetterebbe eccezioni.

Tuttavia, la rigida interpretazione dell'art. 2103 c.c., in alcuni casi, può determinare un eccesso di tutela ed essere un pregiudizio per il lavoratore, soprattutto in considerazione dell'ipotesi in cui l'assegnazione a mansioni inferiori si configura come un'alternativa (l'unica a volte) per evitare la perdita del posto di lavoro.

Alla luce di queste considerazioni si spiega l'apertura della giurisprudenza che ha operato una interpretazione più elastica di questo divieto, con riferimento ai casi in cui il lavoratore, in seguito a infortunio o malattia professionale, non sia più in grado di svolgere il proprio lavoro (10).

Altra deroga è posta poi dall'art. 4, comma 11, legge n. 223/1991 in tema di licenziamenti collettivi, in base al quale, in ipotesi di riduzione del personale, gli accordi sindacali che prevedono il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori eccedenti, possono anche derogare all'art. 2103 c.c., comma 2, potendo prevedere l'assegnazione a mansioni diverse (quindi anche inferiori) rispetto a quelle svolte.

Da segnalare poi che la Corte di Cassazione ha ampliato le ipotesi derogatorie, affermando, con decisioni che lasciano perplessi, che le limitazioni allo *jus variandi* operano solo in riferimento agli atti unilaterali del datore disposti contro la volontà del lavoratore e in suo danno, e non anche il mutamento peggiorativo di mansioni operato dal datore con il consenso del lavoratore o a seguito della richiesta dello stesso (11).

*Il contenuto del danno alla professionalità e i danni risarcibili.* Una volta definiti i contorni del fenomeno, si devono esaminare gli effetti del comportamento illegittimo, che tipo di tutela e come reagisce l'ordinamento nel caso di dequalificazione professionale o anche nell'ipotesi di un sostanziale svuotamento delle mansioni del lavoratore.

Bisogna preliminarmente dire che, secondo una nuova visione «partecipativa» del rapporto di lavoro, il lavoratore non può più essere considerato

---

(9) Vd per maggiore completezza CARDARELLO C., *op. cit.*, 95.

(10) Ammesso per la prima volta da Cass. 12 gennaio 1984, n. 266, in *Mass. giur. lav.*, 1984, 175. Vd. LANOTTE M., *op. cit.*, 215, dove l'autore richiama sentenze e riferimenti bibliografici sul mutamento peggiorativo delle mansioni a seguito della inidoneità fisica o psichica del lavoratore, sottolineando peraltro come l'impossibilità a svolgere le mansioni originariamente assegnate costituisce un giustificato motivo di licenziamento.

(11) Su questo punto vd. la critica e i riferimenti riportati in LANOTTE M., *op. cit.*, 217.



come un soggetto che cede la propria forza-lavoro in cambio della retribuzione del datore. In realtà, il lavoratore si pone con il suo bagaglio di esperienze e conoscenze tecniche che deve anche poter sviluppare e approfondire, e, al giorno d'oggi, è tenuto ad integrare e coordinare la propria attività con tutti coloro che fanno parte dell'impresa stessa, al fine dello svolgimento di una attività comune (12).

La struttura del contratto di lavoro subordinato si arricchisce, quindi, di un ulteriore contenuto che è dato dal diritto alla formazione professionale, visto e considerato che il lavoratore, che porta con sé all'interno dell'impresa il suo bagaglio professionale, non può vivere con le sole conoscenze teoriche e le capacità tecniche acquisite, ma deve avere anche il modo di crescere insieme all'impresa stessa.

Ecco che allora si percepisce e si riesce a cogliere meglio la reale portata del diritto alla «professionalità del lavoratore» (13): da un lato, in un aspetto statico, vi sono l'insieme delle conoscenze teoriche e delle capacità pratiche acquisite dal lavoratore tramite la sua attività lavorativa, dall'altro, in un aspetto dinamico, deve esserci «la capacità di evolversi di pari passo con i processi di modificazione dell'impresa (14)».

In tema di danni risarcibili, la lesione di questo «bene (15)» della professionalità, porta quindi a conseguenze irreversibili sul lavoratore, e il demansionamento stesso incide notevolmente sia sull'andamento del rapporto tra lavoratore e azienda che sulla sua personalità, arrivando fino a pregiudicare anche la sua dignità personale, il suo diritto all'immagine e alla reputazione professionale, alla vita di relazione e alla sua capacità di concorrenza (16), ponendosi quindi ben oltre i confini del mero inadempimento contrattuale, come anche emerge da un orientamento della Corte di Cassazione (17).

---

(12) Vd. LANOTTE M., *op. cit.*, 218 ss. con approfondimenti e riferimenti bibliografici sul tema della configurazione dell'interesse oggettivo dell'organizzazione di lavoro distinto dagli interessi soggettivi del datore di lavoro e del lavoratore.

(13) Questo diritto alla professionalità rappresenta ormai un principio consolidato nella più recente giurisprudenza, che considera che la professionalità stessa di un lavoratore non può né deve limitarsi alle sue sole conoscenze teoriche, ma deve essere stimolata e incrementata, quasi come ci fosse una interazione tra impresa e lavoratore.

(14) Vd. su questo punto MALZANI F., *L'ambiente di lavoro quale terreno elettivo di applicazione del c. d. danno biologico*, *Riv. Giur. Lav. e Prev. Soc.*, 2000, 385.

(15) «Bene dai confini sfuggenti» come viene definito da MALZANI F., *op. cit.*, 385.

(16) Vd. LANOTTE M., *op. cit.*, 231, che cita Pret. Milano, 7 gennaio 1997, in *Orient. giur. lav.*, 1997, 59; Trib. Milano 16 dicembre 1995, in *Riv. crit. Dir. lav.*, 1996, 458, per la configurazione di un danno alla notorietà, esperienza e immagine professionale di un giornalista vittima di dequalificazione; Pret. Milano, 11 marzo 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 677, che distingue e ritiene autonomamente risarcibili i danni alla personalità (concernenti la vita di relazione e la dignità del lavoratore), e il danno alla professionalità, intesa come sviluppo di carriera o possibilità di ulteriori ricollocazioni. Interessante anche segnalare la sent. Cass. 13 agosto 1991, n. 8835, che, oltre ad estendere l'art.2103 c.c. anche ai dirigenti, considera il lavoro non solo come un mezzo di guadagno, ma anche come un mezzo di estrinsecazione della personalità del soggetto. Vd. CARDARELLO, *op. cit.*, 152. Vd. PAJARDI D., *Il danno psicologico in materia di lavoro: considerazioni teoriche, analisi giurisprudenziale ed esperienze peritali*, in *Dir. lav.*, 1991, 354.

(17) Vd. CARDARELLO, *op. cit.*, 153.

Come è stato osservato (18), «la qualifica promessa con il contratto di assunzione, lo è stata proprio in considerazione di una qualificazione professionale sostanziale che è patrimonio della persona del dipendente. [...] Il fatto di essere stato dequalificato (violazione art. 2103 c.c.) comporta una riduzione (permanente o temporanea) del patrimonio professionale e dunque in una certa o altamente probabile diminuzione delle possibilità lavorative del soggetto stesso. Questa perdita o riduzione può essere vista sia nei riflessi esterni (possibilità di reimpiego) sia nei riflessi interni (*chances* di carriera aziendale)».

La condotta illecita del datore di lavoro può quindi configurarsi come plurioffensiva, cioè lesiva di più interessi e valori primari e, come ha sottolineato la Corte di Cassazione, sent. 8835 del 1991, gli effetti che scaturiscono da un illecito demansionamento (di un dirigente, nel caso di specie) possono essere diversi: danno alla professionalità *ex art.* 2087 c.c., sofferenza psichica *ex art.* 2059 c.c., pregiudizio patrimoniale *ex art.* 2043 c.c., danno biologico *ex art.* 2043 c.c. e 32 Cost (19).

Il mutamento *in pejus* delle mansioni comporta quindi innanzitutto il risarcimento dei danni patrimoniali, e il lavoratore ha diritto a percepire tutti i compensi che avrebbe ricevuto qualora avesse continuato a prestare la propria attività lavorativa nelle originarie mansioni (20), e il risarcimento spettante, quindi, consiste nella perdita di quella parte di retribuzione superiore non percepita a causa della dequalificazione.

Stando al tenore letterale dell'art. 2103, ultimo comma, che sanziona con la nullità gli accordi modificativi tra datore e lavoratore, l'acquiescenza del lavoratore, l'accettazione tacita delle mansioni inferiori, non vale a legittimare il comportamento del datore di lavoro (21).

Danni patrimoniali scaturiscono poi dalla lesione del diritto alla carriera, con la risarcibilità dei mancati guadagni causati dalla perdita di *chances* lavorative. Qui si va ad incidere sulle capacità e le prospettive di sviluppo del soggetto, e a una sorta di compromissione delle potenzialità di conseguimento di un risultato.

---

(18) Vd. MANNACCIO G., *Danno da dequalificazione professionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 244.

(19) Vd. VENERI L., *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, 1999, 1112. Il problema della definizione del contenuto del danno da dequalificazione professionale (come sottolineato da LANOTTE M., *op. cit.*, 232) non costituisce tuttavia l'unica problematica tuttora irrisolta, in quanto sono abbastanza dibattute anche le questioni riguardanti l'onere della prova del pregiudizio sofferto dal lavoratore e i possibili criteri di quantificazione del danno. Vd. su queste discussioni anche MEUCCI M., *Ancora sul risarcimento del danno alla professionalità e del danno biologico*, *Lav. Prev. Oggi*, 1999, 1742 ss.

(20) Vd. LANOTTE M., *op. cit.*, 236.

(21) Abbiamo prima sottolineato che alcune decisioni della Corte di Cassazione, che legittimano il mutamento peggiorativo di mansioni sulla base del consenso, lasciano perplessi. In questa sede preferiamo dissentire da tale opinione, visto che, come anche sottolineato da Pret. Roma, 17 aprile 1992, in *Lav. Prev. Oggi*, 1992, 1172, «il demansionamento non può essere considerato legittimo solo perchè il lavoratore ritenga di prestare obbedienza alle disposizioni del datore di lavoro».

Un soggetto che viene dequalificato, in pratica, subisce danni per quanto riguarda le sue potenzialità di sviluppo, sia come progressione automatica di carriera all'interno dell'impresa (ecco quindi leso l'aspetto dinamico del rapporto), sia come riduzioni di probabilità di reperire ulteriori occasioni di lavoro al di fuori di essa.

Tuttavia qui, in tema di prova, trattandosi di un danno patrimoniale futuro, è sufficiente una prova probabilistica della lesione, a seguito dell'illegittima dequalificazione, delle aspettative di promozione e guadagno del lavoratore (22), unita alla prova dell'esistenza di alcuni presupposti che, in assenza della condotta illegittima del datore, avrebbero consentito allo stesso il conseguimento del vantaggio della promozione di carriera (23).

Altro aspetto che può essere leso dalla dequalificazione professionale è l'equilibrio psicologico del lavoratore, portando a un risarcimento del danno biologico allo stesso.

Questo aspetto della risarcibilità delle lesioni dell'integrità psichica del lavoratore, e del risarcimento del conseguente danno biologico, scaturiscono dalla considerazione che il disconoscimento delle proprie capacità lavorative, e l'assegnazione di compiti di minore importanza possa causare al lavoratore una patologia nevrotica, con sindromi nervose e depressive, dovute ad uno stato di frustrazione, insoddisfazione professionale, perdita di interesse e stress, che portano ad una alterazione della personalità dell'individuo.

Tuttavia, in tema di danno biologico psichico, anche qui, le maggiori difficoltà si incontrano in punto di prova. L'onere della prova dell'avvenuta lesione psichica incombe sul lavoratore, e, come sappiamo, vi è una intrinseca difficoltà nel provare un pregiudizio di tipo psicologico (maggiore rispetto alla prova di una lesione fisica): il lavoratore non riesce sempre a ricevere tutela, in quanto i giudici negano la liquidazione del danno per mancanza di nesso causale tra comportamento illegittimo e lesione psichica, attribuendo i lamentati disturbi del lavoratore a una particolare costituzione del soggetto, a una congenita predisposizione del soggetto a turbe di natura psicologica, o risarciscono il danno biologico psichico semplicemente come danno morale, come sofferenza e turbamento, entro i limiti dell'art. 2059 c. c.

---

(22) Vd. LANOTTE M., *op. cit.*, 237. Bisogna far notare, inoltre, come nel caso di perdita di *chances* lavorative, il danno non sia patrimoniale in senso stretto, ma sia una sorta di danno che incide negativamente sulla dimensione personale, professionale e sociale del lavoratore, con conseguenze a carattere patrimoniale, cioè, come viene definito «danno patrimoniale indiretto». Vd. più approfonditamente RAFFI A., in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Danno biologico e oltre: la risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, 1995, 73.

(23) «Pertanto il lavoratore - qualora in seguito a dequalificazione professionale, promuova un'azione per ottenere il risarcimento del danno per mancato conseguimento di un vantaggio di carriera - deve dimostrare che egli, se non fosse intervenuto l'illegittimo mutamento di mansioni, avrebbe avuto possibilità non distanti da quelle degli altri candidati positivamente valutati». Così LANOTTE M., *op. cit.*, 238, che riprende Cass. 2 dicembre 1996, n. 10748, in *Mass. giust. civ.* 1996, 1656.

Da segnalare, poi, come a volte venga risarcita la compromissione della professionalità del lavoratore, anche in assenza di una lesione dell'integrità fisica o psichica del lavoratore, come danno biologico in sé rilevante.

In questi casi si stacca dal danno biologico psichico il danno alla professionalità e gli viene affidato un proprio e autonomo risarcimento, intendendo quindi il danno alla professionalità come lesione alla dignità professionale e personale del lavoratore da cui scaturisce un danno biologico autonomo. Detto in altri termini: il danno alla professionalità porta al risarcimento del danno biologico non in quanto lesione dell'integrità psichica del lavoratore, ma in quanto lesione della dignità professionale dello stesso, con tutte le conseguenze che si traggono in materia di prova del danno (24).

Colpendo questi aspetti più specifici della professionalità, in pratica, si può notare che si va ad incidere sugli aspetti della personalità morale e della dignità in sé considerata e per questo già di per sé fonte di risarcimento del danno biologico.

Per concludere, si deve aggiungere che, per evitare confusioni a livello interpretativo, appare opportuno e più corretto distinguere il danno biologico psichico dal danno alla professionalità in sé, sempre più spesso oggetto di un autonomo risarcimento.

---

(24) Vd. su questo punto i riferimenti contenuti in LANOTTE M., *op. cit.*, 241.

# INDICI SISTEMATICI

## 1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

<i>La difesa delle amministrazioni pubbliche nel giudizio amministrativo. Atti del Seminario di apertura del Master presso la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze. Interventi di: GENNARO TERRACCIANO, LUIGI MAZZELLA, IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, PASQUALE GIULANO, ALBERTO DE ROBERTO, GIUSEPPE NERIO CARUGNO, FEDERICO BASILICA, MARIA GENTILE, ERMANNO DE FRANCISCO . . . . .</i>	<i>pag.</i>	1
EMANUELA BRUGIOTTI, <i>Note processuali connesse alla tutela dei dati personali, ai sensi dell'art. 29 della legge n. 675/1996 . . . . .</i>	»	274
IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, <i>Incidente di costituzionalità e giurisdizione in sede di giudizio cautelare amministrativo. Un dialogo difficile tra complessità ed incomprensioni . . . . .</i>	»	220
FERNANDO CARANGELO, <i>Il danno da dequalificazione professionale . . . . .</i>	»	326
SABINO CASSESE, <i>Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale . . . . .</i>	»	188
MAURIZIO FIORILLI, <i>Le Regioni e le relazioni internazionali e comunitarie . . . . .</i>	»	31
OSCAR FIUMARA, <i>Cioccolato e cioccolato puro . . . . .</i>	»	48
CRISTINA GIORGIANTONIO, <i>Normativa antitrust e settore bancario: l'eccezione italiana . . . . .</i>	»	228
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Motivazione successiva in giudizio: il TAR Toscana la ammette in sede di sospensiva . . . . .</i>	»	253
MARIA VITTORIA LUMETTI, SANDRO TIZZI, <i>La normativa in materia di stranieri, novellata dalla legge n. 189/2002 e il «patteggiamento» . . . . .</i>	»	263
ANTONIO PALATIELLO, <i>Il monito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla «legge Pinto» . . . . .</i>	»	41
ANTONIO PALATIELLO (a cura di), dossier, <i>Il termine ragionevole del processo: le ultime pronunce, aspettando le Sezioni Unite . . . . .</i>	»	200

ILARIA SANASI, <i>Legittime le «quote rosa» nella legge elettorale della Regione Valle d'Aosta</i> .....	pag.	210
ILARIA SANASI, <i>Obbligo di notifica dell'atto introduttivo del giudizio all'Avvocatura dello Stato</i> .....	»	249
MARIO ANTONIO SCINO, <i>Contratti della P.A. ed invalidità procedurali (Premio Sandulli 6 dicembre 2002)</i> .....	»	321
TITO VARRONE (a cura di), <i>dossier, Spoils system: la giurisprudenza comincia a pronunciarsi sulle questioni insorte a seguito della legge 145/2002</i> .....	»	119

## 2 - INDICE DELLE SENTENZE

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO		
Sez. 1 <sup>a</sup> , 27 marzo-20 maggio 2003 .....	pag.	41
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE		
Sez. 6 <sup>a</sup> , 16 gennaio 2003, nella causa C-14/00. ....	»	48
CORTE COSTITUZIONALE		
10 febbraio 2003, n. 49 .....	»	216
CORTE DI CASSAZIONE		
Sez. 1 <sup>a</sup> , 11 dicembre 2002, n. 17650 .....	»	200
Sez. 1 <sup>a</sup> , 14 gennaio 2003, n. 360 .....	»	201
Sez. 1 <sup>a</sup> , 30 gennaio 2003, n. 1405 .....	»	206
Sez. 1 <sup>a</sup> , 6 febbraio 2003, n. 1740 .....	»	205
Sez. 1 <sup>a</sup> , 17 febbraio 2003, n. 2309 .....	»	203
Sez. Unite, ord. 27 febbraio-6 maggio 2003, n. 6889 .....	»	220
Sez. 1 <sup>a</sup> , 3 aprile 2003, n. 5118 .....	»	202
CONSIGLIO DI STATO		
Sez. 6 <sup>a</sup> , 16 ottobre 2002, n. 5640 .....	»	243
Sez. 4 <sup>a</sup> , Camera di Consiglio 17 dicembre 2002, n. 257/2003 .....	»	250
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO		
Sez. 2 <sup>a</sup> , 21 maggio 2003, n. 4443 .....	»	184
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA TOSCANA		
Sez. 1 <sup>a</sup> , Camera di Consiglio 8 aprile 2003 .....	»	262
Sez. 1 <sup>a</sup> , Camera di Consiglio 8 aprile 2003, n. 1498 .....	»	272
Sez. 1 <sup>a</sup> , Camera di Consiglio 8 aprile 2003, ord. 9 aprile 2003, n. 353 .....	»	261
TRIBUNALE CIVILE DI ROMA		
Sez. 2 <sup>a</sup> , provv.to di scioglimento di riserva 13 maggio-16 giugno 2002 .....	»	281
Sez. Lavoro, ord. 15 gennaio 2003 .....	»	153
Sez. Lavoro, ord. 23 gennaio 2003 .....	»	155
Sez. Lavoro, ord. 3 febbraio 2003, n. 4392 .....	»	158

Sez. Lavoro, ord. 3 febbraio 2003 . . . . .	pag.	159
Sez. 2 <sup>a</sup> , ord. 3-5 febbraio 2003 . . . . .	»	281
Sez. Lavoro, ord. 4 febbraio 2003 . . . . .	»	160
Sez. Lavoro, ord. 18 febbraio 2003 . . . . .	»	162
Sez. Lavoro, ord. 19 febbraio 2003 . . . . .	»	163
Sez. Lavoro, ord. 25 febbraio 2003 . . . . .	»	165
Sez. Lavoro, ord. 4 marzo 2003 . . . . .	»	168
Sez. Lavoro, ord. 13 marzo 2003 . . . . .	»	170
Sez. Lavoro, ord. 2 aprile 2003 . . . . .	»	172
Sez. Lavoro, ord. 8 aprile 2003 . . . . .	»	175
Sez. Lavoro, ord. 29 aprile 2003 . . . . .	»	176
Sez. Lavoro, ord. 12 maggio 2003 . . . . .	»	178
Sez. Lavoro, ord. 18 giugno 2003 . . . . .	»	180

### 3 - INDICE DEGLI ARGOMENTI

ATTO AMMINISTRATIVO – Integrazione della motivazione – Sua ammissibilità in sede di sospensiva ( <i>TAR Toscana, sez. 1<sup>a</sup>, ord. 9 aprile 2003, n. 353 e sent. Cam. Cons. 8 aprile 2003</i> ) . . . . .	pag.	261, 262
COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento di uno Stato – Prodotti del cacao e di cioccolato contenenti sostanze grasse diverse dal burro di cacao – Prodotti legalmente fabbricati e commercializzati nello Stato membro di produzione con la denominazione «cioccolato» – Obbligo di commercializzazione in altro Stato con la denominazione «surrogato di cioccolato» – Incompatibilità con il diritto comunitario ( <i>Corte di Giustizia CE, sez. 6<sup>a</sup>, sent. 16 gennaio 2003 nella causa C-14/00</i> ) . . . . .	»	49
CONCORRENZA – Banche – Mercato riservato o non riservato ad enti creditizi – Competenza <i>antitrust</i> – Autorità garante della concorrenza e del mercato – Banca d'Italia ( <i>Consiglio di Stato, sez. 6<sup>a</sup>, sent. 16 ottobre 2002, n. 5640</i> ) . . . . .	»	243
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – Ragionevole durata dei processi («legge Pinto») – Equa riparazione – Presupposti ( <i>CEDU, sez. 1<sup>a</sup>, 27 marzo-20 maggio 2003</i> ) . . . . .	»	44
DIRITTO PROCESSUALE – Avvocatura dello Stato – Notifica (obbligo di) – Inammissibilità del ricorso ( <i>Consiglio di Stato, sez. 4<sup>a</sup>, sent. 257/2003</i> ) . . . . .	»	250
DIRITTO PROCESSUALE – Ragionevole durata dei processi («legge Pinto») – Equa riparazione – Presupposti ( <i>sentenze in dossier</i> ) . . . . .	»	200 ss.
ELEZIONI – Giudizio di legittimità costituzionale in via principale – Regione Valle d'Aosta – Elezioni – Elezione del Consiglio regionale – Formazione delle liste dei candidati – Condizione della necessaria presenza nelle liste, a pena di invalidità, di «candidati di entrambi i sessi» – Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri – Prospettata limitazione del diritto di elettorato passivo, con violazione del principio di parità dei sessi nell'accesso alle cariche elettive – Non fondatezza della questione ( <i>Corte Costituzionale, sent. 10 febbraio 2003, n., 49</i> ) . . . . .	»	216

GARANTE LEGGE PRIVACY – Attività del garante – Provvedimenti ex ufficio e provvedimenti su richiesta del soggetto interessato – Ricorso – Forme del procedimento – Riunione di giudizi che seguono riti diversi – Prevalenza del rito ordinario ( <i>Tribunale di Roma, sez. 2<sup>a</sup>, ord. 3-5 febbraio 2003</i> ) . . . . .	pag.	281
GARANTE LEGGE PRIVACY – Ricorso al Garante ai sensi degli artt. 29, co. 6, e 31, co. 4, della L. 675/96 – Competenze del tribunale – Svolgimento del processo nelle forme di cui agli artt. 737 e segg. c.p.c. ( <i>Tribunale di Roma, sez. 2<sup>a</sup>, provv.to di scioglimento di riserva del 13 maggio-16 giugno 2002</i> ) . . . . .	»	281
GIURISDIZIONE – Ricorso per motivi di giurisdizione – Procedimento cautelare incidentale in giudizio amministrativo – Questione incidentale di costituzionalità insorta in detto procedimento cautelare – Ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale, sospesa ogni decisione cautelare – Appello e decisione cautelare definitiva in secondo grado – Ricorso per motivi di giurisdizione – Inammissibilità ( <i>Corte di Cassazione, Sez. Un., ord. 27 febbraio-6 maggio 2003, n. 6889</i> ) . . . . .	»	220
LAVORO – Dirigenza pubblica – <i>Spoils system</i> – Giurisdizione – Legittimità costituzionale – Non ricorrenza del danno grave e irreparabile in caso di mancata conferma ( <i>Ordinanze in dossier; TAR Lazio, sez. 2<sup>a</sup>, sent. 21 maggio 2003, n. 4443</i> ) . . . . .	»	153 ss.
PATTEGGIAMENTO – Irretroattività dell'art. 4 D.Lgs. n. 286/1998, come modificato dalla L. 189/02 riguardo ad una condanna emessa su accordo delle parti – Possibilità per l'Amministrazione di trarre elementi dalla sentenza ex art. 444 e da altri episodi, per la valutazione ai sensi dell'art. 1 della L. 27 dicembre 1956, n. 1423 ( <i>TAR Toscana, sez. 1<sup>a</sup>, sent. Cam. Cons. 8 aprile 2003, n. 1498</i> ) . . . . .	»	272

#### 4 - PARERI

##### A.G.S. – Parere del 26 agosto 2002, n. 87135 – Procedura espropriativa.

Valutazione estimativa dell'indennità di esproprio ( <i>consultivo 2388/02, Avvocato T. Varrone</i> ) . . . . .	pag.	297
---	------	-----

##### A.G.S. – 10 gennaio 2003, n. 2470 – Classi delle sostanze dopanti.

Convenzione di Strasburgo <i>anti-doping</i> (ratificata con legge 29 novembre 1995 n. 522) – Lista «aperta» di farmaci, sostanze e pratiche mediche c.d. dopanti – Normativa interna di recepimento (legge 14 dicembre 2000 n. 376) contenente rinvio a decreto ministeriale individuativo – Fattispecie penalmente sanzionata (art. 9 legge <i>cit.</i> ) – Compatibilità col principio penale, costituzionalmente garantito (art. 25 Cost.), del <i>nullum crimen sine lege</i> ( <i>consultivo n. 6954/02, avvocato P. Cosentino</i> ). . . . .	»	285
---	---	-----

##### A.G.S. – Parere del 31 gennaio 2003, n. 9965 – Transazione Telecom S.p.a. c/Interno.

Convenzione transattiva ( <i>consultivo 9325/02, avvocato G. Fiengo</i> ). . . . .	»	288
--	---	-----



**A.G.S. – Parere del 19 febbraio 2003, n. 17130.**

Compenso aggiuntivo per festività coincidenti con la giornata domenicale  
*(consultivo 13635/01, avvocato A. Linguiti)*. . . . . pag. 290

**A.G.S. – Parere del 28 febbraio 2003, n. 21146.**

Prosecuzione del rapporto di lavoro di personale ausiliario assunto con contratto a tempo determinato previa selezione operata tramite l'Ufficio di collocamento *(consultivo 1310/03, avvocato E. Figliolia)*. . . . . » 292

**A.G.S. – Parere del 19 marzo 2003, n. 31394. – Danno ambientale.**

Danno ambientale – Ripristini e risarcimenti conseguenti *(consultivo n. 10261/02, avvocato A. De Stefano)*. . . . . » 302

**A.G.S. – Parere del 21 marzo 2003, n. 32719 – Rimborso spese forfettarie.**

*(Consultivo 20168/02, avvocato A. Soldani)*. . . . . » 316

**A.G.S. – Parere del 1° aprile 2003, n. 39682.**

Azienda Universitaria Policlinico «Umberto I» di Roma in liquidazione – Pagamento dei debiti nei confronti del personale *(consultivo 5071/03, avvocato E. Figliolia)*. . . . . » 293

**A.G.S. – Parere del 3 maggio 2003, n. 52737 – Indennizzabilità opere realizzate in ispregio a servitù militari.**

Autorizzazione *(ex art. 8 legge 898/76)* del Comandante territoriale ad eseguire opere in deroga alle limitazioni imposte sui fondi gravati da servitù militari: natura ed effetti *(consultivo 6564/99, avvocato G. Lancia)* . . . . . » 295





