

ANNO LV - N. 4

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

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE NUMERO: *Massimo Bachetti – Paola Balacco – Alessandra Bruni – Ignazio Francesco Caramazza – Fernando Carangelo – Pierpaolo Carbone – Antonio Cingolo – Gianni De Bellis – Valeria Fedele – Wally Ferrante – Gian Carlo Ferrero – Daria Fortuna – Marco Fratini – Paolo Marchini – Maria Vittoria Lumetti – Claudio Paris – Vincenzo Rago – Flavia Riso – Emanuela Rosanò – Pietro Cesare Vincenti*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*.

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

#### ABBONAMENTI ANNO 2004

	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

(P401043/1) Roma, 2003 — Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. – S.

# INDICE – SOMMARIO

## TEMI ISTITUZIONALI

<i>Relazione sul patrocinio delle Amministrazioni Pubbliche</i> , di Vincenzo Rago	Pag.	1
--	------	---

## IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee dell'anno 2003 emesse in cause cui ha partecipato l'Italia</i> , di Oscar Fiumara	»	23
1. — <i>Le decisioni:</i>		
<i>L'amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi e il diritto comunitario</i> , sez. 5°, 24 luglio 2003, C-297/01, di Oscar Fiumara	»	37
<i>Disapplicazione di normativa interna e non punibilità di precedenti condotte poste in essere secundum legem</i> , 9 settembre 2003, C-198/01, di Claudio Paris	»	43
<i>La raccolta di scommesse su eventi sportivi: usi e abusi</i> , Plenum, 6 novembre 2003, C-243/01, di Antonio Cingolo	»	53
<i>Titolo di studio estero e ammissione alla pratica forense in Italia</i> , sez. 5°, 13 novembre 2003, C-313/01, di Antonio Cingolo	»	59
<i>La competenza del giudice preventivamente adito nella Convenzione di Bruxelles: irrilevanza di una durata eccessivamente lunga del processo</i> , Plenum, 9 dicembre 2003, C-116/02, di Oscar Fiumara	»	64
2. — <i>I giudizi in corso alla Corte di Giustizia CE</i>	»	69

## IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Antonio Palatiello (a cura di), dossier: <i>L'ambito di operatività del condono di cui all'art. 12 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 e successive modifiche: la nozione di ruoli statali</i>	»	135
Giuseppe Fiengo, <i>Beni culturali: estensione dei benefici fiscali agli immobili degli enti pubblici</i> (Corte Cost., sent. 28 novembre 2003, n. 345)	»	141
Ignazio Francesco Caramazza, <i>Il principio «simul stabunt, simul cadent» nello Statuto regionale siciliano</i> (Corte Cost., sent. 13 gennaio 2004, n. 2)	»	145
Marco Fratini, <i>Effetti del provvedimento di fermo amministrativo ed esigibilità della pretesa creditoria nel giudizio ordinario</i> (Cassaz., S.U., sent. 21 maggio 2003, n. 7945)	»	159
Alessandra Bruni, Paolo Marchini, <i>Indirizzi di difesa in tema di personale a.t.a. transitato nella scuola</i> (Trib. Torino, sez. lav., sent. 9 aprile 2003 n. 1940; Corte d'appello Firenze, sez. lav., sent. 10 febbraio 2004, n. 115)	»	167
Daria Fortuna, <i>Su alcune questioni relative all'impugnazione dei bandi di gara</i> (C.d.S., <i>Ad. Plen.</i> , sent. 27 gennaio 2003 n. 1)	»	182
Pierpaolo Carbone, <i>Rivalutazione ed interessi: accessori «dipendenti» dal principale obbligo risarcitorio</i> (C.d.S., <i>Ad. plen.</i> , sent. 14 febbraio 2003, n. 2)	»	192
Wally Ferrante, <i>Limiti ed effetti dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali</i> (C.d.S. <i>Ad. Plen.</i> , sent. 27 febbraio 2003, n. 3)	»	197
Massimo Bachetti, Valeria Fedele, <i>Pregiudizialità amministrativa e disapplicazione</i> (C.d.S., <i>Ad. Plen.</i> , sent. 26 marzo 2003, n. 4)	»	214
Emanuela Rosanò, <i>La destituzione dei pubblici dipendenti nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale: rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare</i> (C.d.S., sez. 4°, 9 dicembre 2002, n. 6669)	»	233
Giuseppe Fiengo, <i>Alcuni punti fermi sulla sanatoria degli abusi paesistici</i> (C.d.S., sez. 6°, 21 luglio 2003, n. 4192)	»	243
Maria Vittoria Lumetti, Fernando Carangelo, <i>Lo svolgimento ad interim di mansioni inferiori non comporta nel pubblico impiego demansionamento e dequalificazione professionale</i> (T.A.R. Toscana, sez. 1°, sent. 9 giugno 2003, n. 2359)	»	247

Wally Ferrante, <i>Componenti laici del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana e dubbi di costituzionalità</i> (C.G.A.R.S., ord. 13 maggio 2003, n. 185) .....	Pag.	250
<b>I PARERI</b>		
1. — <i>Del Comitato Consultivo:</i>		
Dal 15 settembre al 29 dicembre 2003 .....	»	301
2. — <i>Altri</i> .....	»	135
<b>CONTRIBUTI DI DOTTRINA</b>		
Giacomo Aiello, <i>Dal decreto legislativo n. 29/93 al decreto legislativo n. 165/01: prospettive di cambiamento</i> .....	»	359
Maria Vittoria Lumetti, <i>Il principio di precauzione nella legislazione, nella giurisprudenza e nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale</i> .....	»	365
Massimo Bachetti, <i>Rapporto fra gestione del contenzioso e tecnica legislativa nei parametri dell'analisi economica</i> .....	»	397
Gian Carlo Ferrero, Flavia Risso, <i>Il risarcimento del danno ambientale</i> .....	»	408
Gianni De Bellis, <i>Aiuti di Stato mediante misure fiscali: l'esperienza italiana</i> .....	»	417
Maria Vittoria Lumetti, <i>Il decreto inaudita altera parte e il diritto di difesa dell'Amministrazione</i> .....	»	429
<b>INDICI SISTEMATICI</b> .....	»	463

# TEMI ISTITUZIONALI

## **Relazione: patrocinio delle Amministrazioni Pubbliche**

### 1. - STORIA.

L'idea della istituzione di un «corpo di funzionari – avvocati specializzati ed in grado di imprimere un orientamento unitario alla difesa delle amministrazioni», così come si legge nel nuovo sito Internet della Avvocatura Generale dello Stato ([www.avvocaturastato.it](http://www.avvocaturastato.it)), ha cominciato a nascere a seguito della abolizione del sistema del contenzioso amministrativo e della conseguente devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie nelle quali si facesse questione di un «diritto civile o politico» e che interessassero le pubbliche amministrazioni (art. 2 legge n. 2248/1865, all. E). Tenuto conto della esigenza di fare chiarezza sui problemi di riparto della giurisdizione, nonché quella di assicurare un coerente disegno unitario in tema di patrocinio dello Stato, molte erano le possibili soluzioni – ad es. affidare la difesa al Pubblico Ministero, prevedere la istituzione di una figura che, come l'*United State Attorney* negli Stati Uniti, riassumesse in sé le funzioni di avvocato dello Stato e Pubblico Ministero al tempo stesso, ecc. – ma, alla fine, ha prevalso l'idea di istituire la Regia Avvocatura Erariale, che riflette la organizzazione della Avvocatura Regia di Toscana, che, per la prima volta, aveva istituito un corpo unico di avvocati specializzati nella difesa dello Stato; con il *regolamento 16 gennaio 1876, n. 2914* si attribuì agli organi difensori delle amministrazioni dello Stato la denominazione di Uffici di regi avvocati erariali, incardinati presso il Ministero delle Finanze.

Nei primi decenni del 1900 il patrocinio venne esteso dapprima ad enti diversi dello Stato come il Fondo per il culto e degli Economi dei benefici vacanti e gli enti sovvenzionati o vigilati dallo Stato (*legge 14 luglio 1907, n. 485 e R.D. 24 novembre 1913, n. 1304*) (cfr. le pagine del libro «*Lo stato in giudizio*» di PIETRO PAVONE, Ed. Editoriale Scientifica), e successivamente agli agenti e agli impiegati dello Stato e delle persone giuridiche pubbliche per fatti connessi al servizio svolto (*R.D. 30 dicembre 1923, n. 2828*); con questo stesso decreto, inoltre, al fine di garantire una maggiore efficienza della difesa, venne introdotto *il c.d. foro erariale* in virtù del quale, per le cause in cui fosse parte una pubblica amministrazione, il giudice competente è quello del luogo dove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura erariale nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie e venne, altresì, prevista la regola secondo la quale *gli atti giudiziari diretti contro le pubbliche amministrazioni dovevano essere notificati, a pena di nullità, presso l'Avvocatura erariale*.

Con il Testo Unico approvato con *R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611* la Regia Avvocatura divenne «Avvocatura dello Stato», incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con la funzione di provvedere alla difesa ed alla consulenza legale di *tutte le Amministrazioni statali centrali e periferiche e degli enti ad esse collegati* su tutto il territorio nazionale.

## 2. - AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE: REGOLE DEL PATROCINIO DELL'AVVOCATURA DELLO STATO.

a) *AMMINISTRAZIONI DELLO STATO*. Tutte le Amministrazioni dello Stato sono rappresentate e difese dalla Avvocatura *ex art. 1 del testo unico n. 1611/1933 cit.* secondo il quale «la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano all'Avvocatura dello Stato».

In particolare, l'Avvocatura assicura il patrocinio:

degli *organi costituzionali* (Cass., SS.UU., n. 1667 del 23 marzo 1981) – Presidenza della Repubblica, Camera e Senato, Governo, Corte Costituzionale, Consiglio di Stato, Corte dei Conti, C.N.E.L., ecc.,

*degli organi giudiziari* (Cassazione, Corti di Appello, ecc.), di tutte *le amministrazioni dello Stato, sia i Ministeri sia le Amministrazioni organizzate con ordinamento autonomo* (qual era, ad esempio, l'AIMA prima della istituzione dell'AGEA),

nonché tutti gli *organi comunque inseriti nella organizzazione statale* (quali, ad esempio, la Cassa Ufficiali Esercito, il Collegio Regionale elettorale di Garanzia, ecc.).

Questo particolare patrocinio è definito *patrocinio obbligatorio* ed ha la caratteristica di essere esclusivo e, appunto, *obbligatorio*, sicché gli avvocati dello Stato non possono prestare la propria attività congiuntamente ad un avvocato del libero foro, mentre una amministrazione statale non potrebbe chiedere l'assistenza di avvocati del libero foro, se non per in casi «assolutamente eccezionali» (art. 5 del testo unico n. 1611/1933).

Il Consiglio di Stato ha ritenuto, poi, che le stesse regole valgono anche per il patrocinio delle *Autorità indipendenti*, che sono state ritenute inserite nello Stato, ancorché dotate di una particolare autonomia (cfr Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 novembre 1994, n. 1716).

Nell'esercizio della attività di rappresentanza ed assistenza in giudizio, a differenza degli avvocati del libero foro, gli Avvocati dello Stato *non hanno bisogno di alcun mandato*, essendo sufficiente che, in udienza, facciano constare la propria qualità (cfr. Consiglio di Stato Sez. IV, 14 gennaio 1997, n. 1; Cass., Sez. III, 26 luglio 1997 n. 7011), norma ritenuta *costituzionalmente legittima* (Cass., Sez. I, 22 febbraio 1990, n. 1308).

Gli avvocati dello Stato, a differenza degli avvocati del libero foro, *possono compiere, anche senza mandato speciale, tutti gli atti processuali che le ordinarie norme di procedura vietano ai difensori con procura che non siano forniti di mandato o procura speciale*, ivi compreso il potere di rinuncia agli atti del giudizio, con la eccezione del potere di disporre del diritto sostanziale controverso, di cui è titolare l'Amministrazione (cfr. Cass., 2 febbraio 1973, n. 321; C.d.S., Sez. IV, 6 aprile 2000, n. 1995).

Nella *gestione della lite*, l'Avvocatura dello Stato ha *piena autonomia*, sia nella decisione dei tempi e delle modalità di inizio di una lite giudiziaria, sia nella conduzione del processo (contenuto

delle eccezioni da proporre, decisione relative alla proposizione di un regolamento di giurisdizione o di competenza, alla declinazione di una competenza arbitrale, alla proposizione di una impugnazione).

b) *REGIONI A STATUTO SPECIALE*. La fonte del *patrocinio obbligatorio* ed esclusivo dell'Avvocatura dello Stato a favore delle Regioni a statuto speciale (per quanto riguarda la regolamentazione parzialmente diversa per la Regione Sardegna, si veda più oltre al punto d)), nonché delle Province di Trento e Bolzano è costituito *dalle varie disposizioni contenute nei singoli statuti, approvati, come è noto, con legge costituzionale, nonché nelle diverse disposizioni di attuazione, che richiamano l'art. 1 del R.D. n. 1611/1933*.

La legittimità costituzionale di alcune delle disposizioni che attribuiscono il *patrocinio* delle Regioni a statuto speciale è stata esaminata con riferimento alla Regione Sicilia (Corte Cost. n. 455 del 26 luglio 1988) e alla Regione Sardegna (Corte Cost. n. 30 del 9 aprile 1968), ma *le questioni di legittimità costituzionale sono state ritenute infondate*, essendo stato correttamente ritenuto dalla Corte Costituzionale che non vi è alcuna limitazione o lesione della autonomia regionale.

La sussistenza del *patrocinio obbligatorio* per le Regioni a statuto speciale comporta la applicabilità degli stessi principi del *patrocinio* delle Amministrazioni statali e, dunque, la non necessità del mandato (Cass. Sez. 1, 14 marzo 2001, n. 3677) e l'obbligo di notifica degli atti giudiziari presso la competente Avvocatura dello Stato (Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, 5 dicembre 1994, n. 412).

Per la Regione Siciliana, poi, i singoli assessorati, per pacifica giurisprudenza, hanno una particolare autonomia, della quale si deve tenere conto in sede di notifica degli atti giudiziari (Cass., SS.UU., 6 febbraio 1998, n. 1275) ed in sede di esercizio del *patrocinio* da parte della Avvocatura dello Stato (Cass., SS.UU., 23 febbraio 1995, n. 2080 secondo cui «ciascun assessore è legittimato a stare in giudizio per il ramo di attività amministrativa che a lui fa capo»).

c) *REGIONI A STATUTO ORDINARIO*. Le Regioni a Statuto ordinario godono di un *patrocinio speciale* che, così come è stato, proprio



di recente, chiarito in apposita circolare dell'Avvocato Generale, «sorge da una manifestazione autonoma e spontanea dell'ente in questione che, sulla base di una previsione normativa che gli conferisce la relativa facoltà, decide di affidarsi al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato». La fonte di questo patrocinio è costituita *dall'art. 43, 5° comma, R.D. 1611/1933 cit., come integrato dagli artt. 10 e 11 della legge 103/1979*, secondo cui «le funzioni dell'Avvocatura dello Stato nei riguardi dell'amministrazione statale sono estese alle Regioni a statuto ordinario che decidano di avvalersene con deliberazione del consiglio regionale da pubblicarsi per estratto nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica e nel *Bollettino Ufficiale* della regione».

Quando la Regione a statuto ordinario (o l'ente regionale) ha stabilito di avvalersi del patrocinio della Avvocatura, il patrocinio ha lo stesso carattere e viene esercitato con le stesse modalità che sono connaturali a tutto il patrocinio reso dalla Avvocatura (cfr. Cass. 1086/2001, Consiglio di Stato, Sez. II, n. 2025/1986, Corte dei Conti n. 1432/1984), sicché la Regione non è onerata della produzione del provvedimento del competente organo regionale di autorizzazione del legale rappresentante ad agire o resistere in giudizio (Cass., SS.UU., 4 novembre 1996, n. 9523; Cass., Sez. I, 14 marzo 2001, n. 3677), mentre gli atti giudiziari devono essere notificati presso l'Avvocatura dello Stato e non presso la sede della Regione (C.d.S., Sez. IV, 7 marzo 1991, n. 151).

Alcune Regioni (ad esempio la Regione Lazio) hanno affidato il patrocinio alla Avvocatura dello Stato, in virtù di quanto previsto *dall'art. 107 d.P.R. n. 616/1977*, secondo cui «le Regioni possono avvalersi del patrocinio legale e della consulenza dell'Avvocatura dello Stato», evidentemente in modo non esclusivo.

d) *EVOLUZIONE DEL PATROCINIO DELLE REGIONI*. Negli ultimi anni, invero, specie con la riforma del Titolo V, alcune delle Regioni a statuto speciale (es. Sardegna), così come pure alcune delle Regioni a statuto ordinario (Veneto ed Umbria) che avevano scelto di avvalersi in modo esclusivo del patrocinio, hanno istituito uffici legali autonomi, affidando il patrocinio all'Avvocatura dello Stato, in applicazione dell'art. 107 del d.P.R. n. 616/1977 *cit.*

In proposito, la giurisprudenza ha affermato il principio della compatibilità delle disposizioni di cui all'art. 10 della legge n. 103/1979 con quelle di cui all'art. 107 del d.P.R. n. 616/1977, disposizione che si deve intendere non abrogata per effetto della entrata in vigore della legge n. 103/1979.

La giurisprudenza ha chiarito che mentre l'art. 107, in via generale, include «le Regioni a statuto ordinario tra gli enti dei quali l'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa... l'art. 10 della legge n. 103 del 1979 prevede un particolare procedimento attraverso il quale le menzionate Regioni possono ottenere l'applicazione dell'intero regime processuale speciale di assistenza legale e di patrocinio valevole «*ex lege*» per le amministrazioni dello Stato (cfr Cass., SS. UU., n. 9523 del 4 novembre 1996).

«*De iure condendo*» l'Avvocatura dello Stato, così come si vedrà meglio in seguito, potrebbe assumere, in rapporto alle Regioni, una attività di consulenza precontenziosa, sia in relazione ai rapporti con lo Stato sia (soprattutto) nei rapporti con l'Unione Europea.

e) *ENTI PUBBLICI DIVERSI DA QUELLI STATALI E DIVERSI DALLE REGIONI*. Questi enti possono godere del patrocinio in virtù di quanto previsto dall'art. 43, 1° comma, R.D. 1611/1933 che si riferisce alle «amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato, sempre che ne sia autorizzata da disposizioni di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con regio decreto». Come viene chiarito nella circolare citata, il detto patrocinio «non nasce col carattere obbligatorio derivante per le Amministrazioni previste nel primo caso dalla loro stessa natura, ma nasce con un provvedimento estensivo dell'originario e fondamentale compito istituzionale dell'Avvocatura, e mette capo al così detto *patrocinio autorizzato*». L'autorizzazione può essere contenuta sia in un provvedimento normativo (legge o regolamento) sia in un provvedimento amministrativo (oggi un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri emesso di concerto con il Ministro della Giustizia e con il Ministero dell'Economia e delle Finanze ai sensi della legge 16 novembre 1939, n. 1889 e della legge 12 gennaio 1991, n. 13).

Quando interviene il detto provvedimento, la rappresentanza e la difesa sono assunte dall'Avvocatura *in via organica ed esclusiva* (Cass. Sez. 1, 4 maggio 1993, n. 5183).

Così, si parla di patrocinio autorizzato per l'ANAS, dopo le modifiche in virtù delle quali essa, da azienda inserita nella organizzazione statale – istituita con D.Lg. 27 giugno 1946, n. 38 — organo dello Stato senza personalità giuridica, con patrocinio affidato all'Avvocatura dall'art. 51 del D. Lg. 17 aprile 1948, n. 547 — è divenuta ente pubblico economico – Ente nazionale per le strade – con D.Lgs 26 febbraio 1994, n. 143, ridenominato ANAS con art. 9 del decreto legge 26 gennaio 1995, n. 24 (statuto approvato con d.P.R. 21 aprile 1995, n. 242). Ora l'ANAS è stata trasformata in società per azioni a partecipazione pubblica dall'art. 7 comma 11 della legge 8 agosto 2002, n. 178 (di conversione in legge con modifiche del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138) disposizione che, contrariamente a quanto era avvenuto in passato per altri enti pubblici divenuti società per azioni (ad esempio le Ferrovie dello Stato e, con qualche condizione, le Poste Italiane), ha conservato il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'articolo 43 del R.D. n. 1611/1933.

Questa «inversione» di tendenza del legislatore è stata confermata anche per il *CONI* (art. 7 della legge 8 agosto 2002, n. 178) e, in parte almeno, per la *SACE Servizi Assicurativi del Commercio Estero s.p.a.* e per la *CDP – Cassa e Depositi S.P.A.*, (decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 — *Gazzetta Ufficiale* 2 ottobre 2003, n. 229, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326 — *Gazzetta Ufficiale* 25 novembre 2003, n. 181 *Suppl.* 181), enti che sono stati trasformati in società per azioni, con affidamento del patrocinio alla Avvocatura dello Stato per ciò che concerne «le attività che beneficiano della garanzia dello Stato» (art. 6 comma 15 per la *SACE S.p.A.*) e «la gestione separata di cui al comma 8» (art. 5 comma 15 per la *CDP S.p.A.*).

È poi interessante esaminare l'evoluzione del patrocinio delle *Università degli Studi* per le quali, in un articolato parere, è stato ribadito *il carattere esclusivo del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, essendosi precisato in giurisprudenza che «anche dopo l'en-

trata in vigore della legge 168/1989 è stato costantemente ribadito che «ai sensi dell'56 del R.D. 31 agosto 1933, n. 1592, e dell'art. 43 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 come modificato dall'art. 11 della legge 3 aprile 1979, n. 103, la rappresentanza e difesa in giudizio di un'Università degli Studi statali, ove non sussista conflitto con lo Stato, spetta «*ope legis*» all'Avvocatura dello Stato, mentre può essere affidata ad un difensore del libero foro in forza di apposita e motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza» (cfr. da ultimo Cass. 1086/2001 e prima Cass. 13292/1999 e Cass. 7649/1997), nonché che «le Università statali, al pari degli altri istituti statali di istruzione superiore, costituiscono organi dello Stato muniti di personalità giuridica, essendo inseriti nell'organizzazione statale» (Cass. 13292/1999 *cit.*) ed in ragione di ciò si è ritenuta la nullità della notificazione della citazione compiuta presso la sede dell'Università e non «dell'Avvocatura dello Stato» (Cass. 8877/1997).

Di particolare rilievo è il patrocinio attribuito ad alcuni enti privati, di alto interesse culturale, come la *Fondazione Scuola Nazionale Cinema* (D.Lgs.18 novembre 1997, n. 426), le *Fondazioni Enti lirici* (decreto legge 24 novembre 2000, n. 245 convertita nella legge 25 gennaio 2001, n. 6), nonché ad enti pubblici importanti in materia ambientale, come gli *Enti Parco Nazionale* (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 agosto 2001).

### 3. - EVOLUZIONE DELLO STATO. RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA E CON GLI ENTI LOCALI. CONSEGUENZE IN MATERIA DI PATROCINIO.

Nel patrimonio genetico dell'Avvocatura dello Stato vi è, dunque, il perseguimento dell'*interesse generale dello Stato*, più che la vittoria nel singolo giudizio: ciò ha consentito agli avvocati dello Stato di operare un collegamento e una mediazione tra lo Stato e i numerosi enti pubblici difesi e favorendo il necessario processo di integrazione dello Stato.

Con la realizzazione effettiva dell'ordinamento regionale e per effetto del trasferimento in sede periferica di poteri e competenze, l'istituto ha avvertito l'esigenza di un rafforzamento dell'autonomia professionale, che si è tradotto nella *legge 3 aprile 1979, n. 103* con

la quale si è voluto attribuire alla Avvocatura dello Stato non solo una più accentuata *indipendenza funzionale*, ma anche la funzione di assicurare il collegamento e la intermediazione fra le amministrazioni statali e quelle regionali, attraverso il filtro di una visione generale degli interessi pubblici.

Oggi, lo Stato italiano è in «*crisi*», per così dire, *evolutiva*:

1) *all'interno* perché allo Stato in senso classico e agli *enti territoriali locali* sempre più rilevanti, in specie dopo la riforma del titolo V della Costituzione, che ha previsto un più accentuato decentramento di poteri statali, si è aggiunto il potere delle *autorità indipendenti* e, in corrispondenza della frammentazione del potere pubblico, la *moltiplicazione di enti pubblici nazionali e di figure ibride*, ed oggi si può dire che lo Stato (nel senso di Stato – amministrazione) non è più una persona giuridica unitaria;

2) *all'esterno* perché il *diritto comunitario*, a differenza che nell'ordinamento internazionale, è *fonte normativa all'interno dello Stato* di immediata applicazione anche per i singoli cittadini, senza necessità di una norma interna di ricezione, in virtù della limitazione di sovranità dello Stato ai sensi degli artt. 10 e 11 Cost., così come interpretati anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale (si pensi alle disposizioni comunitarie in materia di produzione della cioccolata, di limiti dei rumori inquinanti, delle caratteristiche della pasta, di caratteristiche dell'impianto elettrico, di bandi di gara, ecc).

L'ordinamento comunitario ha, così, una *influenza sull'amministrazione interna* per quanto riguarda i procedimenti amministrativi, tenuto conto che, in diversi casi, la fase amministrativa nazionale si aggiunge o è complementare ad una fase in sede comunitaria (ad es. in materia di agricoltura e di finanziamenti per le regioni depresse e in via di sviluppo, od anche i fondi strutturali comunitari che sono complementari rispetto alle azioni condotte dagli Stati membri e non si sostituiscono ai c.d. aiuti di Stato).

Quanto, poi, alla nozione di *pubblica amministrazione*, per l'ordinamento comunitario ha rilievo la circostanza che un soggetto, pur se formalmente privato, sia *di fatto controllato dalla pubblica amministrazione ed agisca ai fini del perseguimento di fini pubblici*

(si pensi al settore degli appalti, in cui, se fosse valido solo il dato formale, sarebbe facile la elusione delle disposizioni in materia delle gare comunitarie).

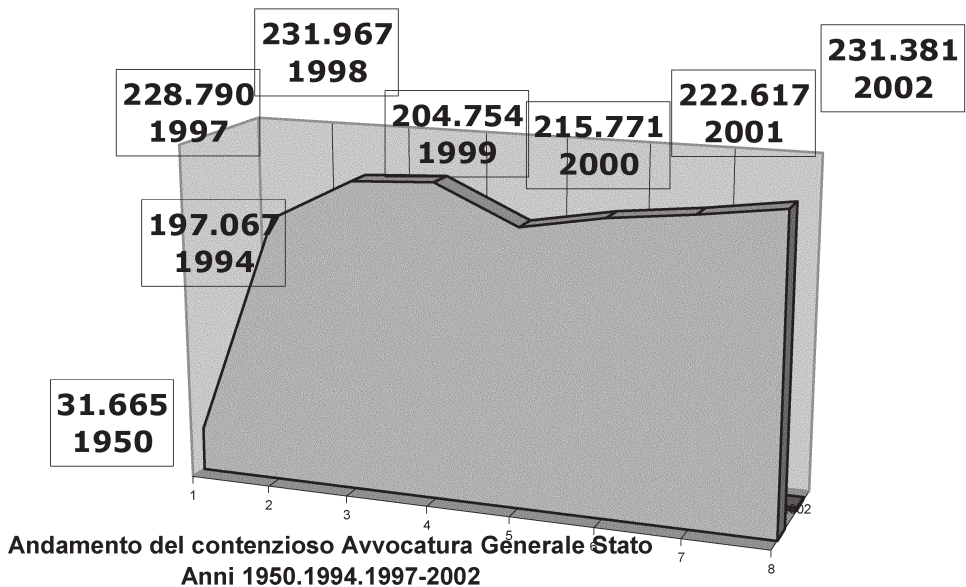
Se così è, allora lo Stato non abdica alle proprie competenze, ma *si evolve in uno Stato diverso, non accentrato ma frammentato in diversi soggetti giuridici*, nel senso che agisce a mezzo di una pluralità di enti aventi una autonoma soggettività.

Quali le conseguenze sul piano dei procedimenti giurisdizionali? È prevedibile che *aumenteranno i giudizi di costituzionalità delle leggi in via principale*, nei quali la legittimazione al ricorso è a favore dello *Stato e della Regione*, mentre le stesse Regioni, con maggiore frequenza, impugneranno una legge statale o di un'altra Regione, che invada la loro competenza. È anche probabile un *aumento del contenzioso di legittimità degli atti amministrativi*, nei quali sempre più spesso si vedranno in posizione contrapposta enti pubblici diversi, in quanto portatori di diversi interessi pubblici tra essi contrastanti – alcune materie sono in stretta correlazione tra loro, con conseguente difficoltà di distinguere le competenze statali e regionali (ad esempio urbanistica, edilizia, lavori pubblici, tutela dei beni artistici e storici, istruzione, sport, ambiente naturale, ecc).

#### 4. - VARIE ATTIVITÀ DI PATROCINIO E PROSPETTIVE.

Le funzioni ed il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, si può dunque dire, *si sono adeguati, di volta in volta, alla evoluzione dello Stato*. Oggi, con la riforma del titolo V, così come si legge sul sito Internet dell'Avvocatura, si avverte ancora di più «la necessità di istituire meccanismi di raccordo giuridici nel rapporto tra Stato e Regioni (per esempio sul modello della Conferenza Stato-Regioni o istituendo un apposito organo indipendente diverso dal Consiglio di Stato), che svolga a livello statale-regionale, in occasione della attività normativa di adeguamento alla normativa comunitaria, ruolo di consulenza giuridica». Nel corso del tempo, con il crescere della richiesta di giustizia e con la istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali,

a) *è aumentato il contenzioso*: la seguente tabella mostra il vertiginoso aumento degli affari, che dal 1950 al 2002 sono passati da 31.665 a ben 231.381 annui, con un incremento di oltre sette volte, a fronte di un organico di avvocati dello Stato rimasto praticamente quasi immutato (da 242 avvocati a 370);



b) sono aumentate notevolmente le attività di patrocinio seguite dalla Avvocatura dello Stato;

c) infine sono aumentate le Amministrazioni e gli enti patrocinati.

D'altra parte, è in continuo aumento anche la *qualità del patrocinio* prestato a favore non solo delle Amministrazioni statali, ma anche di tutti gli altri enti difesi (ad esempio, il contenzioso «tecnico» a favore delle Autorità indipendenti).

Trattandosi di un istituto unico, seppure articolato nell'Avvocatura Generale e 25 sedi distrettuali, la Avvocatura dello Stato è in grado di assicurare una *considerazione unitaria degli interessi dello Stato*, garantisce una *unità di indirizzo* nell'attività svolta, può evitare il rischio del proliferare di liti giudiziarie, attraverso un *oculato esercizio dell'attività consultiva*, con *notevole risparmio per le casse pubbliche* (la attività consultiva, infatti, è sempre gratuita per tutte le Amministrazioni difese, quella contenziosa è gratuita per le Amministrazioni statali, parzialmente a pagamento per gli enti a patrocinio autorizzato).

Particolarmente rilevante è il patrocinio svolto nei *giudizi davanti alle corti internazionali*, ai sensi dell'art. 9 della legge 3 aprile 1979, n. 103:

a) assunzione della difesa dello Stato, quale legislatore o amministratore, dinanzi agli *organi giurisdizionali dell'Unione europea: Corte di giustizia e Tribunale di prima istanza*;

b) assistenza di carattere consultivo per facilitare l'osservanza dei trattati nelle attività amministrative e favorire il recepimento legislativo delle norme comunitarie nell'ordinamento italiano;

c) attività svolta nell'ambito di un collegio di difesa innanzi ad alcuni collegi internazionali, come la *Corte internazionale di giustizia dell'Aja*;

d) attività davanti alla *Corte europea dei diritti dell'uomo*;

e) attività di direzione delle attività defensionali svolte da professionisti abilitati secondo gli ordinamenti nazionali nelle controversie incardinate dinanzi a *giudici stranieri*.

Nell'ambito di questa attività, l'Avvocatura svolge importanti compiti consultivi per prevenire liti o facilitare la osservanza dei trattati e l'inserimento delle norme comunitarie nell'ordinamento italiano. Essa opera altresì quale *collaboratore della Unione Europea* per l'attuazione delle norme comunitarie anche davanti ai giudici nazionali, agendo, si è detto, quale *organo indiretto* della Comunità, oggi Unione (in tal senso BELLI, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, voce *Avvocatura dello Stato*).

Un altro aspetto dell'attività è quello di seguire *i giudizi davanti alla Corte Costituzionale*, nei quali l'Avvocatura rappresenta e difende il Presidente del Consiglio dei Ministri, anche su materie che rientrano nella competenza di altri Ministeri (Corte cost. sent. n. 1 del 1956) o il Ministro da questi delegato per la partecipazione al giudizio (Art. 20 legge 11 marzo 1953, n. 87).

*Nei giudizi di legittimità costituzionale di leggi o atti aventi forza di legge promossi in via incidentale in altro giudizio*, alla luce della riforma del titolo V diventa ancora più rilevante la possibilità per l'Avvocatura di proporre alla Corte costituzionale *la questione di legittimità costituzionale in via principale di una legge regionale, nonché di intervenire nei giudizi di legittimità costituzionale promossi dinanzi alla Corte Costituzionale in via principale da una Regione contro una legge o un atto avente forza di legge dello Stato*.



Previa deliberazione del Consiglio dei Ministri (art. 23, lett. g della legge 23 aprile 1988, n. 400), l'Avvocatura Generale dello Stato partecipa, in rappresentanza del Presidente del Consiglio dei Ministri o di un Ministro a ciò delegato, ai giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale aventi per oggetto la risoluzione di *conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato* (artt. 20 e 37 legge 11 marzo 1953, n. 87). Particolare rilievo assume la partecipazione *nei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni*, alla luce della riforma del titolo V.

Le prospettive di evoluzione sono qui collegate alla riforma in senso federalistico dello Stato, nel senso che si porrà il problema della attività di *consultazione sugli atti normativi regionali, anche per verificare la corretta applicazione delle direttive dell'Unione Europea*.

L'Avvocatura Generale dello Stato rappresenta il Governo anche nei *giudizi di ammissibilità di referendum abrogativi* dinanzi alla Corte costituzionale di cui all'art. 75 Cost. e all'art. 2 della legge cost dell'11 marzo 1953, n. 1.

Dinanzi alle Sezioni giurisdizionali regionali della *Corte dei conti* l'amministrazione statale o gli enti pubblici che godono del patrocinio sono rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato *nei soli giudizi in materia di pensioni*, non anche nei giudizi di responsabilità amministrativa, nei quali la presenza dello Stato è assicurata dal Procuratore presso la Corte dei Conti.

Particolarmente rilevante è poi la partecipazione dell'Avvocatura dello Stato ai giudizi penali esercitando *l'azione civile per le restituzioni o il risarcimento del danno attraverso la costituzione di parte civile* e non di rado l'Avvocatura assiste nel procedimento penale l'amministrazione citata quale *responsabile civile* per un fatto illecito (si pensi al recentissimo caso del processo di «Ustica»).

Giova sottolineare però che l'art. 1, comma 3, della legge 3 gennaio 1991, n. 3 ha subordinato la costituzione di parte civile dello Stato *all'autorizzazione del Presidente del Consiglio dei Ministri*, che viene concessa, previo parere dell'ufficio dell'Avvocatura competente alla trattazione del procedimento, quando vengano in rilievo interessi pubblici, patrimoniali e non patrimoniali, di rilevanza tale da ritenersi opportuno affiancare la presenza nel processo penale del pubblico ministero.

L'art. 44 del t.u. n. 1611/33 *cit.* consente altresì all'Avvocatura dello Stato di *assumere la difesa dei dipendenti statali o degli altri*

*soggetti pubblici ammessi al patrocinio, sia nella qualità di imputati che di parte civile, nei giudizi penali che li interessino per fatti inerenti alle funzioni espletate*, qualora gli enti di appartenenza ne facciano richiesta e l'Avvocato Generale ne riconosca l'opportunità, escludendo la sussistenza di un conflitto di interessi tra amministrazione e dipendente.

Vi sono, invero, dei casi in cui le Amministrazioni possono stare in giudizio *avvalendosi direttamente di propri dipendenti*:

1) art. 2 testo unico n. 1611/33 con possibilità di delega a funzionari dell'amministrazione interessata o a procuratori legali, per i giudizi che si svolgono fuori della sede della Avvocatura dello Stato competente;

2) art. 417-*bis* c.p.c., sulle controversie in materia di lavoro;

3) art. 23 legge n. 689/1981, in materia di opposizione a ordinanze-ingiunzione;

4) i giudizi davanti alla Corte dei Conti.

Si tratta di casi limitati ed espressamente previsti dalla legge (es. giudizi che si svolgono fuori dalla sede della Avvocatura dello Stato) e vi è sempre una valutazione da parte dell'Avvocatura, circa la opportunità che questi giudizi siano seguiti dalla Amministrazione, riservandosi comunque l'Avvocatura di predisporre le difese, tutte le volte in cui venga all'esame una *questione di massima* (es. nelle controversie di lavoro).

Per quanto riguarda *i giudizi davanti alle Commissioni Tributarie*, innovando la precedente disciplina, l'art. 12, comma 4, del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 prevede che gli uffici finanziari statali possano essere assistiti dall'Avvocatura dello Stato nel procedimento di secondo grado mentre, per quello di primo grado, l'Amministrazione può chiedere di essere assistita in sede consultiva o anche processuale, in casi particolari.

Particolarmente importante è la funzione consultiva svolta dall'Avvocatura dello Stato, prevista essenzialmente dall'art. 13 *R.D. n. 1611/33 cit.* e che consiste nell'assicurare alle pubbliche amministrazioni la assistenza legale anche in sede diversa da quella giudiziaria, nella soluzione di questioni tecnico-giuridiche ed interpretative.

La visione unitaria e la particolare forza che assistono i pareri resi dall'Avvocatura, che si avvale anche di un organo collegiale

specifico, il cosiddetto CO.CO. – Comitato Consultivo – garante di questa visione unitaria oltre che della legalità e correttezza, è in grado di fornire un ineliminabile aiuto alle Amministrazioni che possono utilizzare il parere reso per fornire direttive agli uffici in ordine alla corretta attività amministrativa. I pareri dell'Avvocatura, in molti casi, sono idonei a prevenire il sorgere di liti in sede giudiziaria o di portare a soluzione liti già iniziate.

La circostanza, poi, che l'Avvocatura, su tutto il territorio nazionale, rappresenta e difende le amministrazioni statali, enti territoriali e molti altri enti ad essi collegati (con esclusione dei Comuni e delle Province) costituisce un osservatorio privilegiato per effettuare indagini statistiche, sicché l'Avvocatura può orientare l'azione amministrativa del Governo, fornendo un ausilio nella formazione delle leggi, nonché nella individuazione di quei settori di contenzioso che possono essere evitati o limitati, in presenza di una pacifica giurisprudenza contraria alla tesi seguita dalla Amministrazione.

#### 5. - ALCUNI DEI NUOVI ENTI DIFESI DALL'AVVOCATURA.

L'Avvocatura ha assunto, negli ultimi quindici anni, il patrocinio di moltissimi nuovi enti, di diversa tipologia, tanto che di recente si è sostenuto che l'Avvocatura dello Stato è anche «il più grande studio legale italiano», in grado di offrire un contributo nella interpretazione delle norme e nella evoluzione del nostro ordinamento statale.

In particolare, si riportano alcuni di questi enti (vi è un elenco più completo sul sito Internet):

a) varie Agenzie (autonome): Agenzia Autonoma Gestione Albo Segretari Comunali e Provinciali (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 settembre 1998, *Gazzetta Ufficiale* 27 novembre 1998, n. 278), le Agenzie Fiscali (D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, *Gazzetta Ufficiale* 30 agosto 1999, n. 203, S.O.), l'Agenzia Nazionale per la Sicurezza del Volo (D.L.gvo 25 febbraio 1999, n. 66, *Gazzetta Ufficiale* 12 marzo 1999, n. 67), l'Agenzia per le Erogozioni in Agricoltura (D.Lgs. n. 165 del 27 maggio 1999, *Gazzetta Ufficiale* 14 giugno 1999, n. 137, Decreto 28 settembre 2000 art. 5 lett. B), l'ARAN — Agenzia Rappresentanza Negoziale Pubbliche Amministrazioni (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri

22 giugno 95, *Gazzetta Ufficiale* 24 luglio 1995, n. 171), l'Agenzia Spaziale Italiana (istituita con legge 30 maggio 1998, n. 186, *Gazzetta Ufficiale* 5 giugno 1998, n. 133; patrocinio con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1 settembre 1999, *Gazzetta Ufficiale* 20 ottobre 1999, n. 247);

*b) enti di tutela dell'ambiente naturale:* Istituto Nazionale per la Fauna Selvatica (legge 11 febbraio 1992, n. 157, *Gazzetta Ufficiale* 25 febbraio 1992, n. 46, S.O.), Enti Parco Nazionale (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 agosto 2001, *Gazzetta Ufficiale* 5 dicembre 2001, n. 283), Ente Parco Nazionale Arcipelago Toscano (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 agosto 2001, *Gazzetta Ufficiale* 5 dicembre 2001, n. 283), Ente Regionale Parco Naturale Veio (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 28 maggio 1999, *Gazzetta Ufficiale* 22 giugno 1999, n. 144);

*c) le autorità indipendenti:* Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (legge 10 ottobre 1990, n. 287, *Gazzetta Ufficiale* 13 ottobre 1990, n. 240), Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (legge 31 luglio 1997, n. 249, *Gazzetta Ufficiale* 31 luglio 1997, n. 177, S.O.), Autorità per i Servizi di Pubblica Utilità, per l'energia Elettrica ed il Gas e per le Telecomunicazioni (legge 14 novembre 1995, n. 481, *Gazzetta Ufficiale* 18 novembre 1995, n. 270, S.O.), Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (art. 4 legge 11 febbraio 1994, n. 109, *Gazzetta Ufficiale* 19 febbraio 1994, n. 41), Commissione di Garanzia per l'attuazione della legge 12 giugno 1990, n. 146 sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge 12 giugno 1990, n. 146, *Gazzetta Ufficiale* 14 giugno 1990, n. 137), Garante per la Radiodiffusione e per l'Editoria (legge 6 agosto 1990, n. 223, *Gazzetta Ufficiale* 9 agosto 1990, n. 185, S.O.), Garante Protezione Dati Personali (legge 31 dicembre 1996, n. 675, *Gazzetta Ufficiale* 8 gennaio 1997, n. 5, S.O., d.P.R. 31 marzo 1998, n. 501, *Gazzetta Ufficiale* 1° febbraio 1999, n. 25, art. 22);

*d) enti culturali:* Centro Sperimentale Cinematografia (d.P.R. 19 luglio 1984, n. 598, *Gazzetta Ufficiale* 24 settembre 1984, n. 263) ora Fondazione Scuola Nazionale Cinema (D.Lgs 18 novembre 1997, n. 426), Istituto Nazionale di Oceanografia e Geofisica (art. 94 della Deliberazione 30 gennaio 2001 n. 15), Accademia Georgofili Firenze (d.P.R. 25 agosto 1995, *Gazzetta Ufficiale*

27 settembre 1995, n. 226), Fondazione Italia-Giappone (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 aprile 2001, *Gazzetta Ufficiale* 20 settembre 2001, n. 219), Fondazioni Enti Lirici (D.LGS. 23 aprile 1998, n. 134, *Gazzetta Ufficiale* 8 maggio 1998, n. 105; vedi legge 14 agosto 1967 n. 800 art. 5 u.c.) vedi ora art. 1 decreto legge 24 novembre 2000, n. 345 con la legge di conversione 25 gennaio 2001, n. 6), Istituto Nazionale per il Dramma Antico (legge 20 marzo 1975, n. 70 ora Fondazione di diritto privato D.Lgs. 29 gennaio 1998, n. 20, *Gazzetta Ufficiale* 12 febbraio 1998, n. 35); Ente nazionale di assistenza e previdenza per i pittori e gli scultori, i musicisti, gli scrittori e gli autori drammatici (ENAPPS) (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 13 febbraio 2003, *Gazzetta Ufficiale* 8 aprile 2003, n. 82);

e) *enti collegati all'economia*: Cassa Conguaglio Zucchero (D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 284, *Gazzetta Ufficiale* 17 agosto 1999, n. 192 che modifica decreto legge 18 gennaio 1993, n. 8, *Gazzetta Ufficiale* 19 gennaio 1993, n. 14, conv. legge 19 marzo 1993, n. 68), Commissione Vigilanza Fondi Pensione (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 marzo 1998, *Gazzetta Ufficiale* 8 giugno 1998, n. 131), CONSOB — Commissione Nazionale per Società e la Borsa (legge 4 giugno 1985, n. 281, *Gazzetta Ufficiale* n. 142/1985), ICE – Istituto Commercio Estero (art. 5-bis legge 25 marzo 1997, n. 68, *Gazzetta Ufficiale* 27 marzo 1997, n. 72, art. 4 legge 28 ottobre 1994, n. 600, *Gazzetta Ufficiale* 29 ottobre 1994, n. 254), Ente Sviluppo dell'irrigazione e la Trasformazione Fondiaria in Puglia, Lucania ed Irpinia (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 aprile 2001, *Gazzetta Ufficiale* 20 settembre 2001, n. 219); Registro Italiano Dighe (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 settembre 2003, *Gazzetta Ufficiale* 17 ottobre 2003, n. 242);

f) *enti e soggetti di diritto internazionale*, cresciuti di numero, che si sono aggiunti agli organi della Comunità Europea, alla Commissione delle Comunità europee ed alla BEI -Banca europea per gli investimenti (d.P.R. 17 febbraio 1981, n. 173, *Gazzetta Ufficiale* 4 marzo 1981, n. 120) ed alla NATO — Comando Forze Alleate Sud Europa e Comandi NATO da esso dipendenti (d.P.R. 9 luglio 1953, n. 693, *Gazzetta Ufficiale* 22 settembre 1953, n. 217): Autorità

Centrale ex art. 3 Convenzione Aja sul rimpatrio dei minori (legge 15 gennaio 1994, n. 64, *Gazzetta Ufficiale* 29 gennaio 1994, n. 23, S.O.), AIEA – Agenzia Internazionale dell’energia Atomica (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 15 dicembre 1994, *Gazzetta Ufficiale* 25 gennaio 1995, n. 20), Commissione per le Adozioni Internazionali (d.P.R. 1 dicembre 1999, n. 492, *Gazzetta Ufficiale* 27 dicembre 1999, n. 302), FAO – *Food And Agriculture Organization* (decreto del Presidente della Repubblica 10 giugno 1989, *Gazzetta Ufficiale* 23 aprile 90, n. 94), *International Labour Office* (d.P.R. 7 febbraio 1990, *Gazzetta Ufficiale* n. 41/1990), UNICRI — *United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute* (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 febbraio 1994, *Gazzetta Ufficiale* 7 aprile 1994, n. 80), UNIDO — *United Nations Institute Development Organization* (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 gennaio 1995, *Gazzetta Ufficiale* 3 febbraio 1995 n. 98), IDLO — *International Development Law Organization* (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 settembre 1998, *Gazzetta Ufficiale* n. 236 del 9 ottobre 1998), Repubblica Senegal per una sola controversia (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 19 luglio 1996, *Gazzetta Ufficiale* 9 agosto 1996, n. 186);

g) *enti di istruzione e ricerca scientifica*: C.N.R. — Consiglio Nazionale Ricerche – per il patrocinio dopo la riforma dell’ente (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 21 maggio 1999, *Gazzetta Ufficiale* 22 giugno 1999, n. 144), Consorzio obbligatorio per l’impianto, la gestione e lo sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica nella provincia di Trieste (d.P.R. 11 dicembre 1990, *Gazzetta Ufficiale* 9 marzo 1991, n. 58), gli EDISU — Enti diritto allo studio di Campobasso (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 agosto 1998, *Gazzetta Ufficiale* 9 ottobre 98, n. 236), di Caserta (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 2 maggio 1996, *Gazzetta Ufficiale* 22 giugno 1996, n. 145), di Lecce (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 9 aprile 1994, *Gazzetta Ufficiale* 29 luglio 1994, n. 176), di Napoli (d.P.R. 27 marzo 1995, *Gazzetta Ufficiale* 14 aprile 1995, n. 88), di Salerno (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 maggio 1994, *Gazzetta Ufficiale* 16 giugno 1994, n. 139), di Cagliari (decreto del

Presidente del Consiglio dei Ministri 21 maggio 1991, *Gazzetta Ufficiale* 6 luglio 1991 n. 257), di Roma (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 28 ottobre 1993, *Gazzetta Ufficiale* 29 dicembre 1993, n. 304), A.CO.STUD. — Azienda Comunale Diritto Studio Universale (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 17 ottobre 1995, *Gazzetta Ufficiale* 16 novembre 1995, n. 268), A.D.I.S.U. Tor Vergata (d.P.R. 28 ottobre 1993, *Gazzetta Ufficiale* 29 dicembre 1993), A.D.I.S.U. di Bologna — Azienda Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di Bologna (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 2 luglio 1998, *Gazzetta Ufficiale* 14 agosto 1998, n. 189), ENEA (ex CNEN) (D.Lgs 30 gennaio 1999, n. 36 *Gazzetta Ufficiale* 25 febbraio 1999, n. 46 di riordino dell'Ente per le nuove tecnologie, l'energia e l'ambiente — ENEA — a norma degli articoli 11, comma 1 e 18, comma 1 della legge 15 marzo 1997, n. 59), Ente Autonomo la Biennale di Venezia, legge 26 luglio 1973, n. 438, *Gazzetta Ufficiale* 27 luglio 1973, n. 193 e legge 13 giugno 1977, n. 324) ora società di cultura la biennale di Venezia (D.Lgs 29 gennaio 1998, n. 19, *Gazzetta Ufficiale* 11 febbraio 1998, n. 34), Ente Autonomo La Triennale di Milano (legge 1 giugno 1990, n. 137, art. 14, 2° comma), Istituto Elettrotecnico Nazionale Galileo Ferraris (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 dicembre 1995, *Gazzetta Ufficiale* 1 febbraio 1996, n. 26), INDAM — Istituto Nazionale di Alta Matematica «Francesco Severi» (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 dicembre 1993, *Gazzetta Ufficiale* 21 gennaio 1994, n. 16 — vedere anche decreto 11 giugno 1999), Osservatorio Geofisico Trieste (legge 11 febbraio 1958, n. 73 e deliberazione 6 febbraio 1995), Osservatorio Vesuviano (decreto direttoriale 5 ottobre 1998), Istituto Nazionale di Astrofisica — INAF (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 agosto 2001, *Gazzetta Ufficiale* 22 novembre 2001, n. 272), ENAM — Ente Nazionale Assistenza Magistrale (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 marzo 1996, *Gazzetta Ufficiale* 23 aprile 1996, n. 95), Istituto Nazionale Fisica Nucleare — INFN (d.P.R. 15 ottobre 1990, *Gazzetta Ufficiale* 10 dicembre 1990, n. 287), Istituto per l'Africa e l'Oriente — ISIAO (legge 25 novembre 1995, n. 505, *Gazzetta Ufficiale* 30 novembre 1995, n. 280) che incorpora l'Istituto per l'Africa (cfr. legge 15

marzo 1956, n. 154 art. 10, *Gazzetta Ufficiale* 30 marzo 1956, n. 76) e l'ISMEO; Istituzioni Scolastiche (Scuole) (d.P.R. 4 agosto 2001, n. 352 recante modifiche al d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275 in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche: art. 1 lett. B)), Istituti Superiori Educazione Fisica ora Istituto universitario di scienze motorie (D.Lgs 8 maggio 1998, n. 178, *Gazzetta Ufficiale* 8 giugno 1998, n. 131);

*h) enti trasformati in società per azioni con partecipazione pubblica:* ANAS — Azienda Nazionale Autonoma Strade Statali, ora Ente Nazionale per le Strade e il CONI — Comitato Olimpico (art. 7 comma 11 e 8 comma 10 della legge 8 agosto 2002, n. 178, di conversione in legge con modifiche del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138), recentissimamente la Cassa e Depositi e Prestiti S.p.A.(cfr D.L.n. 269/03 *cit.*, art. 5 comma 15) e la SACE — Istituto Servizi Assicurativi Commercio Estero S.p.A.(cfr decreto legge n. 269/03 *cit.*, art. 6 comma 15);

*i) enti vari:* Autorità Portuale di Ancona, Bari, Brindisi, Cagliari, Civitavecchia, Genova, La Spezia, Marina di Carrara, Messina, Palermo, Piombino, Taranto e Trieste (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 4 dicembre 1997, G.U, 7 gennaio 1998, n. 4), Aziende ad Ordinamento Autonomo — Patrocinio Dipendenti (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 ottobre 1997 su *Gazzetta Ufficiale* n. 286 del 9 dicembre 1997, art. 37), CRI — Croce Rossa Italiana con personalità di diritto pubblico (cfr. d.P.R. 7 marzo 1997, n. 110 artt. 5 e 39; decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 luglio 2002, n. 208), Ente Nazionale Aviazione Civile (D.Lgvo 25 luglio 1997 n. 250, *Gazzetta Ufficiale* 31 luglio 1997, n. 177), ENAV — Ente Assistenza Volo (legge 21 dicembre 1996, n. 665, *Gazzetta Ufficiale* 30 dicembre 1996, n. 304 — decreto ministeriale 22 aprile 1997, *Gazzetta Ufficiale* 20 gennaio 1998, n. 15), Ente Sardo Acquedotti Fognatura (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 luglio 1993, *Gazzetta Ufficiale* 27 luglio 1993, n. 174), Centro Tecnico di cui all'art. 24 comma 6 legge n. 340/2000 (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 9 dicembre 2000 art. 5), Fondo di Solidarietà per le Vittime dell'usura (d.P.R. 29 gennaio 1997, n. 51), Cassa Ufficiali Esercito (decreto legge 16 novembre 1996, n. 313, conv.



legge 8 agosto 1996, n. 416), Gestione Fondo Indennità Buonuscita Poste Italiane (legge 27 dicembre 1997, n. 449 art. 53, *Gazzetta Ufficiale* 30 dicembre 1997, n. 302), INPDAP (D.Lgs 30 giugno 1994 n. 479, *Gazzetta Ufficiale* 1° agosto 1994, n. 178, che concede il patrocinio dell'Avvocatura limitatamente al giudizio in corso, a mezzo di convenzioni), ISPSEL — Istituto Superiore Previdenza e Sicurezza Lavoro (per il riordino cfr. D.Lgs 29 ottobre 1999, n. 419 *Gazzetta Ufficiale* 15 novembre 1999, n. 268), Istituto Italiano di Medicina Sociale (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 ottobre 2000, *Gazzetta Ufficiale* 6 dicembre 2000, n. 285), Istituto Postelegrafonici (decreto ministeriale 12 giugno 1995, n. 329, *Gazzetta Ufficiale* 5 agosto 1995, n. 182), I.S.T.A.T. — Istituto Centrale Statistica (art. 15 del D.Lgs. 6 settembre 1989, n. 322, *Gazzetta Ufficiale* 22 settembre 1989, n. 222), U.N.I.R.E. — Unione nazionale incremento razze equine (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 aprile 2003, *Gazzetta Ufficiale* 18 giugno 2003).

Roma, 4 dicembre 2003

*Avv. Vincenzo Rago*



# IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

## **Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee dell'anno 2003 emesse in cause cui ha partecipato l'Italia.**

Nel corso dell'anno 2003 la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha emesso 39 sentenze ed una ordinanza decisoria in cause cui ha partecipato l'Italia: 15 pronunce riguardano ricorsi diretti della Commissione CE contro l'Italia e 3 pronunce ricorsi diretti dell'Italia contro la stessa Commissione; 22 pronunce sono state emesse su domande in via pregiudiziale di giudici italiani (14) o di altri Paesi comunitari (8). Altre cause sono state cancellate dal ruolo per sopravvenuta definizione stragiudiziale.

Le pronunce sono le seguenti:

— **9 gennaio 2003**, nella causa C-177/00, *Italia c. Commissione CE*, con la quale la Corte ha respinto un ricorso italiano avverso la decisione della Commissione sulla *liquidazione dei conti FEOGA per gli esercizi 1995/1998*, relativamente a finanziamenti comunitari per restituzioni all'importazione, all'olio di oliva e alla vendita di alcole d'intervento (cont. 17495/00, Avv. Stato M. Fiorilli);

— **9 gennaio 2003**, nella causa C-178/00, *Italia c. Commissione CE*, con la quale la Corte ha respinto il ricorso italiano avverso la decisione della Commissione sulla *liquidazione dei conti FEOGA per l'esercizio 1995*, relativamente ad interventi per cereali, frumento, orzo e granturco (cont. 17490/00, Avv. Stato M. Fiorilli);

— **16 gennaio 2003**, nella causa C-14/00, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato statuito 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 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)» (cont. 5456/00, Avv. Stato O. Fiumara), pubblicata in questa *Rassegna*, 2003, n. 1, p. 48, con nota di O. Fiumara, *Cioccolato e cioccolato puro*;

— **16 gennaio 2003**, nella causa C-388/01, *Commissione CE c. Italia*, con la quale la Corte «riservando agevolazioni tariffarie discriminatorie per l'ingresso ai musei, monumenti, gallerie, scavi archeologici, parchi e giardini monumentali pubblici, concesse da enti locali o decentrati dello Stato unicamente ai cittadini italiani o alle persone residenti nel territorio dei detti enti locali che gestiscono i beni culturali di cui trattasi di età superiore ai sessanta o ai sessantacinque anni, ed escludendo da tali agevolazioni i turisti cittadini di altri Stati membri o i non residenti che soddisfano le stesse condizioni oggettive di età, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 12 CE e 49 CE» (cont. 40634/01, Avv. Stato M. Fiorilli);

— **11 febbraio 2003**, nelle cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brugge*, con la quale è stato statuito che «il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen 14 giugno 1985, tra i governi degli Stati dell'Unione Economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale nei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal pubblico ministero» (cons. 17131/01, Avv. Stato G. Aiello; pubblicata in questa *Rassegna*, 2003, n. 2-3, p. 28, con nota a cura della Direzione Generale per l'Integrazione Europea del Ministero degli Esteri, *Il principio del ne bis in idem nell'accordo di Schengen*);

— **13 febbraio 2003**, nella causa C-131/01, *Commissione CE c. Italia*, dove è stato dichiarato che «mantenendo una regolamentazione che impone ai consulenti in materia di brevetti stabiliti in altri Stati membri di essere iscritti all'albo italiano dei consulenti in materia di brevetti e di avere una residenza o un domicilio professionale in Italia per prestare servizi dinanzi all'Ufficio italiano dei brevetti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 49 CE 55 - CE» (cont. 16712/01, Avv. Stato O. Fiumara);

— **25 febbraio 2003**, nella causa C-59/01, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato parzialmente accolto il ricorso della Commissione diretto a far dichiarare l'inadempimento dell'Italia agli obblighi comunitari per aver istituito e mantenuto in vigore un sistema di blocco delle tariffe applicabile a tutti i contratti di assicurazione della RCA; la Corte ha dichiarato che «avendo istituito e mantenuto in vigore un sistema di blocco delle tariffe applicabile a tutti i contratti di assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, relativi a un rischio situato sul territorio

italiano, senza distinzione fra le compagnie di assicurazione che hanno sede in Italia e quelle che ivi svolgono le proprie attività tramite succursali o in regime di libera prestazione dei servizi, in violazione del principio della libertà tariffaria di cui agli artt. 6, 29, e 39 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/49/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e che modifica le direttive 73/239/CEE e 88/357/CEE (terza direttiva assicurazione non vita), la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva»; la Corte ha invece respinto il ricorso relativamente alla contestazione mossa dalla Commissione relativamente all'obbligo posto a carico delle compagnie di assicurazioni di contribuire al finanziamento della banca dati istituita dalla norma nazionale (cont. 9089/01, Avv. Stato G. De Bellis);

— **27 febbraio 2003**, nella causa C-327/00, *Santex S.p.A. e USL di Pavia*, con la quale è stato dichiarato che «la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di *aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori*, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli *appalti pubblici di servizi*, deve essere interpretata nel senso che essa – una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità – impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità» (cont. 40206/00, Avv. Stato M. Fiorilli);

— **20 marzo 2003**, nella causa C-143/02, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato statuito che «la Repubblica italiana, avendo adottato una normativa di recepimento della direttiva del Consiglio 21 maggio 1992, 92/43/CEE, relativa alla *conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche*, che: — esclude dall'ambito di applicazione delle norme relative alla valutazione dell'incidenza sull'ambiente i progetti, suscettibili di avere significative incidenze sui siti di importanza comunitaria, diversi da quelli elencati nella normativa italiana di recepimento delle direttive sulla valutazione di impatto ambientale; — non prevede l'applicabilità alle zone di protezione speciale dell'obbligo, per le autorità competenti dello Stato membro, di adottare le opportune misure per evitare il degrado degli *habitat* naturali e degli *habitat* di specie nonché la perturbazione delle specie per cui tali zone sono state designate, nella misura in cui tale perturbazione potrebbe avere conseguenze significative per quanto riguarda gli obiettivi della direttiva 92/43; — non prevede l'applicabilità delle misure di conservazione di cui all'art. 6, n. 2, di tale direttiva ai siti di cui all'art. 5, n. 1, della

medesima direttiva; — è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 5, 6 e 7 della direttiva stessa.» (cont. 18073/02, Avv. Stato M. Fiorilli);

— **20 marzo 2003**, nella causa 378/01, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato dichiarato che «la Repubblica italiana, non avendo classificato in misura sufficiente come zone di protezione speciale i territori più idonei, per numero e per superficie, alla conservazione delle specie di cui all'allegato I della direttiva del Consiglio 2 aprile 1979, 79/409/CEE, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, e successive modifiche, e delle altre specie migratrici che ritornano regolarmente in Italia, e non avendo comunicato alla Commissione tutte le informazioni opportune in merito alla maggior parte delle dette zone da essa classificate, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù dell'art. 4, nn. 1-3, della predetta direttiva» (cont. 40597/01, Avv. Stato M. Fiorilli);

— **10 aprile 2003**, nella causa C-65/01, *Commissione CE c. Italia*, dove è stato dichiarato che «non adottando le disposizioni legislative e regolamentari necessarie per recepire nell'ordinamento interno taluni requisiti minimi vincolanti della direttiva del Consiglio 30 novembre 1989, 89/655/CEE, relativa ai requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso di *attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori durante il lavoro* (seconda direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE), come modificata dalla direttiva del Consiglio 5 dicembre 1995, 95/63/CE, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incumbenti ai sensi dell'art. 4, n. 1, e dell'allegato I, punti 2.1, sesta frase, 2.2, seconda frase, 2.3, terza e quarta frase, e 2.8, seconda frase, dal secondo al quinto trattino, della detta direttiva» (cont. 9088/01, Avv. Stato D. Del Gaizo);

— **8 maggio 2003**, nella cause riunite C-328/1999 e C-399/00, *Italia e SIM 2 Multimedia S.p.A. c. Commissione CE*, con la quale la Corte ha respinto in parte il ricorso italiano con il quale si era impugnata la decisione della Commissione che aveva qualificato aiuti di Stato alcune operazioni finanziarie adottate dalla REL - Ristrutturazione Elettronica S.p.A. e da altri enti per il salvataggio della impresa Seleco S.p.A., operante sul mercato dell'elettronica di consumo, mentre lo ha accolto nel punto riguardante il recupero dell'aiuto nei confronti della società Multimedia, succeduta in un settore operativo della Seleco stessa (cont. 2320/1999, Avv. Stato O. Fiumara);

— **20 maggio 2003**, nella causa C-108/01, *Consorzio del prosciutto di Parma e Salamificio S. Rita c. Asda Stores Ltd e Hygrade Foods Ltd*, con la quale la Corte, in relazione a controversia sulla commercializzazione del prosciutto di Parma affettato, ha affermato che: — «il regolamento (CEE) del Consiglio 14 luglio 1992, n. 2081, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, modificato dall'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei Trattati sui quali si fonda l'Unione europea, dev'essere interpretato nel senso che non si oppone a che l'uso di una denominazione di origine protetta sia subordinato a una condizione di realizzazione, nella zona

di produzione, di operazioni quali l'affettamento e il confezionamento del prodotto, qualora una tale condizione sia prevista nel disciplinare; — il fatto di subordinare l'uso della denominazione di origine protetta «prosciutto di Parma» per il prosciutto commercializzato a fette alla condizione che le operazioni di affettamento e di confezionamento siano effettuate nella zona di produzione costituisce una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'esportazione ai sensi dell'art. 29 CE, ma può essere considerato giustificato e quindi compatibile con quest'ultima disposizione; — tuttavia, la condizione di cui trattasi non è opponibile agli operatori economici, se non è stata portata a loro conoscenza mediante una pubblicità adeguata nella normativa comunitaria» (cont. 29622/01, Avv. Stato O. Fiumara; la sentenza è pubblicata in *questa Rassegna*, 2003, n. 2-3, p. 34, con nota di O. Fiumara, *La tutela dei prodotti alimentari di qualità dinanzi ai giudici comunitari: le operazioni in loco di affettamento del Prosciutto di Parma e di grattugia del Grana Padano*);

— **20 maggio 2003**, nella causa C-469/00, *soc. Ravil c. Bellon e Biraghi*, con la quale la Corte ha dichiarato, a proposito di controversia riguardante la commercializzazione del *formaggio Grana Padano grattugiato*, con la quale la Corte ha statuito che: «— per quanto riguarda il periodo precedente l'entrata in vigore del regolamento (CE) della Commissione 12 giugno 1996, n. 1107, relativo alla registrazione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine nel quadro della procedura di cui all'articolo 17 del regolamento (CEE) n. 2081/1992 del Consiglio, l'art. 29 CE deve essere interpretato nel senso che non si oppone a che una convenzione conclusa fra due Stati membri A e B, quale la convenzione tra la Repubblica francese e la Repubblica italiana per la protezione delle denominazioni di origine, delle indicazioni di provenienza e delle denominazioni di alcuni prodotti, sottoscritta a Roma il 28 aprile 1964, renda applicabile nello Stato membro A una normativa nazionale dello Stato membro B, come quella cui si riferisce il giudice nazionale, in forza della quale la denominazione di origine di un formaggio, protetta nello Stato membro B, è riservata, per il formaggio commercializzato grattugiato, a quello grattugiato e confezionato nella zona di produzione; — il regolamento (CEE) del Consiglio 14 luglio 1992, n. 2081, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, modificato dall'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e agli adattamenti dei Trattati sui quali si fonda l'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che non si oppone a che l'uso di una denominazione di origine protetta sia subordinato a una condizione di realizzazione, nella zona di produzione, di operazioni quali la grattugiatura e il confezionamento del prodotto, qualora una tale condizione sia prevista nel disciplinare; — il fatto di subordinare l'uso della DOP «Grana Padano» per il formaggio commercializzato grattugiato alla condizione che le operazioni di grattugiatura e di confezionamento siano effettuate nella zona di produzione costituisce una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'esportazione ai sensi dell'art. 29 CE, ma può essere considerato giustificato e quindi compatibile con quest'ultima disposi-

zione; — tuttavia, la condizione di cui trattasi non è opponibile agli operatori economici, se non è stata portata a loro conoscenza mediante una pubblicità adeguata nella normativa comunitaria. Nondimeno, il principio di certezza del diritto non esclude che questa condizione sia considerata dal giudice nazionale opponibile ad operatori che abbiano avviato un'attività di grattugiatura e di confezionamento del prodotto nel corso del periodo precedente l'entrata in vigore del regolamento n. 1107/1996, qualora questo giudice ritenga che, nel corso di tale periodo, il decreto 4 novembre 1991 fosse applicabile in forza della convenzione tra la Repubblica francese e la Repubblica italiana, di cui sopra, ed opponibile ai soggetti interessati in forza delle norme nazionali in materia di pubblicità» (cont. 18131/01, Avv. Stato O. Fiumara; anche questa sentenza pubblicata in *questa Rassegna*, 2003, n. 2-3, p. 36);

— **20 maggio 2003**, nella causa C-111/01, *Gantner Electronic GmbH c. Bosch Exploitatie Maatschappij BV*, con la quale la Corte ha statuito che «l'art. 21 della *Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale* e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, come modificata dalla *Convenzione 9 ottobre 1978* relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla *Convenzione 25 ottobre 1982*, relativa all'adesione della Repubblica ellenica, dalla *Convenzione 26 maggio 1989*, relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese, e dalla *Convenzione 29 novembre 1996*, relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia, deve essere interpretato nel senso che, per stabilire se due domande proposte davanti a giudici di Stati contraenti differenti e tra le stesse parti abbiano il medesimo oggetto, sono determinanti unicamente le domande dei rispettivi attori, con l'esclusione dei mezzi di difesa fatti valere da un convenuto» (cont. 27058/01, Avv. Stato O. Fiumara);

— **5 giugno 2003**, nella causa C-145/01, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato irricevibile un ricorso della Commissione che rilevava l'inadempimento italiano riguardo a particolari aspetti della direttiva 77/187/CEE (trasferimento automatico dal cedente al cessionario dei contratti e rapporti di lavoro nelle *imprese oggetto di concordato preventivo*), avendo rilevato diversità fra il parere motivato ed il conseguente ricorso da una parte e la precedente lettera di diffida alle autorità nazionali dall'altra (cont. 17075/01, Avv. Stato M. Fiorilli).

— **12 giugno 2003**, nella causa C-112/00, *Schmidberger c. Repubblica austriaca*, con la quale la Corte ha dichiarato, in tema di *libertà di riunione e libera circolazione delle merci*, che «il fatto che le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato una manifestazione nelle circostanze di cui alla causa principale non è incompatibile con gli artt. 30 e 34 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 28 CE e 30 CE), letti in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato CE (divenuto art. 10 CE)» (cont. 26731/00, Avv. Stato O. Fiumara: la sentenza è pubblicata in *questa Rassegna*, 2003, n. 2-3, p. 45, con nota di O. Fiumara, *Un blocco autostradale per motivi ambientali: libertà di riunione e libertà di traffico*);



— **12 giugno 2003**, nella causa C-363/00, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte, in relazione al *ritardato accreditamento per alcuni giorni* (dal 30 maggio al 27 giugno 1996) di risorse proprie comunitarie ha dichiarato che «non avendo messo a disposizione della Commissione delle Comunità europee l'importo di ITL 1.484.936.000.000 a titolo di risorse proprie entro il termine previsto dagli articoli 9 e 10 del regolamento (CE, Euratom) del consiglio 22 maggio 2000, n. 1150, recante applicazione della decisione 94/728/CE, Euratom, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità, e rifiutando di pagare gli interessi di mora dovuti su tale importo ai sensi dell'art. 11 dello stesso regolamento, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi imposti dagli artt. 9, 10 e 11 del regolamento n. 1150/2000, che dal 31 maggio 2000 ha abrogato e sostituito il regolamento (CE, Euratom) del Consiglio 29 maggio 1989, n. 152, recante applicazione della decisione 88/376/CEE, Euratom, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità, avente identico oggetto (cont. 36402/00, Avv. Stato G. De Bellis).

— **19 giugno 2003**, nella causa C-420/01, *Commissione CE c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana, applicando alle *bevande fabbricate e messe in commercio in altri Stati membri* un regime che vieta la commercializzazione in Italia di bevande energetiche il cui *contenuto di caffeina sia superiore ad un certo limite*, senza dimostrare perché tale limite sia necessario e proporzionato in vista della tutela della salute umana, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 28 CE e 30 CE» (cont. 43359/01, Avv. Stato M. Fiorilli);

— **19 giugno 2003**, nella causa C-467/01, *Ministero delle Finanze c. Eri-brand S.p.A.*, con la quale la Corte ha statuito che: «Il regolamento (CEE) della Commissione 27 novembre 1987, n. 3665, recante modalità comuni di applicazione del regime delle restituzioni all'esportazione per i prodotti come modificato dal regolamento (CE) della Commissione 26 luglio 1994, n. 1829, non fissa alcun limite alla durata dei termini supplementari che possono essere concessi all'esportatore in forza dell'art. 47, n. 4, di questo regolamento. Spetta alle autorità nazionali competenti fissare la durata di questi termini in funzione delle circostanze specifiche di ogni caso, tenendo conto in particolare della diligenza dimostrata dall'esportatore che chiede il beneficio di un termine supplementare, della natura delle difficoltà obiettive da lui incontrate e del periodo di tempo ragionevolmente necessario per superare tali difficoltà (cont. 4899/02, Avv. Stato I.M. Braguglia);

— **19 giugno 2003**, nella causa C-34/02, *Pasquini c. INPS*, dove è stato statuito che: «- Poiché il regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei *regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari* che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1994 n. 118, assicura solo il coordinamento delle normative nazionali in materia di previdenza sociale, si applica il diritto nazionale ad una situazione derivante dal pagamento indebito a causa del superamento del reddito massimo autorizzato di un'integrazione di pensione effettuato a un interessato che, in ragione della sua affiliazione a regimi di previdenza

sociale di vari Stati membri, percepisce più pensioni. Il termine di due anni figurante negli artt. 94, 95, 95-bis e 95-ter, del regolamento n. 1408/1971, come modificato, non può essere applicato per analogia a una siffatta situazione; – il diritto nazionale deve tuttavia rispettare il principio comunitario di equivalenza, il quale esige che le modalità procedurali di trattamento di situazioni che trovano la loro origine nell'esercizio di una libertà comunitaria non siano meno favorevoli di quelle aventi ad oggetto il trattamento di situazioni puramente interne, nonché il principio comunitario di effettività che esige che le dette modalità procedurali non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti risultanti dalla situazione di origine comunitaria. – Tali principi si applicano all'insieme delle modalità procedurali di trattamento di situazioni che trovano la loro origine nell'esercizio di una libertà comunitaria, indipendentemente dal fatto che le dette modalità siano di natura amministrativa o giudiziaria, come le norme nazionali in materia di prescrizione e di ripetizione dell'indebitito o quelle che impongono alle istituzioni competenti di prendere in considerazione la buona fede degli interessati o di controllare regolarmente la loro posizione pensionistica» (cons. 7891/02, Avv. Stato A. Cingolo);

— **24 luglio 2003** (ordinanza ai sensi dell'art. 104 n. 3 reg. proc.), nella causa C-297/01, *Sicilcassa S.p.A. c. IRA Costruzioni*, con la quale, in tema di *amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi* la Corte ha statuito che: «1. — Un regime transitorio quale quello previsto dall'art. 106 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, contenente una nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, che proroga l'efficacia di un regime nuovo di aiuti di Stato, non notificato alla Commissione delle Comunità europee e dichiarato incompatibile con il diritto comunitario, costituisce esso stesso un regime nuovo di aiuti di Stato ai sensi degli artt. 87 CE e 88 CE. 2. — Le questioni dirette ad ottenere dalla Corte la valutazione della compatibilità con il mercato comune di un regime transitorio quale quello previsto dall'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999 sono irricevibili» (cont. 45027/01, Avv. Stato O. Fiumara: l'ordinanza è pubblicata in *questa Rassegna, infra*, p. 40, con nota di O. Fiumara, *L'amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi e il diritto comunitario*);

— **9 settembre 2003**, nella causa C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia S.p.A. c. Presidenza Consiglio Ministri*, con la quale la Corte, in tema di *prodotti (nella specie granturco) geneticamente modificati*, ha statuito che: «1. — L'art. 3, n. 4, primo comma, del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 27 gennaio 1997, n. 258, sui nuovi prodotti e i nuovi ingredienti alimentari, dev'essere interpretato nel senso che la mera presenza, all'interno di nuovi prodotti alimentari, di residui di proteine transgeniche a determinati livelli non osta a che tali prodotti alimentari siano considerati come sostanzialmente equivalenti a prodotti alimentari esistenti e, pertanto, non osta al ricorso alla procedura semplificata per l'immissione sul mercato di detti nuovi prodotti alimentari. Ciò tuttavia non vale qualora le conoscenze scientifiche disponibili all'epoca della valutazione iniziale permettano di individuare l'esistenza di un rischio di effetti potenzialmente pericolosi

per la salute umana. Spetta al giudice del rinvio verificare se sia soddisfatta tale condizione. 2. — In linea di principio, la questione della regolarità del ricorso alla procedura semplificata di immissione sul mercato di nuovi prodotti alimentari, prevista dall'art. 5 del regolamento n. 258/1997, non incide sul potere degli Stati membri di adottare misure ai sensi dell'art. 12 del citato regolamento, quale il decreto 4 agosto 2000, di cui trattasi nella causa principale. Poiché la procedura semplificata non implica alcun consenso, ancorché tacito, della Commissione, uno Stato membro non è tenuto, al fine di adottare tali misure, a mettere previamente in discussione la legittimità di tale consenso. Tuttavia, tali misure possono essere adottate solamente se lo Stato membro ha previamente svolto una valutazione dei rischi quanto più possibile completa, tenuto conto delle circostanze specifiche del caso di specie, valutazione da cui risulti che, con riferimento al principio di precauzione, l'attuazione di tali misure è necessaria a garantire, ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo trattino, del regolamento n. 258/1997, che i nuovi prodotti alimentari non presentano rischi per il consumatore. 3. — L'esame della quarta questione non ha messo in luce alcun elemento atto a inficiare la validità dell'art. 5 del regolamento n. 258/1997, per quanto riguarda in particolare il presupposto applicativo di tale disposizione relativo all'equivalenza sostanziale, ai sensi dell'art. 3, n. 4, primo comma, di tale regolamento» (cont. 32575/01, Avv. Stato M. Fiorilli);

— **11 settembre 2003**, nella causa C-207/01, *Altair Chimica S.p.A. c. ENEL*, con la quale si è statuito che «gli artt. 81 CE, 82 CE e 85 CE, nonché la direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/12/CEE, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa, quale modificata dalla direttiva del Consiglio 30 dicembre 1996, 96/99/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una normativa nazionale che prevede il *prelievo di sovrapprezzi sull'energia elettrica* quali quelli di cui alla causa principale quando detta energia è utilizzata in un processo elettrochimico e che la raccomandazione del Consiglio 27 ottobre 1981, 81/924/CEE, concernente le strutture tariffarie per l'energia elettrica nella Comunità, non può impedire ad uno Stato membro di prelevare sovrapprezzi di tal genere» (cont. 32823/01, Avv. Stato G. De Bellis);

— **11 settembre 2003**, nella causa C-22/02, *Commissione CE c. Italia*, con la quale è stato dichiarato che «la Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 dicembre 1999, 1999/94/CE, relativa alla disponibilità di informazioni sul risparmio di carburante e sulle emissioni di CO<sub>2</sub> da fornire ai consumatori per quanto riguarda la *commercializzazione di autovetture nuove*, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù di tale direttiva» (cont. 8665/02, Avv. Stato A. De Stefano);

— **11 settembre 2003**, nella causa C-13/01, *Safalcro S.r.l. c. Prefetto di Genova*, con la quale la Corte ha dichiarato che «il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai cittadini dall'ordinamento giuridico comunitario dev'essere interpretato nel senso che esso, in una situazione

quale quella oggetto della causa principale, non osta a una normativa nazionale ai sensi della quale l'importatore non ha la possibilità di presentare un ricorso giurisdizionale contro un *provvedimento di sequestro delle merci vendute* a un rivenditore al minuto, adottato dalla Pubblica Amministrazione nei confronti di quest'ultimo, quando tale importatore dispone di un rimedio giurisdizionale idoneo ad assicurargli il rispetto dei diritti attribuitigli dall'ordinamento comunitario» (cont. 9498/01, Avv. Stato M. Fiorilli);

— **18 settembre 2003**, nelle cause riunite C-292/01 e C-293/01, *Albacorn S.p.A. e Infostrada S.p.A. c. Ministeri economia, delle finanze e delle comunicazioni*. Le disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 10 aprile 1997, 97/13/CE, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, in particolare l'art. 11 della medesima, vietano agli Stati membri di imporre alle imprese titolari di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, per il solo fatto che detengono tali licenze, prestazioni pecuniarie come quelle in esame nelle cause principali, diverse e supplementari rispetto a quelle consentite da tale direttiva» (nella specie era in questione un decreto interministeriale che assoggettava le società titolari delle licenze al pagamento di un contributo calcolato in base ad una percentuale del loro fatturato) (cont. 34822/01 e 34825/02, Avv. Stato M. Fiorilli);

— **25 settembre 2003**, nella causa C-58/01, *Océ Van der Grinten*, con la quale la Corte, riguardo all'imposta sulle società, ha dichiarato che: «1. — Un'imposizione come il prelievo del 5% previsto dalla convenzione sulla doppia imposizione, oggetto del procedimento principale, costituisce, nella misura in cui colpisce i dividendi versati dalla società controllata con sede nel Regno Unito alla sua società capogruppo con sede in un altro Stato membro, una ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti da una società controllata alla propria società capogruppo ai sensi dell'art. 5, n. 1, della direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, 90/435/CEE, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi. Per contro, nella misura in cui colpisce il credito d'imposta cui tale distribuzione di dividendi dà diritto nel Regno Unito, la detta imposizione non costituisce una ritenuta alla fonte vietata dall'art. 5, n. 1, della direttiva. 2. — L'art. 7, n. 2, della direttiva 90/435/CEE, va interpretato nel senso che consente un'imposizione come il prelievo del 5% previsto dalla convenzione sulla doppia imposizione oggetto del procedimento principale anche se tale prelievo, in quanto si applica ai dividendi versati dalla società controllata alla sua società capogruppo, costituisce una ritenuta alla fonte ai sensi dell'art. 5, n. 1, della medesima direttiva. 3. — Dall'esame della terza questione non sono emersi vizi di forma o di procedura idonei ad inficiare la validità dell'art. 7, n. 2, della direttiva suddetta (cont. 27060/01, Avv. Stato G. De Bellis).

— **25 settembre 2003**, nella causa C-437/01, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte dichiara e statuisce che «la Repubblica italiana, mantenendo in vigore, con l'art. 62, primo comma, del decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504, dal titolo "Testo unico delle disposizioni legislative concernenti le imposte sulla produzione e sui consumi e relative sanzioni penali e amministrative", un'imposta sul consumo degli oli lubrificanti alla scadenza

del termine stabilito nel parere motivato, ha violato gli obblighi ad essa imposti dall'art. 3, n. 2, della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/12/CEE, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa e dall'art. 8, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/81/CEE, relativa all'armonizzazione delle strutture delle accise sugli oli minerali, come modificata dalla direttiva del Consiglio 22 dicembre 1994, 94/74/CE.» (cont. 44893/01, Avv. Stato G. Aiello).

— **2 ottobre 2003**, nella causa C-12/02, *Grilli*, con la quale la Corte ha dichiarato che «l'art. 29 CE osta a che una normativa di uno Stato membro vieti ad un cittadino di un altro Stato membro, sotto minaccia di sanzioni penali quali una pena detentiva o un'ammenda, di avviare verso tale altro Stato un veicolo acquistato nel primo Stato membro, sul quale siano apposte targhe di immatricolazione provvisorie rilasciate, ai fini dell'esportazione del veicolo verso tale altro Stato membro, dalle autorità competenti di quest'ultimo, se la detta normativa è tale da restringere le correnti di esportazione, crea una differenza di trattamento tra il commercio interno di uno Stato e il suo commercio esterno, è all'origine di un vantaggio per il commercio nazionale a detrimento di quello di un altro Stato membro, qualora tale normativa non possa essere giustificata ai sensi dell'art. 30 CE. Spetta al giudice nazionale verificare se ciò avvenga nella fattispecie oggetto della causa principale.» (cons. 5304/02, Avv. D. Del Gaizo).

— **2 ottobre 2003**, nella causa C-348/02, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 11 marzo 1999, 1999/13/CE, sulla limitazione delle emissioni di composti organici volatili dovute all'uso di solventi organici in talune attività e in taluni impianti, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 15 della stessa» (cont. 38109/92, Avv. Stato M. Fiorilli).

— **16 ottobre 2003**, nella causa C-455/01, *Commissione c. Italia*, dove la Corte ha dichiarato che «Mantenendo in vigore una legislazione che subordina la *commercializzazione di prodotti* non ancora totalmente armonizzati, *destinati all'impiego su navi mercantili battenti bandiera italiana*, al rilascio di un certificato di conformità da parte di un istituto nazionale — limitando eventualmente al solo titolare il diritto di commercializzare i suddetti prodotti — e non riconoscendo la validità delle prove effettuate conformemente alle norme internazionali da organismi accreditati negli altri Stati membri, anche quando i dati sono posti a disposizione dell'autorità competente e dai certificati emerge che i materiali garantiscono un livello di sicurezza equivalente a quello che devono soddisfare i prodotti italiani, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù dell'art. 28 CE.» (cont. 47785/01, Avv. Stato M. Fiorilli).

— **16 ottobre 2003**, nella causa C-32/02, *Commissione CE c. Italia*, con la quale la Corte ha statuito che «La Repubblica italiana, non adottando le disposizioni necessarie relative ai datori di lavoro che nell'ambito delle loro attività non perseguono fini di lucro, è venuta meno agli obblighi ad essa

incombenti in forza della direttiva del Consiglio 20 luglio 1998, 98/59/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di *licenziamenti collettivi*» (cont. 8666/02, Avv. Stato M. Mari);

— **6 novembre 2003**, nella causa C-243/01, *Gambelli*, con la quale la Corte, in tema di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, ha statuito che «una normativa nazionale contenente divieti — penalmente sanzionati — di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, ad eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi.» (cont. 36220/01, Avv. Stato A. Cingolo; la sentenza è pubblicata in questa *Rassegna*, *infra*, p. 53, con nota di A. Cingolo, *La raccolta di scommesse su eventi sportivi: usi e abusi*).

— **13 novembre 2003**, nella causa C-313/01, *Stix-Hacke*, con la quale la Corte ha stabilito che «il diritto comunitario si oppone al rifiuto da parte delle autorità di uno Stato membro di iscrivere, nel registro di coloro che effettuano il periodo di pratica necessario per essere ammessi alla professione di avvocato, il titolare di una laurea in giurisprudenza conseguita in un altro Stato membro per il solo motivo che non si tratta di una laurea in giurisprudenza conferita, confermata o riconosciuta come equivalente da un'università del primo Stato» (cont. 39627/01, Avv. Stato G. Fiengo; la sentenza è pubblicata in questa *Rassegna*, *infra*, p. 59, con nota di A. Cingolo, *Titolo di studio estero e ammissione alla pratica forense in Italia*).

— **27 novembre 2003**, nelle cause riunite C-34/01 e C-38/01, *Enirisorse c. Ministero delle finanze*, con la quale la Corte, in tema di *aiuti di Stato*, in occasione di una controversia riguardante *tasse portuali richieste per operazioni di carico e scarico nel porto di Cagliari* dall'Azienda dei mezzi meccanici e dei magazzini, ente pubblico economico sottoposto a vigilanza ministeriale, ha statuito che: «Una misura mediante la quale uno Stato membro devolve ad un'impresa pubblica una rilevante quota di un tributo, quale la tassa portuale controversa nelle cause principali, deve essere considerata aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 87, n. 1, CE), in quanto incide sugli scambi tra Stati membri, qualora: — la devoluzione del tributo non sia connessa ad una missione di servizio pubblico chiaramente definita, e/o — il calcolo della compensazione che si asserisce necessaria allo svolgimento della detta missione non sia stato effettuato sulla base di parametri previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che tale compensazione comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa pubblica interessata rispetto a imprese concorrenti. Non solo la devoluzione di una parte del tributo all'impresa pubblica, ma anche la riscossione in capo agli utenti della parte corrispondente all'importo così attribuito possono costituire un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune. In mancanza di notifica di tale aiuto, spetta

al giudice nazionale prendere tutti i provvedimenti necessari, in conformità del suo diritto nazionale, per impedire sia la devoluzione di una parte del tributo alle imprese beneficiarie sia la riscossione dello stesso. Il carattere eventualmente illegittimo della riscossione e della devoluzione della tassa portuale riguarda solamente la parte del gettito del tributo devoluta all'impresa pubblica e non riguarda il tributo nella sua interezza. Un tributo quale la tassa portuale controversa nelle cause principali costituisce un'imposizione interna ai sensi dell'art. 95 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 90 CE) che non rientra nella sfera di applicazione degli artt. 12 e 30 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 25 CE e 28 CE). In mancanza di qualsiasi discriminazione nei confronti dei prodotti provenienti da altri Stati membri, la misura mediante la quale uno Stato membro prevede la riscossione di tale tributo e la devoluzione di una quota rilevante del gettito dello stesso ad un'impresa pubblica, senza che all'importo così attribuito corrisponda un servizio effettivamente reso da quest'ultima, non viola le disposizioni del citato art. 95». (cont. 22959/01, Avv. Stato G. Aiello).

— **27 novembre 2003**, nella causa C-283/01, *Shield Mark BV c. Joost Kist h.o.d.n. Meme*, con la quale la Corte, in tema di *tutela del marchio*, ha statuito che: «1. — L'art. 2 della prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, deve essere interpretato nel senso che i segni sonori devono poter essere considerati come marchi quando siano idonei a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese e siano suscettibili di riproduzione grafica. 2. — L'art. 2 della direttiva 89/104 deve essere interpretato nel senso che può costituire un marchio un segno che di per sé non è suscettibile di essere percepito visivamente, a condizione che esso possa essere oggetto di una rappresentazione grafica, in particolare mediante figure, linee o caratteri, che sia chiara, precisa, di per sé completa, facilmente accessibile, intellegibile, durevole ed oggettiva.

Con riguardo a un segno sonoro, tali requisiti non sono soddisfatti quando il segno venga rappresentato graficamente mediante una descrizione che si avvalga del linguaggio scritto, come l'indicazione che il segno è costituito dalle note che compongono un'opera musicale conosciuta o l'indicazione che esso consiste nel verso di un animale, o mediante una semplice onomatopea senza ulteriori precisazioni, ovvero mediante una sequenza di note musicali senza ulteriori precisazioni. Per contro, tali requisiti sono soddisfatti quando il segno venga rappresentato mediante un pentagramma diviso in battute in cui figurino, in particolare, una chiave, note musicali e pause la cui forma indichi il valore relativo e, eventualmente, alterazioni» (cont. 44143/01, Avv. Stato O. Fiumara);

— **9 dicembre 2003**, nella causa C-116/01, *Gasser c. Misat*, con la quale la Corte, in ordine alla *interpretazione della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale*, ha statuito quanto segue: «1. — Un giudice nazionale può, in forza del protocollo 3 giugno 1971 relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della convenzione 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, come modificato dalla convenzione 9 ottobre

1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla convenzione 25 ottobre 1982 relativa all'adesione della Repubblica ellenica, dalla convenzione 26 maggio 1989 relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese e dalla convenzione 29 novembre 1996 relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia, sottoporre alla Corte una domanda d'interpretazione di questa convenzione, nonostante essa si basi su affermazioni di una parte nella causa principale di cui il detto giudice non ha ancora verificato la fondatezza, qualora ritenga, tenuto conto della particolarità della causa, che una pronuncia pregiudiziale sia necessaria per poter emettere la sua sentenza e le questioni pregiudiziali che sottopone alla Corte siano pertinenti. Spetta ad esso tuttavia fornire a quest'ultima elementi di fatto e di diritto che le consentano di dare un'interpretazione della detta convenzione che sia utile nonché di indicare i motivi per cui ritiene che una soluzione delle sue questioni sia necessaria per la definizione della controversia. 2. — L'art. 21 della convenzione 27 settembre 1968 dev'essere interpretato nel senso che il giudice successivamente adito e la cui competenza è stata fatta valere in forza di una clausola attributiva di competenza deve tuttavia sospendere il procedimento finché il giudice preventivamente adito si sia dichiarato incompetente. 3. — L'art. 21 della convenzione 27 settembre 1968 dev'essere interpretato nel senso che non si può derogare alle sue disposizioni allorché, in generale, la durata dei procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato contraente, in cui ha sede il giudice preventivamente adito, è eccessivamente lunga (cont. 31721/02, Avv. Stato O. Fiumara; la sentenza è pubblicata in *questa Rassegna*, *infra*, p. 64, con nota di O. Fiumara, *La competenza del giudice preventivamente adito nella convenzione di Bruxelles: irrilevanza di una durata eccessivamente lunga del processo*);

— **9 dicembre 2003**, nella causa C-129/00, *Commissione CE c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «non avendo modificato l'art. 29, secondo comma, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, intitolata «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1990)», che viene interpretato e applicato in sede amministrativa e da una parte significativa degli organi giurisdizionali – compresa la Corte suprema di cassazione – in modo tale da rendere *l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario* eccessivamente difficile per il contribuente, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CE» (cont. 15023/00, Avv. Stato I.M. Braguglia).



## L'amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi e il diritto comunitario

(Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sezione quinta, ordinanza 24 luglio 2003, nella causa C-297/01).

All'epoca dei fatti di causa era vigente in Italia la cosiddetta «legge Prodi» (decreto legge 30 gennaio 1979, n. 26 contenente «*provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*» convertito con modificazioni nella legge 3 aprile 1979, n. 95, più volte in seguito modificata).

Con la sentenza 17 giugno 1999, nella causa C-295/1997, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Piaggio*, in *Racc.* 3735, la Corte di giustizia, confermando in relazione al Trattato CE quanto già statuito in relazione al Trattato CEECA con sentenza 1° dicembre 1998, nella causa C-200/1997, *Ecotrade* (entrambe le sentenze in questa *Rassegna*, 1999, 327, con nota di O. Fiumara) ha dichiarato che «... *l'applicazione ad un'impresa di un regime come quello istituito dalla legge italiana 3 aprile 1979, n. 95, e derogatorio alle regole normalmente vigenti in materia di fallimento dà luogo alla concessione di un aiuto di Stato, ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato allorché è dimostrato che questa impresa:*

- *è stata autorizzata a continuare la sua attività economica in circostanze in cui tale eventualità sarebbe stata esclusa nell'ambito dell'applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento, o*

- *ha beneficiato di uno o più vantaggi, quali una garanzia di Stato, un'aliquota d'imposta ridotta, un'esenzione dall'obbligo di pagamento di ammende e altre sanzioni pecuniarie o una rinuncia effettiva, totale o parziale, ai crediti pubblici, dei quali non avrebbe potuto usufruire un'altra impresa insolvente nell'ambito dell'applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento».*

Quasi nello stesso tempo, in attuazione della legge delega 30 luglio 1998, n. 274, è stato emesso in Italia il decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270, contenente «*nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*»: con tale disciplina si è inteso, da un lato, mettere la normativa al passo con il mutar del tempo e l'acquisizione delle esperienze applicative e, da un altro lato, eliminare qualsiasi elemento di contrasto con la normativa comunitaria, tenendo conto di tutto quanto veniva emergendo sia dalle statuizioni della Corte sia dalle contestazioni mosse dalla Commissione delle C.E. nel corso di specifica procedura di infrazione. Pur abrogando specificamente la precedente normativa, il nuovo decreto legislativo ha precisato, fra l'altro, nell'art. 106, primo comma, che «...*le procedure di amministrazione straordinaria in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto continuano ad essere regolate dalle disposizioni anterior-*

mente vigenti, anche per quanto attiene al successivo assoggettamento ad amministrazione straordinaria delle società o imprese controllate...». È poi intervenuto l'art. 7 della legge 12 dicembre 2002 n. 273, contenente «*misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza*», il quale, pur mantenendo la vigenza del suddetto art. 106, ha precisato da una parte che è comunque esclusa la possibilità della estensione delle procedure esistenti ad altre imprese del gruppo e dall'altra che le procedure in corso proseguono nella gestione liquidatoria secondo le norme della liquidazione coatta amministrativa.

Con decisione 16 maggio 2000 (2001/212/CE) «*concernente il regime di aiuto posto in essere dall'Italia in favore delle grandi imprese in crisi (legge n. 95/1979 di conversione del d.l. 26/1979 recante interventi urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi)*», la Commissione delle Comunità europee, chiudendo la procedura di infrazione aperta nei confronti dell'Italia, preso atto della nuova normativa italiana, ha ritenuto illegittimo e incompatibile con il mercato comune il regime di cui alla precedente normativa ma ha altresì ritenuto che non vi è motivo di ingiungere all'Italia di procedere al recupero presso le imprese beneficiarie degli aiuti concessi, in applicazione del principio del legittimo affidamento.

Nel frattempo il regolamento CE del Consiglio n. 1346/2000 del 29 maggio 2000, *relativo alle procedure di insolvenza*, ha ricompreso l'amministrazione straordinaria italiana fra le procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore (all. A in relazione agli articoli 1 e 2).

In questo quadro si è pronunciata la Corte, con mera ordinanza ai sensi dell'art. 104, n. 3 del regolamento di procedura, considerato che la risposta ai quesiti posti dal giudice nazionale non dava adito a dubbi ragionevoli.

Invero l'art. 106 del decreto legislativo 270/1999 non avrebbe derogato né sul piano formale né sul piano sostanziale alle norme comunitarie sugli aiuti di Stato, né, in particolare, alla decisione della Commissione 2001/212 sopra indicata. Esso rappresentava soltanto una norma di raccordo nel passaggio fra la vecchia normativa, che presentava alcune misure incompatibili con il diritto comunitario, e la nuova normativa, che ha inteso pienamente conformarsi a quest'ultimo, seguendo le statuizioni della Corte e accogliendo i suggerimenti della Commissione. Nessuna conferma tale norma proponeva di quelle misure che la Corte e la Commissione avevano ritenuto potessero costituire un aiuto di Stato non compatibile con il diritto comunitario (in particolare quelli scaturenti dalle norme che consentivano la continuazione dell'esercizio di impresa in condizioni diverse da quelle richieste per le ordinarie procedure fallimentari, quelle riguardanti la garanzia dello Stato, la sospensione di azioni esecutive individuali in materia fiscale, la esenzione dalle ammende e pene pecuniarie sui contributi sociali, la riduzione dell'imposta di registro). L'art. 106, invero, pur disponendo che «*le procedure di amministrazione straordinaria in corso dalla data di entrata in vigore del presente decreto continuano ad essere regolate dalle disposizioni anteriormente vigenti*» aveva inteso solo prorogare gli effetti dell'apertura di procedure concorsuali disposte nel vigore della previgente normativa, confermando la legittimità del procedimento allora seguito nonché la distribuzione delle compe-

tenze tra autorità amministrativa ed autorità giudiziaria (ad evitare che si dubitasse non solo della stessa legittimità delle procedure in corso, ma anche dei poteri dei commissari nominati secondo le precedenti regole, della efficacia dei provvedimenti amministrativi ad effetti continuativi emessi in precedenza ecc. ecc.), senza che questo significasse in alcun modo che le vecchie procedure fossero legittimate a chiedere per il futuro le provvidenze pubbliche previste dalle precedenti normative, da intendersi o ormai abrogate con efficacia generale ovvero disapplicabili in forza della regola incontestata della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale eventualmente incompatibile (fermo, per quanto precisato dalla Commissione con la sua decisione 2001/212, la definitività degli aiuti eventualmente già fruiti). Con l'art. 7 della legge 273/2002, poi, si è anche normativamente preclusa l'applicazione delle misure di aiuto previste dalla legge 95/1979, che potrà invece essere applicata solo nella parte in cui richiama le disposizioni della liquidazione coatta amministrativa, che, come è noto, configura la procedura concorsuale liquidatoria per eccellenza.

La Corte nella sua ordinanza, pur affermando che il regime transitorio di cui all'art. 106 del decreto legislativo 270/1999 costituisce esso stesso un regime nuovo di aiuti di Stato ai sensi degli artt. 87 CE e 88 CE, si è limitata, nella sostanza, a confermare la propria pronuncia nella citata causa Piaggio C-295/1997, invitando il giudice nazionale a tener conto dei principi generali del proprio ordinamento giuridico, in particolare del principio di tutela del legittimo affidamento nonché delle circostanze del caso di specie ed in particolare della decisione della Commissione 2001/212, con la quale l'esecutivo comunitario ha espressamente rinunciato ad esigere il recupero degli aiuti concessi sul fondamento della vecchia «legge Prodi», e in particolare invitando lo stesso giudice a dare alle norme nazionali contestate «una interpretazione quanto più conforme possibile al diritto comunitario, tenuto conto della sentenza Piaggio e della decisione della Commissione», vale a dire un'interpretazione che non consenta di concedere nuovi aiuti di Stato sul fondamento di tale art. 106 successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 270/1999.

È risultato quindi vano il tentativo di trarre argomenti dalla giurisprudenza comunitaria per dichiarare inapplicabile la legge Prodi nella sua totalità, con conseguente caducazione delle procedure di amministrazione straordinaria aperte sotto la sua originaria vigenza. Ed invero la più recente e maggioritaria giurisprudenza nazionale ha respinto le istanze dirette a disapplicare la vecchia legge n. 95/1979 nella sua interezza, ritenendo questa applicabile, senza alcun contrasto con la normativa comunitaria, nelle sue parti «concorsuali». Si è osservato, con richiamo alla sentenza della Corte nella causa Piaggio, che nulla autorizza ad estendere all'intera «legge Prodi», considerandola come unità inscindibile, la valutazione di incompatibilità con la normativa comunitaria sanzionata dalla Commissione. Con la conseguenza che *«dalle pronunce degli organi comunitari non discende l'obbligo per il giudice di una automatica disapplicazione dell'intera legge, bensì soltanto di quegli istituti della stessa che si presentino eccentrici rispetto all'ordinaria disciplina dell'insolvenza»* e, pertanto, «non v'è ragione per ritenere disapplicabile

il decreto di apertura della procedura e di nomina dei commissari, tanto più quando l'esercizio dell'impresa è ormai cessato e si è determinata la riduzione della amministrazione straordinaria all'istituto della liquidazione coatta amministrativa con dichiarazione d'insolvenza» (così vari giudici di merito).

Si segnala che, in corso di stampa del presente numero della *Rassegna*, è intervenuta la legge 18 febbraio 2004, n. 39, che ha convertito in legge, con modificazioni, il decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, contenente «misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato d'insolvenza», emesso per far fronte, in modo particolare, al noto caso Parmalat.

*Avv. Oscar Fiumara*

**Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sezione 5<sup>a</sup>, ordinanza 24 luglio 2003, nella causa C-297/01 - Pres.rel. Wathelet - Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Catania nella causa Sicilcassa s.p.a. c. IRA Costruzioni - Interv.: Governo italiano (avv. Stato O.Fiumara) e Commissione delle CE.**

(Trattato CE, art. 87 e 88; legge 3 aprile 1979, n. 95; decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, art. 106; legge 12 dicembre 2002, n. 273, art. 7).

*Un regime transitorio quale quello previsto dall'art. 106 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, contenente una nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, che proroga l'efficacia di un regime nuovo di aiuti di Stato, non notificato alla Commissione delle Comunità europee e dichiarato incompatibile con il diritto comunitario, costituisce esso stesso un regime nuovo di aiuti di Stato ai sensi degli artt. 87 CE e 88 CE.*

*Le questioni dirette ad ottenere dalla Corte la valutazione della compatibilità con il mercato comune di un regime transitorio quale quello previsto dall'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999 sono irricevibili.*

*«(omissis) Sulle questioni pregiudiziali*

33. - Considerando che la risposta a tali questioni non dà adito a dubbi ragionevoli, la Corte, in conformità all'art. 104, n. 3, del regolamento di procedura, informava il giudice del rinvio che essa si proponeva di statuire con ordinanza motivata e invitava gli interessati di cui all'art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia a presentare le loro eventuali osservazioni al riguardo.

34. - La Sicilcassa, la IRA, il governo italiano e la Commissione, in risposta a tale invito, attiravano l'attenzione della Corte sull'art. 7 della legge 12 dicembre 2002, n. 273, contenente misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza (*GURI* n. 293 del 14 dicembre 2002, *Supplemento ordinario* n. 230; in prosieguo: la «legge n. 273/2002»), dal quale risulterebbe, in sostanza, che gli effetti della legge n. 95/1979, mantenuti dall'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999 nei confronti delle imprese già sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria, riguardano soltanto gli aspetti procedurali dell'attività di liquidazione, ma non la parte della legge che istituiva gli aiuti di Stato ritenuti incompatibili con il Trattato. Il governo italiano ritiene che l'art. 7 della legge n. 273/2002 offra in tal modo un'interpretazione autentica dell'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999.

35. - La Sicilcassa ritiene di non avere più interesse alla prosecuzione della causa principale, mentre la IRA, il governo italiano e la Commissione comunicano di non avere obiezioni all'applicazione dell'art. 104, n. 3, del regolamento di procedura.

*Sulla prima questione*

36. - Con la prima questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se un regime transitorio quale quello previsto dall'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999, che proroga l'effi-

cacia di un regime nuovo di aiuti di Stato non notificato alla Commissione e dichiarato incompatibile con il diritto comunitario, costituisca esso stesso un regime nuovo di aiuti di Stato ai sensi degli artt. 87 CE e 88 CE.

37. - A tal riguardo la Corte ha già dichiarato nella sentenza Piaggio, citata, che un regime quale quello istituito dalla legge n. 95/1979 era idoneo, di per sé, a dar luogo alla concessione di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato, cosicché non poteva essere attuato senza essere stato notificato alla Commissione e, una volta notificato, prima di una decisione della Commissione che riconoscesse la compatibilità del progetto di aiuto con il mercato comune o, se la Commissione non adottava una decisione nel termine di due mesi dalla notifica, prima della scadenza di detto termine.

38. - Inoltre, nella sua decisione 2001/212, la Commissione ha dichiarato che il regime istituito con la legge n. 95/1979 costituiva un regime di aiuti di Stato nuovo illegittimamente posto in essere dalla Repubblica italiana in violazione degli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 88, n. 3, CE.

39. - Considerazioni simili valgono necessariamente anche per un regime transitorio quale quello previsto dall'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999, se e in quanto lo stesso proroga l'efficacia della legge n. 95/1979 nei confronti delle imprese già sottoposte ad amministrazione straordinaria alla data di entrata in vigore di detto decreto legislativo. Si deve rilevare del resto che il regime transitorio previsto da detto art. 106 non è stato ritualmente notificato alla Commissione dalle autorità italiane.

40. - Occorre tuttavia rilevare che la proroga dell'efficacia della legge n. 95/1979, ad opera dell'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999 e, in particolare, degli aiuti concessi in attuazione di questa legge sino alla data di entrata in vigore di detto decreto legislativo, non è di per sé incompatibile con la decisione 2001/212. Infatti in tale decisione, mai impugnata dinanzi al giudice comunitario, la Commissione ha espressamente rinunciato ad esigere il recupero degli aiuti concessi sul fondamento della legge n. 95/1979, pur avendoli considerati incompatibili con il mercato comune.

41. - Spetta al giudice nazionale decidere se, a causa della loro mancata notifica, tali aiuti nuovi debbano essere recuperati o meno. Al riguardo esso dovrà tener conto dei principi generali del proprio ordinamento giuridico, in particolare del principio di tutela del legittimo affidamento, nonché delle circostanze del caso di specie ed in particolare della citata decisione 2001/212.

42. - D'altronde, la rinuncia della Commissione al recupero degli aiuti concessi in base alla legge n. 95/1979 non può riguardare quelli che potrebbero esser concessi dopo l'abrogazione di tale legge, anche nei confronti delle imprese già sottoposte, alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 270/1999, alla procedura di amministrazione straordinaria. Per quanto riguarda tali aiuti, il giudice nazionale dovrebbe ordinarne il recupero.

43. - La IRA, la Holding Graci e il governo italiano osservano comunque che non vi sono elementi che consentano di interpretare l'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999 nel senso che le imprese di cui trattasi potrebbero effettivamente beneficiare in futuro di nuovi aiuti di Stato in base alla legge n. 95/1979, oggi abrogata. Secondo gli stessi una simile interpretazione sarebbe manifestamente in contrasto con il diritto comunitario e dovrebbe pertanto essere esclusa.

44. - Al riguardo spetta al giudice del rinvio determinare la portata dell'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999, se del caso alla luce dell'art. 7 della legge n. 273/2002, avendo cura di darne un'interpretazione quanto più conforme possibile al diritto comunitario, tenuto conto della sentenza Piaggio, citata, e della decisione 2001/212, vale a dire un'interpretazione che non consenta di concedere nuovi aiuti di Stato sul fondamento di tale art. 106 successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 270/1999.

45. - Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima questione dichiarando che un regime transitorio quale quello previsto dall'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999, che proroga l'efficacia di un regime nuovo di aiuti di Stato non notificato alla Commissione e dichiarato incompatibile con il diritto comunitario, costituisce esso stesso un regime nuovo di aiuti di Stato ai sensi degli artt. 87 CE e 88 CE.

*Sulla seconda e sulla terza questione*

46. - Con le sue questioni seconda e terza il giudice del rinvio chiede se un regime transitorio quale quello previsto dall'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999 sia compatibile

con il diritto comunitario, tenuto conto in particolare dell'art. 87, n. 3, lett. b), CE e dei principi di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento, di non discriminazione e di proporzionalità.

47. - Al riguardo occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario (sentenze 21 novembre 1991, causa C-354/1990, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, Racc. I-5505, punto 14; 11 luglio 1996, causa C-39/1994, SFEI e a., Racc. I-3547, punto 42, e Piaggio, *cit.*, punto 31). Di conseguenza, un giudice nazionale non può, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale *ex art.* 234 CE, interrogare la Corte sulla compatibilità con il mercato comune di un aiuto di Stato o di un regime di aiuti.

48. - Pertanto la seconda e la terza questione devono essere giudicate irricevibili (*omissis*)».

## Disapplicazione di normativa interna e non punibilità di precedenti condotte poste in essere *secundum legem*

(Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 9 settembre 2003,  
nella causa C-198/01)

La Corte di giustizia CE si è pronunciata su due questioni pregiudiziali sollevate dal T.A.R. Lazio nell'ambito di un contenzioso fra CIF (Consorzio Italiano Fiammiferi) ed Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La vicenda trae origine da una denuncia di un fabbricante di fiammiferi tedesco che segnalava all'Autorità le difficoltà incontrate nel distribuire i propri prodotti sul mercato italiano; cosicché la medesima Autorità apriva un'istruttoria nell'ambito della quale veniva in rilievo la compatibilità con il diritto comunitario del R.D. n. 560/1923 e dell'annessa convenzione (più volte modificata), nella parte in cui, appunto, istituisce un Consorzio Italiano Fiammiferi cui affida il monopolio commerciale consistente nel diritto esclusivo di fabbricazione e di vendita dei fiammiferi necessari al fabbisogno del mercato nostrano. Il procedimento dell'Autorità Garante si concludeva con deliberazione in base alla quale l'esistenza e l'attività del CIF, quali disciplinate dal R. D. n. 560/1923 e dall'ultima modifica (1992) dell'annessa convenzione, sono in contrasto con gli articoli 3, n. 1, lett. g), 10 e 81, n. 1, CE.

In particolare, fino al 1994, e cioè fino all'entrata in vigore del d.l. 331/1993, che ha abolito il divieto di svolgere le suddette attività di fabbricazione e vendita di fiammiferi per imprese non appartenenti al CIF, lo svolgimento in forma consortile delle medesime, pur determinando condotte anticoncorrenziali ai sensi dell'art. 81 CE, non poteva costituire fonte di addebito verso le imprese associate perché imposto dalla normativa nazionale. Tuttavia, sul presupposto che la libertà di concorrenza - anche se fortemente ostacolata - non viene del tutto impedita dalla normativa *de qua*, l'Autorità aveva ritenuto censurabili alcuni comportamenti relativi alle concrete modalità di svolgimento delle attività del CIF, in quanto capaci di ulteriormente falsare la concorrenza del mercato. Tali comportamenti sarebbero stati semplicemente agevolati dalla normativa nazionale più volte citata, per cui sarebbero riconducibili ad autonome scelte d'impresa.

In particolare, la ripartizione delle quote, assegnata dall'art. 4 della convenzione ad un'apposita commissione composta prevalentemente da rappresentanti dei produttori, nei fatti, avrebbe sempre seguito un criterio che rifletteva le quote storiche di ciascuna impresa, per non dire delle frequenti cessioni di quote di produzione o degli scambi di produzione tra le imprese consorziate (1).

---

(1) Più nel dettaglio, la convenzione allegata al decreto 560/23, all'art. 4, affida il compito di contingentare e di ripartire le quote di produzione di fiammiferi tra le imprese del CIF ad un'apposita commissione, composta da un funzionario dell'Amministrazione dei Monopoli di Stato che ne è il presidente, da un rappresentante del CIF e da tre rappresen-

Dal '94 in poi, da quando cioè il d.l. 331/1993 ha reso volontaria e non più obbligatoria la partecipazione al CIF per le imprese che intendano fabbricare o vendere fiammiferi nel territorio nazionale, abolendo di fatto il monopolio, il mancato abbandono della forma consortile costituirebbe autonomia scelta delle imprese produttrici, uniche responsabili, dunque, della violazione della norma comunitaria sulla concorrenza.

Avverso la delibera che inibiva il prosieguo di tali comportamenti anti-concorrenziali il CIF proponeva ricorso al TAR Lazio, sostenendo *in primis* che l'Autorità Garante non fosse legittimata a sindacare la validità e l'efficacia delle norme di diritto nazionale, attraverso accertamenti in via principale con autonomia statuizione, non ricevendo una legittimazione in tal senso né dalla legge n. 52/1996 né dal principio del primato del diritto comunitario, che autorizzerebbe solo un meccanismo di disapplicazione di tipo incidentale; in secondo luogo, trattandosi di un settore di mercato che si caratterizza per l'eteronoma determinazione del prezzo e per il contingentamento dei livelli produttivi (2), la concorrenza sarebbe preclusa in radice e dunque non residuerebbero margini per autonome condotte anticoncorrenziali delle imprese che vi operano.

Convinto che perlomeno alcune delle prospettazioni del CIF potessero avere un qualche fondamento (3), il TAR Lazio rimetteva, *ex art.* 234 del Trattato CE, due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione dell'art. 81 CE.

In particolare si chiedeva di chiarire: «1. – se, in presenza di circostanze per cui un'intesa tra imprese provoca effetti pregiudizievoli al commercio

---

tanti delle imprese consorziate nominati dal consiglio di amministrazione del Consorzio stesso. Essa delibera a maggioranza e le proprie decisioni sono comunicate per approvazione all'Amministrazione dei Monopoli di Stato; alcune decisioni devono essere comunicate per approvazione al Ministero delle Finanze. Lo statuto del CIF prevede che la ripartizione della produzione deve essere stabilita «tenendosi conto del rapporto percentuale esistente». La regolarità di tale ripartizione viene poi controllata da un'altra commissione, prevista dall'art. 23, secondo comma, dello stesso statuto, composta da tre membri nominati dal consiglio di amministrazione del Consorzio, che al principio di ogni anno propone alla direzione del CIF il programma delle consegne di fiammiferi da parte delle singole imprese.

(2) Ai sensi dell'art. 6 della convenzione il prezzo è determinato dal Ministero delle Finanze; nel contempo vige un regime di contingentamento (secondo la tesi difensiva, contingentamento solo *attenuato* nei suoi effetti pregiudizievoli dalla soppressione del monopolio commerciale del consorzio) consistente, come detto, nella ripartizione tra le imprese consorziate della produzione occorrente per il consumo interno da parte della commissione di cui all'art. 4 (in seno alla quale, sempre secondo le tesi del ricorrente, verrebbe adeguatamente garantito il pubblico interesse)

(3) Non tanto la doglianza relativa alla impossibilità per l'Autorità Garante di sindacare, con accertamenti in via principale, la validità delle norme di diritto nazionale, quanto quella relativa alla inesistenza originaria di una pur minima libertà di concorrenza nel settore considerato, così come regolamentato dal diritto nazionale, che *imporrebbe* alle imprese condotte che in ultima analisi si rivelavano anticoncorrenziali; in particolare, secondo il TAR Lazio, sarebbe problematico disapplicare la normativa *de qua* e considerare illegali quelle condotte almeno per due ordini di ragioni: 1) per evitare una disapplicazione che sortisca effetti in *malam partem* in primo luogo; 2) ancora, per una elementare esigenza di certezza, anch'esso principio senz'altro sposato dal diritto comunitario.



comunitario, e qualora l'intesa stessa sia imposta o favorita da un provvedimento legislativo nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, l'articolo 81 CE impone o consente all'Autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza di disapplicare comunque tale disciplina e di provvedere a sanzionare o almeno a vietare per il futuro il comportamento anticoncorrenziale delle imprese, e con quali conseguenze giuridiche; 2. – se una normativa nazionale che rimette alla competenza ministeriale la determinazione della tariffa di vendita di un prodotto e affida, inoltre, ad un consorzio obbligatorio tra i produttori il potere di ripartire la produzione fra le imprese possa essere considerata, per quanto rileva ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, n. 1, CE, come una disciplina che lascia sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di venire ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese».

La risposta della Corte di Giustizia spicca per chiarezza e linearità argomentative.

Sulla prima questione la Corte non ha dubbi. Sebbene di per sé gli artt. 81 e 82 CE mirino a stigmatizzare esclusivamente le condotte anticoncorrenziali delle imprese e non riguardino disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, esiste pur sempre l'articolo 10 del trattato che fissa per questi ultimi un dovere di collaborazione e li obbliga, letto in combinato disposto con gli articoli prima citati, a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a mortificare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese. E ciò si verifica quando la normativa di uno Stato membro, appunto, imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'articolo 81 CE, o ne rafforzi gli effetti, ovvero deleghi ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica.

La questione non è nuova e viene riferito della copiosa giurisprudenza della stessa Corte che già l'aveva risolta applicando queste coordinate ermeneutiche.

Ciò posto, per il principio di primazia del diritto comunitario, anch'esso affermato in maniera costante nelle sentenze del Giudice europeo, quella normativa va senz'altro disapplicata, e tale obbligo incombe non solo per il giudice ma per tutti gli organi dello Stato, ivi comprese le autorità amministrative, pena l'affievolimento dell'effetto utile delle norme comunitarie. È del tutto irrilevante che per gli operatori privati non possa configurarsi la violazione degli artt. 81 e 82 CE, se le loro condotte anticoncorrenziali siano originate da una normativa nazionale che le imponga. Gli obblighi incombenti sugli Stati membri ai sensi degli artt. 3, n. 1, lett. g), 10, 81 e 82 CE, che sono distinti da quelli che scaturiscono a carico delle imprese *ex artt. 81 e 82 CE*, continuano ad esistere, cosicché l'autorità nazionale garante della concorrenza conserva l'obbligo di disapplicare la normativa nazionale illegittima.

È solo sul *piano sanzionatorio* che si devono operare alcune distinzioni. Invero, se effettivamente la normativa nazionale esclude in radice la libertà di concorrenza, nessun addebito è possibile muovere alle imprese che operano nel settore una volta disapplicata quella normativa e venuta meno con

ciò la «copertura legale» che ha scriminato, fino ad allora, le loro condotte. Vi si oppone appunto il principio generale di diritto comunitario della certezza del diritto.

Se ciò vale per i comportamenti pregressi, analoga esenzione da responsabilità non opera per i comportamenti futuri, ossia una volta divenuta definitiva la decisione dell'Autorità Garante nei loro confronti. In seguito le imprese saranno senz'altro responsabili del prosieguo di condotte di quella natura.

Del tutto diverse le conclusioni qualora si consideri il mercato *de quo*, sebbene perfettibile sotto il profilo della concorrenza, comunque non incompatibile con un pur ridotto esercizio di essa, inferendone la possibilità di ulteriore affievolimento a causa di comportamenti autonomi delle imprese private. Tanto *prima*, quanto (*a fortiori*) *dopo* l'intervento di natura inibitoria dell'Autorità Garante, queste saranno soggette alle sanzioni che conseguono alle violazioni degli artt. 81 e 82 CE. Non si esclude, peraltro, che l'aver tenuto siffatti comportamenti in un contesto giuridico interno già di per sé limitativo della libertà di concorrenza e che in qualche misura li ha agevolati, al momento della determinazione della sanzione potrà valere come circostanza attenuante.

Sulla seconda questione la Corte ritiene di non poter pronunciare. Invero, ai sensi dell'art. 234 CE essa è investita del solo compito di interpretare il diritto comunitario, non anche del potere di applicarlo alla causa principale, così risolvendo il caso concreto. Ciò spetta al giudice nazionale. Non-dimeno il giudice adito non ricusa di fornire pertinenti indicazioni per la risoluzione del caso sottoposto alla sua attenzione.

In particolare, non sarebbe decisivo il dato della eteronoma determinazione del prezzo, perché sotto altri profili e con altre modalità potrebbe esprimersi l'esercizio di attività concorrenziali. Nella specie, la normativa italiana, dopo aver attribuito al CIF il potere di ripartire la produzione tra le imprese consorziate, non si spinge fino a determinare i criteri di tale ripartizione. Le concrete modalità di riparto, in quanto autonomamente determinate, sono quindi suscettibili di violare gli artt. 81 e 82 del Trattato. Sarà dunque il giudice *a quo* a dover accertare, così come ritiene di aver fatto l'Autorità Garante, l'esistenza di accordi anticoncorrenziali. Nello specifico, accordi che nello stabilire le quote percentuali non si discostino dalle quote storiche delle imprese produttrici, ossia le percentuali di ciascuna impresa sul mercato nell'anno precedente, come pure intese con operatori stranieri volti a contingentare il livello delle importazioni (4).

Fin qui le argomentazioni della Corte di Giustizia che, come ho già avuto modo di dire, rassicurano per la loro linearità e coerenza logica: *con-*

---

(4) Secondo la Commissione, esisterebbe una quota fissa del 15 % riservata alle importazioni, assolutamente non prescritta dalla legge. Si fa particolare riferimento ad un accordo con un operatore svizzero, additato dall'Autorità Garante come anticoncorrenziale, che gli avrebbe assicurato tutto il mercato delle importazioni di fiammiferi in Italia, contro l'impegno a non procedere direttamente alla commercializzazione dei propri prodotti nel nostro

*dotte antigiusuridiche poste in essere apparentemente secundum legem. Disapplicazione. Principio di non contraddizione dell'ordinamento e certezza del diritto. Non colpevolezza degli autori delle condotte medesime. Inammissibilità di una qualsiasi sanzione, oltre naturalmente al principio di primazia del diritto comunitario, da ritenere in questo schema riassuntivo come l'antecedente logico della disapplicazione.*

Questa in sostanza la soluzione (5) della *quaestio iuris* prospettata innanzi la Corte di Giustizia.

Orbene, i principi affermati in questa pronuncia potrebbero essere utilizzati, *mutatis mutandis*, per risolvere l'analogo problema dell'ammissibilità della disapplicazione da parte del giudice penale con riferimento ad un provvedimento illegittimo che assuma rilevanza quale presupposto per la integrazione di una fattispecie di reato.

Il dibattito giurisprudenziale è quanto mai vivace. Nessuno dubita, ovviamente, della possibilità per il giudice penale di procedere alla disapplicazione quando il reato consista nell'aver disatteso un provvedimento (rivelatosi poi illegittimo) dell'autorità. Invero, una volta accertata tale illegittimità, ricostituzione dell'ordine giuridico violato e principio del *favor rei* collimano.

Il punto controverso invece è proprio la possibilità per il giudice penale di una disapplicazione *in peius*, e la sede elettiva di questo dibattito è in particolare l'art. 20 lett. b) della legge 47/1985, ora confluito nell'art. 44 del d.P.R. 380/01, che vieta le realizzazioni edilizie senza concessione. La giurisprudenza di merito è favorevole alla disapplicazione delle concessioni illegittime posto che negli artt. 4 e 5 della legge abolitrice non si riscontrano pregiudiziali di sorta per il giudice penale. Invero, se ai sensi dell'art. 4 il giudice ordinario conosce degli effetti degli atti amministrativi oggetto di contestazione perché lesivi di un diritto, l'articolo successivo lo legittima a disapplicare gli atti della pubblica amministrazione *in questo, come in ogni altro caso*.

---

Paese. Secondo la Commissione, tale convenzione violerebbe palesemente le norme sulla concorrenza e sarebbe riconducibile a libera scelta imprenditoriale del CIF. È la stessa Corte poi a rilevare che la commissione responsabile di ripartire le quote di produzione sarebbe composta, almeno per i 4/5, da rappresentanti dei produttori cui nulla impedisce di agire nell'esclusivo interesse di questi ultimi. Invero, tale commissione delibera a maggioranza dei suoi membri e può adottare decisioni nonostante il voto contrario del suo presidente, unico soggetto investito di un compito di tutela dell'interesse pubblico. Per non dire, poi, che l'Autorità Garante avrebbe accertato che l'effettiva ripartizione delle quote sarebbe in realtà predisposta, sulla base di accordi definiti dalle imprese consorziate, dalla commissione per il rispetto delle quote, costituita unicamente da rappresentanti del CIF, e non come previsto dalla legge, dalla commissione per la ripartizione. Compito primario del giudice del rinvio è dunque quello di accertare se tali accertamenti siano veritieri.

(5) In astratto, perché nel caso di specie la Corte di giustizia sembra propensa ad affermare, in sintonia con l'istruttoria dell'Autorità Garante, la possibilità per le imprese italiane consorziate di determinarsi autonomamente su condotte di per sé idonee a violare gli artt. 81 e 82 del Trattato. E dunque viene meno la premessa di quello schema logico-giuridico data dalla copertura legale rispetto a quelle condotte (sempre che il giudice del rinvio accerti l'effettiva esistenza di quei comportamenti e di quegli accordi giudicati dall'Autorità anticoncorrenziali).

Quindi, secondo quest'opzione ermeneutica, tanto nel caso in cui sia leso un diritto soggettivo, quanto nel caso in cui l'atto sia contrario al diritto oggettivo (6). Nella materia edilizia, dunque, la disapplicazione della concessione illegittima permetterebbe la tutela massima dell'interesse al corretto assetto urbanistico del territorio. Chiaro che considerare *tamquam non esset* la concessione illegittima, nel che consiste la disapplicazione, vorrebbe dire equiparare l'ipotesi di costruzione in base a *concessione illegittima* all'ipotesi di costruzione *in assenza di concessione*, facendo ritenere integrato il reato di cui all'art. 20, lett. b) della legge 47/1985. L'inconveniente è però agevolmente superabile, secondo questa giurisprudenza, dando rilievo all'elemento psicologico, per cui si procederà ad assoluzione ove si accerti che il destinatario del provvedimento concessorio non era a conoscenza della sua illegittimità.

Numerose altre sentenze sono ispirate ad un maggior rigore ermeneutico nel senso di ritenere del tutto impossibile questo livellamento interpretativo fra ipotesi così eterogenee. Vi si opporrebbero il divieto di analogia (*in malam partem*) e il principio di irretroattività della norma penale incriminatrice, e, più in generale, il principio del *favor rei* (7).

In ogni caso, si tratta di preoccupazioni analoghe a quelle paventate nella causa su cui ha pronunciato il Giudice europeo, in particolare nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, laddove si afferma che sanzionare le imprese per comportamenti posti in essere nel rispetto della normativa interna «violerebbe non soltanto il principio dell'eccezione fondata sul comportamento dello Stato (...) ma anche i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario, in particolare il principio della certezza del diritto e il divieto connesso di retroattività della pena (nulla poena sine lege)».

Ora, ovviamente una cosa è la legge nazionale che imponga certi comportamenti, altra cosa è il provvedimento amministrativo che autorizzi una determinata attività. Ancora, una cosa sono le risposte *lato sensu* sanzionatorie dell'ordinamento comunitario, che allo stato non può spingersi oltre l'irrogazione di sanzioni di natura amministrativa (8) altra cosa le conseguenze dell'accertamento di un'ipotesi di reato da parte del giudice penale.

---

(6) Questa impostazione, per verità, ha fatto breccia anche in alcune sentenze del giudice di legittimità. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 20 luglio 1996, Cass., Sez. III, 14 maggio 1999, n. 6054; Cass., 21 gennaio 1997, n. 146 e, soprattutto, Cass., Sez. Un., 8 febbraio 2002.

(7) Facile obiettare che questo ipergarantismo potrebbe prestare il fianco ad ipotesi di collusione tra amministratori preposti al rilascio delle concessioni e privati. A tal proposito, v. Cass. 7 luglio 1998, che fa salvo il sindacato sulla legittimità della concessione ove potrebbero emergere «eventuali ipotesi di illecite collusioni fra gli amministratori e il beneficiario dell'atto o, comunque, ipotesi di reato». Per una efficace disamina dei termini del dibattito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, v. CARINGELLA, *Il Diritto Amministrativo* Napoli, 2002, 1230.

(8) Cfr. C. Giust. Com. eur., 11 giugno 1987, n. 14/1986, secondo cui non è possibile per gli organi delle Comunità adottare direttive che *direttamente*, a prescindere da un atto emulativo interno, determinino o aggravino la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni. Inoltre, per un'analisi dei fattori che ancora si oppongono all'ammissibilità di sanzioni penali comunitarie, v. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003, 47.

Ciò non toglie che le *quaestiones iuris* che vengono in rilievo nelle due fattispecie siano assimilabili. Abbiamo pur sempre un comportamento che in qualche misura non nasce autonomamente, ma sulla base di un presupposto giuridico (generale ed astratto in un caso, puntuale e concreto nell'altro) che comunque gli assicura una parvenza di legittimità (perlomeno formale e momentanea). In secondo luogo, è possibile affermare che quel comportamento è in realtà antiggiuridico se stimato alla stregua di principi superiori in quanto rivenienti da un ordinamento istituzionalmente preposto a valutazioni più generali e selettive rispetto agli interessi pubblici e privati coinvolti. In entrambi i casi possibile soluzione può essere quella di considerare *inesistente* quel presupposto giuridico (o presunto tale), sì da ricomporre il *vulnus* creatosi nell'ordinamento sovraordinato, ciò che avviene, appunto, con il meccanismo della disapplicazione. Ecco che, nell'un caso come nell'altro, per esigenze di certezza del diritto e di garanzia per gli autori di quelle condotte è necessario astenersi dall'irrogare qualsiasi sanzione, se le stesse sono state poste in essere in buona fede ovvero perché obbligatorie.

Quest'ultima soluzione, secondo la Corte di Giustizia, può rappresentare un equo temperamento di interessi senza pregiudizio per il diritto comunitario. Una soluzione che muove da un approccio, come è consuetudine per la sua giurisprudenza, estremamente pragmatico e ciò nondimeno verosimile da un punto di vista logico-giuridico. Queste, dunque, potrebbero essere le coordinate attraverso cui ricomporre il dibattito sull'ammissibilità della disapplicazione (*in malam partem*) di atti amministrativi da parte del giudice penale, di cui peraltro la giurisprudenza ha già fatto applicazione. In definitiva, e con qualche variante: *condotte antiggiuridiche poste in essere apparentemente secundum legem. Salvaguardia dell'effetto utile di norme sovraordinate. Disapplicazione. Principio di non contraddizione dell'ordinamento, certezza del diritto e tutela della buona fede. Non colpevolezza degli autori delle condotte medesime. Necessaria assoluzione dell'imputato.*

Dott. Claudio Paris

**Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 9 settembre 2003, nella causa C-198/01 - Presidente Rodriguez Iglesias - Avv. Gen. Jacobs - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal T.A.R. Lazio, ord. 24 gennaio 2001, nella causa C.I.F. c/ Autorità garante concorrenza e mercato. (cont. 34687/01, avv. Stato I.M. Braguglia).**

*In caso di attività di imprese anticoncorrenziali per contrasto con l'art. 81 del Trattato CE, anche se imposte o favorite da una normativa di uno Stato membro che ne legittima o rafforza gli effetti, l'autorità nazionale garante della concorrenza e del mercato conserva il potere/dovere di disapplicare la suddetta normativa per il combinato disposto degli artt. 10, 81 e 82 del Trattato; non può irrogare sanzioni alle imprese per le condotte anteriori all'accertamento della violazione e alla decisione di disapplicare la normativa interna; può irrogare sanzioni per comportamenti reiterati delle imprese una volta diventata definitiva nei loro confronti quella decisione; può infliggere sanzioni per i comportamenti anteriori solo se la normativa disapplicata lasciava spazio per autonome condotte anticoncorrenziali.*

*Spetta al giudice del rinvio valutare la normativa della Stato membro per accertare la possibilità di ulteriore affievolimento della concorrenza ad opera di condotte autonome delle imprese non obbligatorie ai sensi di quella normativa.*

«(omissis) A questo proposito, si deve ricordare, in primo luogo, che, sebbene di per sé gli artt. 81 CE e 82 CE riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tali articoli, in combinato disposto con l'art. 10 CE, che instaura un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese [v. sentenze 16 novembre 1977, causa 13/1977, INNO/ATAB, *Racc.*, 2115, punto 31; 21 settembre 1988, causa 267/1986, Van Eycke, *Racc.*, 4769, punto 16; 17 novembre 1993, causa C-185/1991, Reiff, *Racc.*, I-5801, punto 14; 9 giugno 1994, causa C-153/1993, Delta Schiffahrts und Speditionsgesellschaft, *Racc.*, I-2517, punto 14; 5 ottobre 1995, causa C-96/1994, Centro Servizi Spediporto, *Racc.*, I-2883, punto 20, e 19 febbraio 2002, causa C-35/1999, Arduino, *Racc.*, I-1529, punto 34).

46. – La Corte ha in particolare dichiarato che si è in presenza di una violazione degli artt. 10 CE e 81 CE quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 81 CE, o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica (v. precitate sentenze Van Eycke, punto 16, Reiff, punto 14, Delta Schiffahrts und Speditionsgesellschaft, punto 14, Centro Servizi Spediporto, punto 21, e Arduino, punto 35).

47. – Del resto, dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, il Trattato CE prevede espressamente che l'azione degli Stati membri, nell'ambito della loro politica economica, debba rispettare il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza [v. artt. 3 A, n. 1, e 102 A del Trattato CE (divenuti rispettivamente artt. 4, n. 1, CE e 98 CE)].

48. – Si deve ricordare, in secondo luogo, che, secondo una giurisprudenza costante, il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima.

49. – Tale obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative (v., in questo senso, sentenza 22 giugno 1989, causa 103/1988, Fratelli Costanzo, *Racc.*, 1839, punto 31), il che implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario (v. sentenza 13 luglio 1972, causa 48/1971, Commissione/Italia, *Racc.*, 529, punto 7).

50. – Dal momento che un'autorità nazionale garante della concorrenza, quale l'Autorità, è investita della missione di vigilare, in particolare, sul rispetto dell'art. 81 CE e che tale norma, in combinato disposto con l'art. 10 CE, impone un obbligo di astensione a carico degli Stati membri, l'effetto utile delle norme comunitarie sarebbe affievolito se, nell'ambito di un'inchiesta sul comportamento di imprese ai sensi dell'art. 81 CE, quell'autorità non potesse accertare se una misura nazionale sia in contrasto con il combinato disposto degli artt. 10 CE e 81 CE e se, conseguentemente, non la disapplicasse.

51. – A questo proposito, poco importa che, nell'ipotesi che la normativa nazionale imponga a delle imprese l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali, non possa essere addebitata a queste anche una violazione degli artt. 81 CE e 82 CE (v., in questo senso, sentenza Commissione e Francia/Ladbroke Racing, *cit.*, punto 33). Infatti, gli obblighi incombenti agli Stati membri ai sensi degli artt. 3, n. 1, lett. g), CE, 10 CE, 81 CE e 82 CE, che sono distinti da quelli che scaturiscono a carico delle imprese dagli artt. 81 CE e 82 CE, continuano ad esistere, cosicché l'autorità nazionale garante della concorrenza mantiene l'obbligo di disapplicare la misura nazionale di cui si tratta.

52. – In relazione, invece, alle sanzioni che possono essere inflitte alle imprese interessate, si deve operare una doppia distinzione a seconda che la normativa nazionale escluda o meno la possibilità di una concorrenza che potrebbe ancora essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese e, nel primo caso, a seconda che i fatti in causa siano precedenti o successivi alla dichiarazione dell'autorità nazionale garante della concorrenza sulla disapplicazione della normativa nazionale.

53. – In primo luogo, se una legge nazionale esclude la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese, si deve constatare che, a meno che non si intenda violare il principio generale di diritto comu-

nitario della certezza del diritto, l'obbligo delle autorità nazionali garanti della concorrenza di disapplicare tale legge anticoncorrenziale non può esporre le imprese interessate a sanzioni, di natura penale o amministrativa, per un comportamento pregresso, giacché tale comportamento era imposto da quella legge.

54. – La decisione di disapplicare la legge di cui si tratta, infatti, non toglie che nel passato essa abbia condizionato il comportamento delle imprese. Tale legge continua quindi a costituire, per il periodo precedente la decisione di disapplicazione della legge, una causa giustificatrice che sottrae le imprese interessate a qualsiasi conseguenza della violazione degli artt. 81 CE e 82 CE, sia nei confronti delle pubbliche autorità sia degli altri operatori economici.

55. – Quanto al sanzionamento di comportamenti futuri di imprese fino a quel momento costrette da una legge nazionale ad adottare comportamenti anticoncorrenziali, occorre rilevare che, dal momento in cui la decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza che constata la violazione dell'art. 81 CE e disapplica tale legge anticoncorrenziale diventa definitiva nei loro confronti, tale decisione s'impone alle imprese interessate. A partire dal quel momento, le imprese non possono più asserire di essere costrette da detta legge a violare le regole comunitarie sulla concorrenza. Il loro comportamento futuro è quindi passibile di sanzioni.

56. – In secondo luogo, se una legge nazionale si limita a sollecitare o a facilitare l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali autonomi da parte delle imprese, queste rimangono soggette agli artt. 81 CE e 82 CE e possono incorrere in sanzioni, anche per comportamenti anteriori alla decisione di disapplicare detta legge.

57. – Occorre sottolineare, cionondimeno, che una situazione del genere, benché non possa servire a giustificare pratiche atte ad aggravare ulteriormente le violazioni delle concorrenza, ha comunque come conseguenza il fatto che, nel momento della determinazione del livello della sanzione, il comportamento delle imprese interessate può essere valutato alla luce della circostanza attenuante costituita dal contesto giuridico interno (v., in questo senso, sentenza 16 dicembre 1975, cause riunite 40/1973-48/1973, 50/1973, 54/1973-56/1973, 111/1973, 113/1973 e 114/1973, Suiker Unie e a./Commissione, *Racc.*, 1663, punto 620).

59. – Mediante la seconda questione, il giudice del rinvio intende sapere se una normativa nazionale che rimette alla competenza ministeriale la determinazione del prezzo di vendita al dettaglio di un prodotto e affida, inoltre, ad un consorzio obbligatorio tra i produttori il potere di ripartire la produzione fra le imprese possa essere considerata, per quanto rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 81, n. 1, CE, come una disciplina che lascia sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di venire ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi di quelle imprese (...)

62. – (...) si deve ricordare che, nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 234 CE, che è basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, questa può pronunciarsi unicamente sull'interpretazione o sulla validità di una norma comunitaria, sulla base dei fatti indicati dal giudice nazionale (v. sentenza 2 giugno 1994, causa C-30/1993, AC-ATEL Electronics Vertriebs, *Racc.*, I-2305, punto 16). Non spetta alla Corte applicare il diritto comunitario alla causa principale (v. sentenza 10 luglio 1980, cause riunite 253/1978 e 1/1979-3/1979, Giry e Guerlain e a., *Racc.*, 2327, punto 6) né valutare i fatti di cui alla causa principale (...).

66. – Per risolvere la seconda questione, occorre stabilire innanzi tutto se una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale lasci sussistere la possibilità di una concorrenza che potrebbe essere ancora ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese e, in caso affermativo, verificare successivamente se le eventuali ulteriori restrizioni addebitate alle imprese non siano di fatto imputabili allo Stato membro interessato.

67. – In primo luogo, si deve ricordare che la possibilità di escludere un determinato comportamento anticoncorrenziale dall'ambito di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE per il fatto che esso è stato imposto alle imprese in questione dalla normativa nazionale esistente ovvero per il fatto che questa ha eliminato ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro è stata ammessa solo in maniera restrittiva dalla Corte (v., ad esempio, sentenze 29 ottobre 1980, cause riunite 209/1978-215/1978 e 218/1978, Van Landewyck/Commissione, *Racc.*, 3125, punti 130-134; 20 marzo 1985, causa 41/1983, Italia/Commissione,

*Racc.*, 873, punto 19, e 10 dicembre 1985, cause riunite 240/1982-242/1982, 261/1982, 262/1982, 268/1982 e 269/1982, Stichting Sigarettenindustrie/Commissione, *Racc.*, 3831, punti 27-29).

68. – Si deve ricordare, in secondo luogo, che la concorrenza dei prezzi non è la sola forma efficace di concorrenza né quella cui si debba dare in ogni caso la preminenza assoluta (v. sentenza 25 ottobre 1977, causa 26/1976, Metro/Commissione, *Racc.* pag. 1875, punto 21).

69. – Di conseguenza, la fissazione preliminare dei prezzi di vendita dei fiammiferi da parte dello Stato italiano non esclude, di per sé, ogni possibilità di comportamento concorrenziale. Seppur limitata, la concorrenza può prodursi attraverso altri fattori.

70. – Si deve rilevare, in terzo luogo, che la legislazione italiana controversa nella causa principale, benché attribuisca al CIF, consorzio obbligatorio di produttori, il potere di ripartire la produzione tra le imprese consorziate, non definisce i criteri né le modalità in base ai quali tale ripartizione deve avvenire. Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 7 delle sue conclusioni, il monopolio commerciale del CIF sembra essere stato abolito già nel 1993, con l'abolizione del divieto di fabbricazione e di vendita di fiammiferi a carico delle imprese non consorziate.

71. – Pertanto, la libera concorrenza residua tra le imprese consorziate può essere falsata oltre quanto derivante dall'obbligo di legge stesso.

72. – A questo proposito, l'istruzione condotta dall'Autorità avrebbe rivelato un sistema di cessioni fisse e temporanee delle quote di produzione, nonché accordi sugli scambi di produzione effettuati tra le imprese, cioè accordi che non sarebbero stati previsti dalla legge.

73. – Inoltre, la Commissione si è riferita ad una quota «fissa» del 15% circa riservata alle importazioni. A suo avviso, tale quota non sarebbe determinata dalla normativa nazionale, cosicché il CIF avrebbe disposto di un'autonomia decisionale in merito.

74. – Sempre secondo la Commissione, l'accordo concluso tra il CIF e la Swedish Match che, dal 1994, ha consentito a quest'ultima di fornire importanti quantità di fiammiferi al fine della loro commercializzazione in Italia da parte del CIF, a fronte dell'impegno della Swedish Match di non penetrare direttamente sul mercato italiano, sarebbe l'espressione della libera scelta imprenditoriale del CIF.

75. – Spetta al giudice del rinvio valutare se tali asserzioni siano fondate.

76. – In quarto ed ultimo luogo, dal fascicolo non risulta che le decisioni del CIF come quelle citate ai punti 70-74 della presente sentenza sfuggano all'applicazione dell'art. 81, n. 1, CE in seguito all'intervento di un atto della pubblica autorità.

77. – Da un lato, quattro dei cinque membri della commissione per la ripartizione delle quote sono rappresentanti dei produttori cui nulla, nella normativa nazionale in discussione, impedisce di agire nell'interesse esclusivo di questi ultimi. Tale commissione, che statuisce a maggioranza semplice, può adottare risoluzioni nonostante il voto contrario del suo presidente, sola persona investita di un compito di interesse pubblico, talché essa può conformarsi alle esigenze delle imprese consorziate.

78. – Inoltre, le pubbliche autorità non disporrebbero di un effettivo potere di controllo sulle decisioni della commissione per la ripartizione delle quote.

79. – D'altro lato, l'istruzione condotta dall'Autorità avrebbe rivelato che il compito di ripartire la produzione tra le imprese consorziate è effettuato in realtà non dalla commissione per la ripartizione delle quote, bensì dalla commissione per il rispetto delle quote, che è costituita unicamente da membri del CIF, sulla base di accordi definiti dalle imprese consorziate.

80. – La seconda questione pregiudiziale dev'essere pertanto risolta dichiarando che spetta al giudice del rinvio valutare se una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale, che rimette alla competenza ministeriale la determinazione del prezzo di vendita al dettaglio di un prodotto e affida, inoltre, ad un consorzio obbligatorio tra i produttori il potere di ripartire la produzione tra le imprese, possa essere considerata, per quanto rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 81, n. 1, CE, come una disciplina che lascia sussistere la possibilità di una concorrenza che sia ancora suscettibile di venire ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi di quelle imprese (...).



## La raccolta di scommesse su eventi sportivi: usi e abusi

(Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Plenum, 6 novembre 2003, nella causa C-243/01).

La questione oggetto della sentenza della Corte è sorta nell'ambito di un procedimento penale a carico di 138 soggetti, imputati di aver organizzato abusivamente scommesse clandestine e di essere proprietari di centri che effettuano attività di raccolta e trasmissione di dati in materia di scommesse accettate all'estero: nella specie, attraverso agenzie italiane collegate via Internet con un *bookmaker* inglese, venivano raccolte e trasmesse al medesimo scommesse sportive, in contrasto con il regime sostanzialmente monopolistico attribuito al CONI.

Il giudice rimettente (Tribunale di Ascoli Piceno) ha dubitato circa la sussistenza di effettive ragioni di ordine pubblico atte a giustificare la norma penale di cui alla legge n. 388/2000 con la quale – a modifica del testo originario della legge n. 401/1989 – sono stati introdotti divieti penalmente sanzionati di raccolta, accettazione e trasmissione di proposte di scommessa in assenza di concessione o autorizzazione statale.

Il Tribunale ha dubitato altresì della coerenza di simili previsioni con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi transfrontalieri sanciti dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE.

In effetti, con la sentenza annotata (che fa seguito alla precedente del 21 ottobre 1999 in causa C-67/1998, *Zenatti*), è ben vero che la Corte in linea generale ha affermato (e ben difficilmente avrebbe potuto non farlo) che una normativa nazionale che contiene divieti penalmente sanzionati di svolgimento delle attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione – anche mediante strumenti informatici – di proposte di scommesse in assenza dei presupposti concessori e autorizzatori prescritti dal diritto interno costituisce restrizione alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, garantite in ambito comunitario dagli articoli 43 e 49 del Trattato CE. Ma è altresì vero che, in conformità alla propria giurisprudenza (sentt. 31 marzo 1993 in causa C-19/1992, *Kraus* e 30 novembre 1995 in causa C-55/1994, *Gebhard*), la Corte ha soggiunto che simili restrizioni possono sussistere se, in primo luogo, giustificate da motivi imperativi di interesse generale; in secondo luogo, se idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito; in terzo luogo, se non spinte oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo; in ogni caso, solo se applicate in modo non discriminatorio.

Ciò premesso, la Corte ha dichiarato che spetta solo al giudice italiano (in ultima istanza, quindi, alla Corte di Cassazione) stabilire se la richiamata normativa penale, alla luce delle reali esigenze di tutela dell'ordine pubblico in materia di scommesse e gioco d'azzardo, risponda in concreto ad obiettivi tali da giustificare le restrizioni adottate e se tali restrizioni siano proporzionate rispetto agli obiettivi stessi.

L'Avvocatura dello Stato, nei propri interventi sia scritti che orali, dopo aver ricordato che l'ordinamento italiano qualifica in generale come reato il gioco d'azzardo (salve le eccezioni autorizzate dallo Stato), aveva sottolineato i gravi rischi che l'apertura indiscriminata del mercato delle scommesse

(soprattutto mediante l'ausilio di appositi siti della rete Internet) comporterebbe a danno dei partecipanti e della collettività, anche in relazione ai connessi intuibili pericoli di estensione di varie attività criminose collegate.

È allora positivo che la Corte di Giustizia CE, pur sottolineando la necessità che le libertà fondamentali di stabilimento e prestazione di servizi, previste dal Trattato, possano subire deroghe solo in casi specifici, senza generare discriminazioni a carico di operatori stranieri e senza eccedere rispetto all'obiettivo di tutela dell'ordine pubblico, abbia rimesso la verifica in concreto di tali aspetti al giudice nazionale, lasciando in sostanza a quest'ultimo la valutazione della giustificabilità di una previsione penale nella materia in questione.

Previsione di rilevanza penale che, secondo quanto sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, è l'unica veramente in grado di assicurare che l'esercizio dell'attività di scommessa, socialmente pericolosa se svolta al di fuori di precise regole limitative, resti circoscritta entro confini accettabili e non finisca per dilagare in modo del tutto indiscriminato: il mero divieto in sede amministrativa infatti non costituirebbe rimedio adeguato per impedire che l'attività di raccolta, prenotazione e trasmissione di scommesse venga di fatto esercitata anche in mancanza della prescritta autorizzazione amministrativa.

Peraltro, non va sottaciuto che la Corte di Giustizia, nella parte finale della propria pronuncia, si diffonde nella enunciazione di diversi elementi di valutazione dei quali il giudice del rinvio dovrà tener conto, quali: *a)* la sostanziale incompatibilità di una politica di espansione del gioco e delle scommesse (sia pure allo scopo di raccogliere fondi) con l'esigenza dell'ordine pubblico sociale; *b)* la necessità che gli operatori stranieri non siano discriminati quanto all'accesso alle concessioni per la gestione di scommesse; *c)* l'eventuale eccessività di una previsione penale rivolta anche a chiunque effettui scommesse dal proprio domicilio via Internet; *d)* l'eccessività, parimenti, della previsione penale a carico anche degli intermediari che si limitino a porre a disposizione degli scommettitori nei propri locali la connessione via Internet con il *bookmaker*.

Va, a tal proposito, sottolineato che la Corte di Cassazione, con recente sentenza 5 novembre 2003 n. 42187 (Sez. terza Pen.) ha affermato la piena compatibilità con i principi comunitari della disciplina sanzionatoria di cui alla legge n. 401 del 1988 (come modificata con legge n. 388 del 2000), riconoscendo che la legislazione italiana non è stata dettata da ragioni esclusive o prevalenti di carattere economico, ma anche dall'esigenza di evitare che l'esercizio e la gestione di scommesse clandestine favorisca lo sviluppo di criminalità, anche organizzata, mirante all'accaparramento di lauti guadagni o al riciclaggio di denaro sporco.

Non solo, ma la Cassazione ha anche precisato che la legislazione italiana appare improntata al criterio di proporzionalità al fatto criminoso che mira a regolare, prevenire e, se necessario, punire; e che, nella *subiecta materia*, la normativa che riserva a determinati enti il diritto di esercitare scommesse su eventi sportivi è effettivamente giustificata da obiettivi di politica sociale tendenti a limitare le conseguenze nocive di tale attività.

*Avv. Antonio Cingolo*

**Corte di giustizia delle Comunità Europee, Plenum, 6 novembre 2003, nella causa C-243/01 – Pres. Skouris – Rel. Edward – Avv. Gen. Alber – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Ascoli Piceno nel procedimento penale c. P.G. ed altri. Interv.: Governi italiano (cont. 36220/01, avv.ti Stato D. Del Gaizo e A. Cingolo), belga, ellenico, francese, spagnolo, lussemburghese, portoghese, finlandese e svedese, e Commissione delle C.E.**  
 (Trattato CE, artt. 43 e 49; regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, art. 88; legge 23 dicembre 2000, n. 388, art. 37; legge 13 dicembre 1989, n. 401, art. 4, 4-bis e 4-ter).

*Una normativa nazionale contenente divieti – penalmente sanzionati – di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, ad eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi.*

«(Omissis) 44. — Occorre esaminare, in primo luogo, se una normativa quale la legge n. 401/1989 di cui alla causa principale costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento.

45. — Si deve ricordare che le restrizioni alla libertà di stabilimento da parte dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, ivi comprese le restrizioni all'apertura di agenzie, di succursali o di filiali, sono vietate dall'art. 43 CE.

46. — Laddove una società, quale la Stanley, con sede in uno Stato membro, effettui un'attività di raccolta di scommesse con l'intermediazione di una organizzazione di agenzie situate in un altro Stato membro, quali le agenzie degli indagati di cui alla causa principale, le restrizioni imposte alle attività di tali agenzie costituiscono ostacoli alla libertà di stabilimento.

47. — Inoltre, in risposta ai quesiti posti dalla Corte all'udienza, il governo italiano ha riconosciuto che la normativa italiana relativa ai bandi di gara per le attività di scommessa in Italia contiene restrizioni. Secondo il detto governo, la circostanza che nessun ente abbia ottenuto l'omologazione per tali attività, salvo quello detentore del monopolio nel settore, troverebbe spiegazione nel fatto che la normativa italiana è concepita in modo tale che solo alcuni soggetti possano ottenere la concessione.

48. — Orbene, nella misura in cui l'assenza di operatori stranieri tra i concessionari del settore delle scommesse relative ad eventi sportivi in Italia è dovuta alla circostanza che la normativa italiana in materia di bandi di gara esclude, in pratica, che le società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri possano ottenere concessioni, la detta normativa costituisce, *prima facie*, una restrizione alla libertà di stabilimento, anche se tale restrizione si impone indistintamente a tutte le società di capitali potenzialmente interessate da tali concessioni, indipendentemente dal fatto che abbiano sede in Italia o in un altro Stato membro.

49. — Non si può pertanto escludere che i requisiti dettati dalla normativa italiana per partecipare ai bandi di gara, ai fini dell'attribuzione delle dette concessioni, costituiscano parimenti un ostacolo alla libertà di stabilimento.

50. — In secondo luogo, si deve esaminare se la detta normativa costituisca una restrizione alla libera prestazione dei servizi.

51. — L'art. 49 CE vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. L'art. 50 qualifica «servizi» le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone.

52. — La Corte ha già affermato che l'importazione di documenti pubblicitari e di biglietti di lotteria in uno Stato membro per far partecipare gli abitanti di detto Stato membro ad una lotteria organizzata in un altro Stato membro si ricollega ad un'attività di «servizi» (sentenza Schindler, citata *supra*, punto 37). Analogicamente, l'attività consistente nel

far partecipare i cittadini di uno Stato membro a giuochi di scommesse organizzati in un altro Stato membro, ancorché aventi ad oggetto eventi sportivi organizzati nel primo Stato membro, si ricollega ad un'attività di «servizi» ai sensi dell'art. 50 CE.

53. — La Corte ha affermato, del pari, che l'art. 49 CE dev'essere interpretato nel senso che esso concerne i servizi che un prestatore offre telefonicamente a potenziali destinatari stabiliti in altri Stati membri e che questi fornisce senza spostarsi dallo Stato membro nel quale è stabilito (sentenza 10 maggio 1995, causa C-384/93, *Alpine Investments*, *Racc.*, I-1141, punto 22).

54. — Applicando tale interpretazione alla problematica della causa principale, ne consegue che l'art. 49 CE riguarda i servizi che un prestatore quale la Stanley, con sede in uno Stato membro, nella specie il Regno Unito, offre via Internet — e dunque senza spostarsi — a destinatari che si trovino in un altro Stato membro, nella specie la Repubblica italiana, sicché ogni restrizione a tali attività costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi da parte di un tale prestatore.

55. — Inoltre, la libera prestazione dei servizi comprende non solo la libertà del prestatore di offrire ed effettuare servizi per destinatari stabiliti in uno Stato membro diverso da quello sul cui territorio si trovi il detto prestatore, ma anche la libertà di ricevere o beneficiare, in quanto destinatario, dei servizi offerti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro, senza essere impedito da restrizioni (v., in tal senso, sentenze 31 gennaio 1984, cause riunite 286/1982 e 26/1983, *Luisi e Carbone*, *Racc.*, 377, punto 16, e 26 ottobre 1999, causa C-294/97, *Eurowings Luftverkehr*, *Racc.*, I-7447, punti 33 e 34).

56. — Orbene, rispondendo ai quesiti posti dalla Corte all'udienza, il governo italiano ha confermato che l'attività di un privato che si connette in Italia dal proprio domicilio, via Internet, con un *bookmaker* stabilito in un altro Stato membro, facendo uso della propria carta di credito quale mezzo di pagamento, costituisce un reato ai sensi dell'art. 4 della legge n. 401/1989.

57. — Tale divieto, penalmente sanzionato, di partecipare a scommesse organizzate in Stati membri diversi da quello sul cui territorio risiede il giocatore, costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi.

58. — Lo stesso vale per il divieto, del pari penalmente sanzionato, nei confronti degli intermediari, quali gli indagati nella causa principale, di agevolare la prestazione di servizi di scommesse su eventi sportivi organizzati da un prestatore, quale la Stanley, con sede in uno Stato membro diverso da quello in cui i detti intermediari svolgono la propria attività, poiché un tale divieto costituisce una restrizione al diritto del *bookmaker* alla libera prestazione dei servizi, anche se gli intermediari si trovano nello stesso Stato membro dei destinatari dei servizi medesimi.

59. — Si deve pertanto rilevare che una normativa nazionale quale la legislazione italiana sulle scommesse, in particolare l'art. 4 della legge n. 401/1989, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi.

60. — Ciò premesso, occorre esaminare se tali restrizioni possano essere ammesse a titolo di misure derogatorie espressamente previste agli artt. 45 CE e 46 CE, ovvero se possano essere giustificate, conformemente alla giurisprudenza della Corte, da motivi imperativi di interesse generale.

61. — Quanto agli argomenti fatti valere, in particolare, dai governi ellenico e portoghese al fine di giustificare le restrizioni ai giuochi di azzardo e alle scommesse, è sufficiente ricordare che, secondo costante giurisprudenza, la riduzione o la diminuzione delle entrate fiscali non rientra fra i motivi enunciati all'art. 46 CE e non può essere considerata come un motivo imperativo di interesse generale che possa essere fatto valere per giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento o alla libera prestazione dei servizi (v., in tal senso, sentenze 16 luglio 1998, causa C-264/1996, *ICI*, *Racc.*, I-4695, punto 28, e 3 ottobre 2002, causa C-136/00, *Danner*, *Racc.*, I-8147, punto 56).

62. — Come si evince dal punto 36 della menzionata sentenza Zenatti, le restrizioni devono perseguire in ogni caso l'obiettivo di un'autentica riduzione delle opportunità di giuoco e il finanziamento di attività sociali attraverso un prelievo sugli introiti derivanti dai giuochi autorizzati costituisce solo una conseguenza vantaggiosa accessoria, e non la reale giustificazione, della politica restrittiva attuata.

63. — Per contro, come ricordato sia dai governi che hanno presentato osservazioni sia dalla Commissione, nelle menzionate sentenze Schindler, Läärä e a. e Zenatti, la Corte ha affermato che le considerazioni di ordine morale, religioso o culturale, nonché le conseguenze moralmente e finanziariamente dannose per l'individuo e la società che sono collegate ai giochi d'azzardo e alle scommesse possono giustificare che le autorità nazionali dispongano di un potere discrezionale sufficiente a determinare le esigenze di tutela del consumatore e dell'ordine sociale.

64. — In ogni caso, per risultare giustificate, le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi devono presentare i requisiti previsti dalla giurisprudenza della Corte (v., in particolare, sentenze 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus, *Racc.*, I-1663, punto 32, e 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, *Racc.*, I-4165, punto 37).

65. — Ai sensi di tale giurisprudenza, infatti, le dette restrizioni devono, in primo luogo, essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale; in secondo luogo, devono essere idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e, in terzo luogo, non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo. In ogni caso, devono essere applicate in modo non discriminatorio.

66. — Spetta al giudice del rinvio stabilire se, nella causa principale, le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi previste dalla legge n. 401/1989 rispettino tali requisiti. A tal fine, il detto giudice dovrà tener conto degli elementi precisati nei punti seguenti.

67. — Anzitutto, anche se, nelle menzionate sentenze Schindler, Läärä e a. e Zenatti, la Corte ha ammesso che le restrizioni alle attività di giuoco possono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, quali la tutela del consumatore e la prevenzione della frode e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva collegata al giuoco, occorre tuttavia che le restrizioni fondate su tali motivi e sulla necessità di prevenire turbative all'ordine sociale siano idonee a garantire la realizzazione dei detti obiettivi, nel senso che tali restrizioni devono contribuire a limitare le attività di scommessa in modo coerente e sistematico.

68. — A tale riguardo, riferendosi ai lavori preparatori della legge n. 388/2000, il giudice del rinvio ha sottolineato che lo Stato italiano persegue, a livello nazionale, una politica di forte espansione del giuoco e delle scommesse allo scopo di raccogliere fondi, tutelando i concessionari del CONI.

69. — Orbene, laddove le autorità di uno Stato membro inducano ed incoraggino i consumatori a partecipare alle lotterie, ai giochi d'azzardo o alle scommesse affinché il pubblico erario ne benefici sul piano finanziario, le autorità di tale Stato non possono invocare l'ordine pubblico sociale con riguardo alla necessità di ridurre le occasioni di giuoco per giustificare provvedimenti come quelli oggetto della causa principale.

70. — Inoltre, le restrizioni imposte dalla normativa italiana in materia di bandi di gara devono essere indistintamente applicabili, vale a dire con le stesse modalità e con gli stessi criteri agli operatori stabiliti in Italia ed a quelli provenienti da altri Stati membri.

71. — Spetterà al giudice del rinvio esaminare se i requisiti di partecipazione ai bandi di gara per le concessioni relative alla gestione di scommesse su eventi sportivi siano fissati in termini tali da poter essere soddisfatti, in pratica, più facilmente dagli operatori italiani che non da quelli stranieri. In tale ipotesi, i detti requisiti non rispetterebbero il criterio di non discriminazione.

72. — Infine, le restrizioni imposte dalla normativa italiana non devono eccedere quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito. A tal riguardo, il giudice del rinvio dovrà esaminare se la sanzione penale irrogata a chiunque effettui scommesse dal proprio domicilio in Italia via Internet con un *bookmaker* situato in un altro Stato membro non sia sproporzionata alla luce della giurisprudenza della Corte (v. sentenze 29 febbraio 1996, causa C-193/94, Skanavi e Chryssanthakopoulos, *Racc.*, I-929, punti 34-39, e 25 luglio 2002, causa C459/99, MRAX, *Racc.*, I-6591, punti 89-91), soprattutto dal momento che la partecipazione alle scommesse viene incoraggiata allorché si svolge nel contesto di giochi organizzati da enti nazionali autorizzati.

73. — Il giudice del rinvio dovrà inoltre chiedersi se la circostanza di imporre restrizioni penalmente sanzionate sino a un anno di arresto per gli intermediari che facilitino la prestazione di servizi da parte di un *bookmaker* stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui i detti servizi sono offerti, mettendo a disposizione degli scommettitori nei propri

locali la connessione via Internet con il *bookmaker*, costituisca una restrizione che ecceda quanto necessario per la lotta alla frode, soprattutto in considerazione del fatto che il prestatore di servizi è sottoposto, nello Stato membro in cui è stabilito, ad un sistema normativo di controlli e sanzioni, gli intermediari sono legittimamente costituiti e, prima delle modifiche normative di cui alla legge n. 388/2000, tali intermediari si ritenevano autorizzati a trasmettere scommesse su eventi sportivi esteri.

74. — Quanto alla proporzionalità della normativa italiana con riguardo alla libertà di stabilimento, anche se l'obiettivo perseguito dalle autorità di uno Stato membro è quello di evitare il rischio che i concessionari dei giuochi siano implicati in attività criminali o fraudolente, escludere la possibilità per le società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri di ottenere concessioni per la gestione di scommesse sportive, soprattutto quando esistano altri strumenti di controllo dei bilanci e delle attività delle dette società, può risultare una misura eccessiva rispetto a quanto necessario per impedire la frode.

75. — Spetta al giudice del rinvio verificare se la normativa nazionale, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non appaiano sproporzionate rispetto a tali obiettivi.

76. — Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, la questione pregiudiziale deve essere risolta nel senso che una normativa nazionale contenente divieti – penalmente sanzionati – di svolgere attività di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommessa, relative, in particolare, a eventi sportivi, in assenza di concessione o autorizzazione rilasciata dallo Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi previste, rispettivamente, agli artt. 43 CE e 49 CE. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi (*omissis*)».

## **Titolo di studio estero e ammissione alla pratica forense in Italia**

*(Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sezione quinta, 13 novembre 2003, nella causa C-313/01)*

La questione posta dalla remittente Corte di Cassazione italiana consisteva nello stabilire se un titolo di studio, conseguito da un cittadino comunitario in un Paese della Comunità possa – ai fini dell'iscrizione nel registro dei praticanti avvocati – essere fatto valere in altro Paese indipendentemente dal suo riconoscimento e dalla sua convalida. Nel caso di specie, una cittadina francese ha sostenuto che le dovesse essere riconosciuto automaticamente il titolo di studio di *maitrise en droit* per l'iscrizione al Registro dei praticanti avvocati, al fine di ovviare alla richiesta dell'Università di Genova di frequentare un corso abbreviato e di superare 13 esami onde le fosse convalidato il titolo di studio ai sensi dell'articolo 17 del Regio Decreto legge n. 1578 del 1933 (articolo che a tale limitato fine è tuttora vigente).

L'Avvocatura dello Stato ha sostenuto in giudizio: *a)* l'inapplicabilità della direttiva n. 5/98, che riguarda gli avvocati, cioè soggetti già in possesso del titolo sia accademico che professionale; *b)* l'inapplicabilità della direttiva 89/48/CEE, che concerne il riconoscimento dei titoli che attestano una formazione professionale ai fini dell'accesso ad una professione regolamentata, non sussistente nella fattispecie dedotta in giudizio; *c)* conseguentemente, l'impossibilità di consentire un riconoscimento «automatico» del titolo di studio conseguito all'estero, ai fini dell'iscrizione al praticantato.

Tutte tali proposizioni sono state integralmente condivise dalla Corte di Giustizia, la quale ha precisato: che la direttiva n. 5/98 non è applicabile poiché «riguarda solo l'avvocato completamente qualificato come tale nel suo Stato membro di origine»; che neppure la direttiva n. 89/48 è pertinente, poiché «l'attività di praticante-patrocinante non può essere qualificata come professione regolamentata» ai sensi di detta direttiva.

La Corte si è peraltro successivamente soffermata su ulteriori rilievi prospettati dalla Commissione europea, nel senso dell'asserita difformità rispetto all'art. 43 CE della prassi applicativa nel senso di esigere dal richiedente l'iscrizione al registro dei praticanti la frequenza di un «corso abbreviato» con il superamento di 13 esami e la discussione di una tesi.

A tale riguardo la Corte ha chiarito, anche mediante il richiamo ad alcuni propri precedenti (sentt. 7 maggio 1991, causa C-340/1989, *Vlassopoulos* e 8 luglio 1999, causa C-234/1997, *Fernandez de Bobadilla*), che per non incorrere in violazione dei principi di libera circolazione dei lavoratori (art. 39 CE) e di libertà di stabilimento (art. 43 CE), lo Stato membro ha l'obbligo di prendere in considerazione la qualifica straniera presentata dal richiedente l'ammissione al tirocinio, verificando in concreto se il diploma posseduto, eventualmente combinato con un'esperienza professionale, possa considerarsi o meno equivalente al titolo generalmente richiesto.

Ne consegue che, nel contesto della procedura di ammissione alla pratica forense, il diploma di studi superiori conseguito in altro Stato membro,

sebbene non debba essere automaticamente riconosciuto, può essere fatto valere dal cittadino comunitario ai fini di un raffronto con le conoscenze e le qualifiche richieste dallo Stato ospitante.

Spetta pertanto comunque all'autorità italiana di verificare, nell'ambito di una valutazione complessiva della posizione del richiedente, se e in quale misura le conoscenze attestate dal diploma nonché l'esperienza professionale comunque acquisita possano soddisfare, anche parzialmente, le condizioni richieste per l'accesso al praticantato.

*Avv. Antonio Cingolo*

**Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sezione quinta, 13 novembre 2003, nella causa C-313/01 – Rel. Edward – Avv. Gen. Stix-Hackl.** – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema di cassazione nella causa tra Christine Morgenbesser (Avv.ti G. Conte e G. Borneto) e Consiglio d'Ordine degli avvocati di Genova (Avv. M. Condinanzi). *Interv.*: Governi italiano (cont. 39627/01 Avv. Stato G. Fiengo), danese e Commissione delle C.E. (Trattato CE, artt. 10, 12, 14, 39, 43 e 149).

*Il diritto comunitario si oppone al rifiuto da parte delle autorità di uno Stato membro di iscrivere, nel registro di coloro che effettuano il periodo di pratica necessario per essere ammessi alla professione di avvocato, il titolare di una laurea in giurisprudenza conseguita in un altro Stato membro per il solo motivo che non si tratta di una laurea in giurisprudenza conferita, confermata o riconosciuta come equivalente da un'università del primo Stato.*

«(omissis) 43. — Per risolvere la questione pregiudiziale occorre innanzi tutto esaminare se un soggetto quale la ricorrente nella causa principale possa beneficiare delle disposizioni della direttiva n. 98/5 relativa alla professione di avvocato o di quelle della direttiva n. 89/48 relativa al reciproco riconoscimento di diplomi. Se queste direttive non sono applicabili, occorrerà poi esaminare se gli artt. 39 CE o 43 CE, come interpretati dalla Corte, in particolare nella citata sentenza Vlassopoulou, possano essere fatti valere in una situazione quale quella di cui alla causa principale.

44. — Occorre precisare, in via preliminare, in considerazione della formulazione della questione posta, che né la direttiva 98/5, né la direttiva n. 89/48, né gli artt. 39 CE e 43 CE richiedono che il riconoscimento di un diploma sia puramente «automatico».

45. — La direttiva n. 98/5 riguarda solo l'avvocato completamente qualificato come tale nel suo Stato membro di origine di modo che essa non si applica a coloro che non hanno ancora acquisito la qualificazione professionale necessaria per esercitare la professione di avvocato. Essa quindi non si applica in un caso quale quello di cui alla fattispecie della causa principale.

46. — Per quanto riguarda la direttiva n. 89/48, essa si applica, ai sensi dell'art. 2, a qualunque cittadino di uno Stato membro che intenda esercitare come lavoratore autonomo o subordinato una «professione regolamentata» in uno Stato membro ospitante.

47. — La sig.ra Morgenbesser sostiene ch'essa non rivendica l'accesso alla professione di avvocato, in quanto tale, ma, in questa fase, l'accesso a quella di praticante. A suo parere, l'attività del praticante rientra nella nozione di «professione regolamentata» ai sensi della direttiva n. 89/48. Poiché la sola condizione preliminare per accedere a questa professione è la laurea in giurisprudenza, essa potrebbe far valere la sua «*maitrise en droit*» per ottenere tale accesso. Un numero non trascurabile di praticanti e di praticanti-patrocinanti che non hanno superato l'esame finale continuerebbero ad esercitare la loro attività legale senza tuttavia essere cancellati dal registro dei praticanti.

48. — Secondo la definizione che risulta all'art. 1, lett. e), della direttiva n. 89/48, una professione regolamentata è «l'attività o l'insieme delle attività professionali regolamentate che costituiscono questa professione in uno Stato membro» e, secondo la definizione che figura in tale articolo, lett. d), l'attività professionale regolamentata è «un'attività professio-



nale per la quale l'accesso alla medesima o l'esercizio o una delle modalità di esercizio dell'attività in uno Stato membro siano subordinati, direttamente o indirettamente mediante disposizioni legislative regolamentari o amministrative al possesso di un diploma».

49. — Una professione deve quindi essere considerata regolamentata, ai sensi della direttiva n. 89/48, allorché l'accesso all'attività professionale di cui trattasi o l'esercizio della medesima è disciplinato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che istituiscono un regime che produce l'effetto di riservare espressamente tale attività professionale alle persone che soddisfano talune condizioni e di vietarne l'accesso a quelle che non le soddisfano (v. sentenze 1° febbraio 1996, causa C-164/1994, Aranitis, *Racc.*, I-135, punto 19, e Fernández de Bobadilla, *cit.*, punto 17).

50. — L'accesso alle attività di praticante e di praticante-patrocinante di cui trattasi nella causa principale, nonché l'esercizio delle medesime sono disciplinati da disposizioni legislative che istituiscono un regime che riserva tali attività a coloro che soddisfano talune condizioni e ne vieta l'accesso a coloro che non le soddisfano.

51. — Tuttavia, dalle dette disposizioni deriva che l'esercizio di queste attività è concepito nel senso che costituisce la parte pratica della formazione necessaria per accedere alla professione di avvocato. Dopo sei anni, il praticante-patrocinante che non supera l'esame previsto all'art. 17, primo comma, punto 6, del decreto legge n. 1578/1933 non sarà più autorizzato, secondo i termini di queste disposizioni, a continuare l'attività che esercitava in tale qualità.

52. — In tale contesto, l'attività di praticante-patrocinante non può essere qualificata come «professione regolamentata» ai sensi della direttiva n. 89/48, separabile da quella della professione di avvocato.

53. — Il fatto che un numero non trascurabile di praticanti-patrocinanti, che non hanno superato l'esame finale, continui ad esercitare attività legali e non sia cancellato dal registro dei praticanti, non può avere la conseguenza di qualificare le attività di praticante o di patrocinate, considerate isolatamente, come professione regolamentata ai sensi della direttiva n. 89/48.

54. — Risulta inoltre che la sig.ra Morgenbesser, non avendo ottenuto in Francia il «*certificat d'aptitude à la profession d'avocat*» (CAPA) (certificato d'idoneità alla professione di avvocato), non possiede i titoli professionali per accedere allo *status* di «*stagiaire*» (praticante) nell'ambito della professione di avvocato in questo Stato membro. In tale contesto, la «*maitrise en droit*» di cui dispone non costituisce, di per sé sola, un «diploma, certificato o altro titolo» ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva n. 89/48.

55. — Ne deriva che la sig.ra Morgenbesser non può avvalersi della direttiva n. 89/48.

56. — In considerazione di quanto precede, occorre esaminare se gli artt. 39 CE e 43 CE trovino applicazione nella fattispecie di cui alla causa principale. Solo nel caso in cui queste disposizioni non fossero applicabili sarebbe necessario esaminare le altre disposizioni del Trattato menzionate dal giudice del rinvio nella sua questione.

57. — Secondo la giurisprudenza, i cui principi sono stati enunciati nella citata sentenza Vlassopoulou, le autorità di uno Stato membro, quando esaminano la domanda di un cittadino di un altro Stato membro diretta a ottenere l'autorizzazione all'esercizio di una professione regolamentata, debbono prendere in considerazione la qualificazione professionale dell'interessato procedendo ad un raffronto tra, da un lato, la qualificazione attestata dai suoi diplomi, certificati e altri titoli nonché dalla sua esperienza professionale nel settore e, dall'altro, la qualificazione professionale richiesta dalla normativa nazionale per l'esercizio della professione corrispondente (v., da ultimo, sentenza 16 maggio 2002, causa C-232/1999, Commissione/Spagna, *Racc.*, I-4235, punto 21).

58. — Tale obbligo si estende a tutti i diplomi, certificati ed altri titoli, nonché all'esperienza acquisita dall'interessato nel settore, indipendentemente dal fatto che siano stati conseguiti in uno Stato membro o in un paese terzo, e non cessa di esistere in conseguenza dell'adozione di direttive relative al reciproco riconoscimento dei diplomi (v. sentenze 14 settembre 2000, causa C-238/1998, Hocsmán, *Racc.*, I-6623, punti 23 e 31, e Commissione/Spagna, *cit.*, punto 22).

59. — Secondo il Consiglio dell'Ordine di Genova, l'attività di praticante costituisce un'attività di formazione, alla quale non si applicano le disposizioni degli artt. 39 CE e 43 CE.

60. — Tuttavia, il periodo di pratica di cui trattasi nella causa principale comporta l'esercizio di attività, normalmente retribuite o dal cliente o dallo studio dove il praticante lavora, al fine di accedere a una professione regolamentata alla quale si applica l'art. 43 CE. Nella misura in cui la retribuzione del praticante assume la forma di un salario, può trovare applicazione anche l'art. 39 CE.

61. — Sia l'art. 39 CE sia l'art. 43 CE possono quindi trovare applicazione a una situazione quale quella di cui alla causa principale. Tuttavia, l'analisi non differisce a seconda che venga fatta valere la libera circolazione dei lavoratori o la libertà di stabilimento per opporsi al rifiuto, da parte del Consiglio dell'Ordine di Genova che opera in qualità di autorità competente per l'iscrizione nel registro dei praticanti, di prendere in considerazione, ai fini dell'iscrizione, la laurea in giurisprudenza ottenuta in un altro Stato membro e l'esperienza professionale acquisita.

62. — Come la Corte ha già precisato, l'esercizio del diritto di stabilimento viene ostacolato se le norme nazionali fanno astrazione dalle conoscenze e dalle qualifiche già acquisite dall'interessato in un altro Stato membro, di modo che le autorità nazionali competenti devono valutare se tali conoscenze siano valide ai fini dell'accertamento del possesso delle conoscenze mancanti (v. citt. sentenze Vlassopoulou, punti 15 e 20, e Fernández de Bobadilla, punto 33).

63. — In tale contesto, contrariamente a quanto sostiene il governo italiano, non si tratta, in un caso quale quello di cui alla fattispecie della causa principale, di una semplice questione di riconoscimento di titoli accademici.

64. — È vero che il riconoscimento, per fini accademici e civili, dell'equivalenza di un diploma ottenuto in un primo Stato membro può essere pertinente, e persino determinante, per l'iscrizione all'albo degli avvocati di un secondo Stato membro (v., a tale riguardo, sentenza 28 aprile 1977, causa n. 71/1976, Thieffry, *Racc.*, 765).

65. — Non ne deriva tuttavia che, ai fini dei controlli che l'autorità competente dello Stato membro ospitante deve effettuare in circostanze quali quelle della fattispecie di cui alla causa principale, è necessario verificare l'equivalenza accademica del diploma di cui si avvale l'interessato rispetto al diploma normalmente richiesto dai cittadini di tale Stato.

66. — La presa in considerazione del diploma dell'interessato, quale la «*maitrise en droit*» rilasciata da un'università francese, deve quindi essere effettuata nell'ambito della valutazione dell'insieme della formazione, accademica e professionale, che quest'ultimo può far valere.

67. — Ne deriva che spetta all'autorità competente verificare, conformemente ai principi sanciti dalla Corte nelle citate sentenze Vlassopoulou e Fernández de Bobadilla, se, e in quale misura, si debba ritenere che le conoscenze attestate dal diploma rilasciato in un altro Stato membro e le qualifiche o l'esperienza professionale ottenute in quest'ultimo, nonché l'esperienza ottenuta nello Stato membro in cui il candidato chiede di essere iscritto, soddisfino, anche parzialmente, le condizioni richieste per accedere all'attività di cui trattasi.

68. — Questa procedura di valutazione deve consentire alle autorità dello Stato membro ospitante di assicurarsi obiettivamente che il diploma straniero attesti, da parte del suo titolare, il possesso di conoscenze e di qualifiche, se non identiche, quanto meno equivalenti a quelle attestate dal diploma nazionale. Tale valutazione dell'equivalenza del diploma straniero deve effettuarsi esclusivamente in considerazione del livello delle conoscenze e delle qualifiche che questo diploma, tenuto conto della natura e della durata degli studi e della formazione pratica di cui attesta il compimento, consente di presumere in possesso del titolare (v. sentenze 15 ottobre 1987, causa n. 222/1986, Heylens e a., *Racc.*, 4097, punto 13, e Vlassopoulou, *cit.*, punto 17).

69. — Nel contesto di questo esame uno Stato membro può tuttavia prendere in considerazione differenze obiettive relative tanto al contesto giuridico della professione considerata nello Stato membro di provenienza quanto al suo campo di attività. Nel caso della professione di avvocato, lo Stato membro ha pertanto il diritto di procedere ad un esame comparativo dei diplomi tenendo conto delle differenze rilevate tra gli ordinamenti giudiziari nazionali interessati (sentenza Vlassopoulou, *cit.*, punto 18).

70. — Se a seguito di questo esame comparativo dei diplomi si arriva alla constatazione che le conoscenze e le qualifiche attestate dal diploma straniero corrispondono a quelle richieste dalle disposizioni nazionali, lo Stato membro è tenuto ad ammettere che questo

diploma soddisfa le condizioni fissate da dette disposizioni. Se, invece, a seguito di tale confronto emerge una corrispondenza solo parziale tra dette conoscenze e qualifiche, lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere che l'interessato dimostri di aver maturato le conoscenze e le qualifiche mancanti (sentenza *Vlassopoulou*, *cit.*, punto 19).

71. — A questo proposito, spetta alle autorità nazionali competenti valutare se le conoscenze acquisite nello Stato membro ospitante nel contesto di un ciclo di studi ovvero anche di un'esperienza pratica siano valide ai fini dell'accertamento del possesso delle conoscenze mancanti (sentenza *Vlassopoulou*, *cit.*, punto 20).

72. — In considerazione di quanto precede, occorre risolvere la questione posta dal giudice nazionale nel senso che il diritto comunitario si oppone al rifiuto da parte delle autorità di uno Stato membro di iscrivere, nel registro di coloro che effettuano il periodo di pratica necessario per essere ammessi alla professione di avvocato, il titolare di una laurea in giurisprudenza conseguita in un altro Stato membro per il solo motivo che non si tratta di una laurea in giurisprudenza conferita, confermata o riconosciuta come equivalente da un'università del primo Stato. (*omissis*)».

## **La competenza del giudice preventivamente adito nella Convenzione di Bruxelles: irrilevanza di una durata eccessivamente lunga del processo (\*).**

*(Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Plenum, 9 dicembre 2003, nella causa C-116/02).*

Il giudice austriaco, adito dopo il giudice italiano per la risoluzione di una medesima controversia, chiedeva se, a norma dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (e succ. mod. e integr.) sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ove ritenesse di essere (in via di ipotesi) competente in forza di una clausola attributiva di competenza ai sensi dell'art. 17 della convenzione, dovesse comunque sospendere ogni decisione in attesa di quella della competenza da parte del giudice adito per primo.

L'Avvocatura dello Stato per il Governo italiano e la Commissione avevano suggerito una risposta positiva, pur apprezzando la tesi opposta patrocinata dal Governo britannico, che, molto sensibile a soluzioni che rispondono ad una politica del commercio internazionale, proponeva, proprio per esigenze di incoraggiamento e sostegno di essa, la prevalenza in ogni caso di pattuizione di proroga della competenza fra le parti. Diverso e non assimilabile appariva il caso, invero ambiguamente deciso dalla Corte con la sentenza 27 giugno 1991, nella causa C-351/1989, *Overseas Union Insurance*, in *Racc. I*, 3317, nel quale il giudice successivamente adito era competente in via esclusiva ai sensi dell'art. 16 della Convenzione, in materie – cioè – sottratte alla disponibilità delle parti.

La Corte ha accolto la tesi nostra e della Commissione ed ha precisato (punti 44 e 45 della sentenza) la portata, ben più limitata di quella apparente, della sua precedente pronuncia sopra indicata: è vero – dice ora la Corte – che ivi essa «ha fatto salvo il caso in cui il giudice adito per secondo abbia una competenza esclusiva contemplata dalla Convenzione e, in particolare, dall'art. 16 della stessa», ma allora «in assenza di una qualsiasi rivendicazione di competenza esclusiva del giudice successivamente adito nella causa principale, la Corte si è semplicemente astenuta dal pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 21 della Convenzione nel caso che essa ha specificamente fatto salvo».

Più interessante, anche se di ovvia soluzione, è il punto relativo alla tassatività della regola dell'art. 21 della Convenzione anche nel caso di una ritenuta durata eccessivamente lunga dei processi dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato del giudice preventivamente adito, malgrado le contrarie osservazioni del Governo britannico, che suggeriva quantomeno che la Corte fissasse limiti temporali alla pronuncia di tale giudice.

---

(\*) Vedi A. PALATIELLO, «*Il termine ragionevole del processo: la memoria dell'Avvocatura dello Stato alle Sezioni Unite*», in questa *Rassegna*, 2003, n. 2-3, 209.

«La Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo – aveva osservato l'Avvocatura dello Stato nella discussione orale – nella sua meritoria ed apprezzatissima opera di tutela dei diritti fondamentali, nel tempo ha bacchettato numerosi Stati membri della Comunità europea per violazioni più o meno gravi e della più varia natura della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Non intendiamo certo fare una graduatoria della maggiore o minore gravità, né del numero più o meno consistente delle violazioni accertate e, ricordato però che ognuno ha i suoi peccati (chi è senza peccato scagli la prima pietra), riconosciamo con tutta franchezza che la giustizia in Italia ha avuto un corso piuttosto lento e che a causa di ciò numerosissime sono state le sentenze della Corte di Strasburgo che hanno sanzionato, in concreto, tale situazione riconoscendo un'equa riparazione a chi ha avuto giustizia in tempo non ragionevole. Ora l'Italia non solo ha adottato o è in procinto di adottare provvedimenti acceleratori dei processi, ma ha anche predisposto un meccanismo di ricorso interno (la cosiddetta *legge Pinto* 27 marzo 2001, n. 89) che consente a coloro che lamentano un irragionevole ritardo il conseguimento in tempi rapidi di un'equa riparazione, senza più passare per la Corte di Strasburgo.

«Fatta questa premessa generale occorre però avvertire che la lentezza della giustizia non è affatto un fenomeno generalizzato in Italia, pur riguardando – in effetti – un buon numero di processi, civili e penali. Vi sono però numerosissimi uffici giudiziari che assicurano una giustizia rapida in tempi più che ragionevoli e vi sono anche numerosissime controversie che, qualunque sia l'ufficio, vengono comunque definite rapidamente.

«A prescindere dal caso concreto, con riferimento al quale non è portato alcun elemento a dimostrazione di un'eccessiva lentezza del processo italiano – ha proseguito la difesa del Governo italiano –, la questione è ancor più sorprendente se si intende, come sembra, generalizzare la questione, coinvolgendo l'intera giustizia italiana e addirittura la giustizia di tutti i paesi latini. E ciò lasciando al giudice secondo adito, appartenente ad un paese evidentemente «virtuoso», il potere di valutare esso se il giudice adito per primo è attendibilmente rapido nel dare giustizia.

«È vero che almeno da parte del Governo del R.U., si chiede alla Corte di fissare i paletti fra i quali dovrebbe scorrere la valutazione del giudice adito per secondo. Ma anche con questi limiti una disapplicazione della convenzione di Bruxelles sarebbe palesemente inaccettabile. Tanto varrebbe sopprimerla e lasciare che ogni Stato si fidi dei propri giudici, si faccia le proprie sentenze e tutto resti come era prima che nascesse la Comunità europea. Non v'è dubbio che nel regime comunitario vigente possa anche esserci qualche caso in cui si adisca maliziosamente un giudice incompetente non solo per creare di per sé un ostacolo all'instaurazione e allo sviluppo del giudizio davanti al giudice effettivamente competente, ma anche confidando in un possibile ritardo nella decisione del primo giudice, magari abilmente provocato con questioni preliminari. Questo è però un fenomeno che non riguarda solo i rapporti fra i giudici di due Stati membri, ma anche quelli fra giudici diversi di un medesimo Stato: anche in tal caso può verificarsi che il giudice per primo adito ritardi la sua decisione e che, per litispendenza, non possa

proseguire la causa davanti ad un secondo giudice. In tali casi il rimedio non è quello di fissare al primo giudice un termine per pronunciarsi, ma quello di sollecitare nei limiti consentiti la sua pronuncia e comunque richiedere alla controparte i danni per lite temeraria o altro.

«I rimedi suggeriti dal Governo britannico per limitare la competenza del primo giudice – ha concluso la difesa italiana – non solo non trovano alcun supporto, *de jure condito*, nella convenzione per quanto largamente la si voglia interpretare; ma non sarebbero neanche opportuni *de jure condendo* in una modifica della convenzione (ora del regolamento n. 44/2001). Scopo della convenzione è la costituzione di uno spazio giudiziario europeo e, come è avvenuto e avviene in molti altri settori, la comunanza può creare qualche inconveniente in concreto: è questo però il prezzo da pagare perché si costituisca una Europa unita».

La Corte ha pienamente accolto tale punto di vista, sottolineando come la Convenzione di Bruxelles si basi necessariamente sulla fiducia che gli Stati contraenti accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie.

*Avv. Oscar Fiumara*

**Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Plenum, 9 dicembre 2003, nella causa C-116/02 – Pres. Skouris – Rel. Schintgen – Avv. Gen. Léger – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht Innsbruck nella causa Gasser c. Misat – Interv.: Governi italiano (avv. Stato O. Fiumara) e del Regno Unito e Commissione delle C.E. (Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 e succ. mod. e integr., artt. 17 e 21).**

*Un giudice nazionale può, in forza del protocollo 3 giugno 1971 relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della convenzione 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, come modificato dalla convenzione 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla convenzione 25 ottobre 1982 relativa all'adesione della Repubblica ellenica, dalla convenzione 26 maggio 1989 relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese e dalla convenzione 29 novembre 1996 relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia, sottoporre alla Corte una domanda d'interpretazione di questa convenzione, nonostante essa si basi su affermazioni di una parte nella causa principale di cui il detto giudice non ha ancora verificato la fondatezza, qualora ritenga, tenuto conto delle particolarità della causa, che una pronuncia pregiudiziale sia necessaria per poter emettere la sua sentenza e le questioni pregiudiziali che sottopone alla Corte siano pertinenti. Spetta ad esso tuttavia fornire a quest'ultima elementi di fatto e di diritto che le consentano di dare un'interpretazione della detta convenzione che sia utile nonché di indicare i motivi per cui ritiene che una soluzione delle sue questioni sia necessaria per la definizione della controversia.*

*L'art. 21 della convenzione 27 settembre 1968 dev'essere interpretato nel senso che il giudice successivamente adito e la cui competenza è stata fatta valere in forza di una clausola attributiva di competenza deve tuttavia sospendere il procedimento finché il giudice preventivamente adito si sia dichiarato incompetente.*

*L'art. 21 della convenzione 27 settembre dev'essere interpretato nel senso che non si può derogare alle sue disposizioni allorché, in generale, la durata dei procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato contraente, in cui ha sede il giudice preventivamente adito, è eccessivamente lunga.*

«(omissis) Sulla seconda questione

41. — Occorre ricordare, in via preliminare, che l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles figura, unitamente all'art. 22, relativo alla connessione, nel titolo II, sezione 8, di tale convenzione, la quale mira, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia nel-

l'ambito della Comunità, ad evitare procedimenti paralleli dinanzi ai giudici di diversi Stati contraenti e il contrasto di decisioni che potrebbe conseguirne. Pertanto, questa disciplina è volta, per quanto possibile, ad escludere, fin dall'inizio, una situazione come quella contemplata dall'art. 27, punto 3, della suddetta convenzione, vale a dire il mancato riconoscimento di una decisione in quanto contrastante con una decisione pronunciata tra le stesse parti nello Stato richiesto (v. sentenza *Gubisch Maschinenfabrik*, sopramenzionata, punto 8). Ne consegue che, per raggiungere questi scopi, l'art. 21 deve costituire oggetto di un'interpretazione ampia, che ricomprende, in linea di massima, tutte le situazioni di litispendenza dinanzi ai giudici di Stati contraenti, indipendentemente dal domicilio delle parti (sentenza *Overseas Union Insurance e a.*, sopramenzionata, punto 16).

42. — Risulta dalla chiara formulazione dell'art. 21 che, in una situazione di litispendenza, il giudice successivamente adito deve sospendere d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice previamente adito e, in tal caso, deve dichiarare la propria incompetenza a favore di quest'ultimo.

43. — A tal riguardo, come la Corte ha rilevato al punto 13 della sentenza *Overseas Union Insurance e a.*, sopramenzionata, l'art. 21 non opera alcuna distinzione tra i vari fondamenti di competenza contemplati dalla convenzione di Bruxelles.

44. — È vero che, al punto 26 della sentenza *Overseas Union Insurance e a.*, sopramenzionata, prima di dichiarare che l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles deve essere interpretato nel senso che, quando la competenza del giudice adito per primo è contestata, il giudice adito per secondo può solo sospendere il procedimento, qualora non si dichiari incompetente, e non può accertare egli stesso la competenza del giudice adito per primo, la Corte ha fatto salvo il caso in cui il giudice adito per secondo abbia una competenza esclusiva contemplata dalla detta convenzione e, in particolare, dall'art. 16 della stessa.

45. — Tuttavia, dal punto 20 della stessa sentenza risulta che, in assenza di una qualsiasi rivendicazione di competenza esclusiva dal giudice adito successivamente nella causa principale, la Corte si è semplicemente astenuta dal pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 21 della convenzione nel caso che essa ha specificamente fatto salvo.

46. — Nella fattispecie, una competenza del giudice successivamente adito è rivendicata sulla base dell'art. 17 della convenzione.

47. — Tuttavia, questa circostanza non è tale da rimettere in discussione l'applicazione della regola procedurale contenuta nell'art. 21 della detta convenzione, la quale si basa chiaramente ed unicamente sull'ordine cronologico in cui i giudici di cui trattasi sono stati aditi.

48. — Inoltre, il giudice adito per secondo non è, in nessun caso, più qualificato del giudice adito per primo a pronunciarsi sulla competenza di quest'ultimo. Infatti, questa competenza è determinata direttamente dalle norme della Convenzione di Bruxelles, che valgono per entrambi i giudici e che possono venire interpretate ed applicate con pari autorità da ciascuno di essi (v., in tal senso, sentenza *Overseas Union Insurance e a.*, sopramenzionata, punto 23).

49. — Pertanto, in presenza di una clausola attributiva di competenza, ai sensi dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles, non solo, come rilevato dalla Commissione, le parti hanno sempre la possibilità di rinunciare ad avvalersene e, in particolare, il convenuto ha la possibilità di comparire dinanzi al giudice preventivamente adito senza sollevare l'incompetenza di quest'ultimo sulla base della clausola di attribuzione di competenza, conformemente all'art. 18 della convenzione, ma, inoltre, al di fuori di questa ipotesi, spetta al giudice preventivamente adito verificare l'esistenza della clausola e dichiararsi incompetente, se è accertato, secondo la formulazione dell'art. 17, che le parti hanno effettivamente convenuto la competenza esclusiva del giudice successivamente adito.

50. — Ciò non toglie tuttavia che, nonostante il riferimento agli usi del commercio internazionale, contenuto nell'art. 17 della convenzione di Bruxelles, la reale esistenza del consenso degli interessati costituisca sempre uno degli obiettivi di questa disposizione, giustificato dall'intento di tutelare il contraente più debole, evitando che clausole attributive di competenza, inserite nel contratto da una sola delle parti, passino inosservate (v. sentenza 20 febbraio 1997, causa C-106/1995, *MSG, Racc.*, p. I-911, punto 17, e Castelletti, sopramenzionata, punto 19).

51. — In tale situazione, tenuto conto delle contestazioni che possono sorgere circa l'esistenza stessa di un incontro di volontà delle parti, espresso in osservanza delle condizioni di forma restrittive enunciate all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles, è conforme alla

certezza del diritto da quest'ultima perseguita che, in caso di litispendenza, sia determinato in maniera chiara e precisa quale dei due giudici nazionali accerterà se sia competente secondo le norme della detta convenzione. Deriva chiaramente dalla formulazione dell'art. 21 di quest'ultima che spetta al giudice preventivamente adito pronunciarsi sulla sua competenza, eventualmente in relazione ad una clausola attributiva di competenza che verrebbe fatta valere dinanzi ad esso, la quale dev'essere considerata come una nozione autonoma che dev'essere valutata solo in relazione ai requisiti del detto art. 17 (v., in tale senso, sentenza 10 marzo 1992, causa C-214/1989, *Powell Duffryn*, *Racc.* I-1745, punto 14).

52. — Per il resto, l'interpretazione dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles che deriva da quanto precede è corroborata dall'art. 19 della detta convenzione che prevede l'obbligo per un giudice di uno Stato contraente di dichiararsi d'ufficio incompetente solo nel caso in cui viene «investito a titolo principale di una controversia per la quale l'art. 16 prescrive la competenza esclusiva di un organo giurisdizionale di un altro Stato contraente». L'art. 19 della Convenzione di Bruxelles non fa riferimento all'art. 17.

53. — Infine, le difficoltà, quali quelle fatte valere dal governo del Regno Unito, derivanti dai comportamenti dilatori delle parti che, intendendo ritardare la soluzione della controversia nel merito, avviano una azione dinanzi ad un giudice della cui incompetenza sono a conoscenza a causa dell'esistenza di una clausola attributiva di competenza, non sono tali da rimettere in discussione l'interpretazione di una delle disposizioni della convenzione di Bruxelles, quale risulta dalla sua formulazione e dalla sua finalità.

54. — Tenuto conto di quanto precede, occorre risolvere la seconda questione dichiarando che l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles dev'essere interpretato nel senso che il giudice successivamente adito e la cui competenza è stata fatta valere in forza ad una clausola attributiva di competenza deve tuttavia sospendere il procedimento finché il giudice preventivamente adito si sia dichiarato incompetente.

#### *Sulla terza questione.*

55. — Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles debba essere interpretato nel senso che si può derogare alle sue disposizioni allorché, in generale, la durata dei procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato contraente nel quale ha sede il giudice preventivamente adito è eccessivamente lunga. (*Omissis*).

#### *Giudizio della Corte sulla terza questione.*

70. — Come hanno rilevato, da un lato, la Commissione e, dall'altro, l'avvocato generale a paragrafi 88 e 89 della sue conclusioni, un'interpretazione dell'art. 21 della Convenzione di Bruxelles secondo cui l'applicazione di questo articolo dovrebbe essere esclusa nell'ipotesi in cui il giudice preventivamente adito appartenesse ad uno Stato membro i cui organi giurisdizionali hanno, in generale, termini di trattazione delle cause eccessivamente lunghi sarebbe manifestamente incompatibile sia con la lettera sia con la struttura e la finalità di questa convenzione.

71. — Infatti, da un lato, la detta convenzione non contiene alcuna disposizione in forza della quale le sue norme e, in particolare, l'art. 21 cesserebbero di trovare applicazione a causa della lunghezza del procedimento dinanzi ai giudici dello Stato contraente in questione.

72. — D'altra parte, occorre ricordare che la Convenzione di Bruxelles si basa necessariamente sulla fiducia che gli Stati contraenti accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie. Questa fiducia reciproca ha consentito la creazione di un sistema obbligatorio di competenza, che tutti i giudici che rientrano nel campo di applicazione della convenzione sono tenuti a rispettare, e la correlativa rinuncia da parte di questi stessi Stati alle loro norme interne di riconoscimento e di delibazione delle sentenze straniere a favore di un meccanismo semplificato di riconoscimento e di esecuzione delle decisioni giudiziarie. È anche pacifico che la detta convenzione mira così a garantire la certezza del diritto consentendo ai singoli di prevedere con sufficiente certezza il giudice competente.

73. — Tenuto conto di quanto precede, occorre risolvere la terza questione dichiarando che l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles deve essere interpretato nel senso che non si può derogare alle sue disposizioni allorché, in generale, la durata dei procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato contraente, in cui ha sede il giudice preventivamente adito, è eccessivamente lunga (*Omissis*).



## I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

### **Causa T-46/03 – Decisione della Commissione in materia di violazione dell’articolo 65 del trattato CECA** (cs. 9488/03, avv. dello Stato M. Fiorilli).

#### IL FATTO

Con decisione del 17 dicembre 2000 e 2 C (2002) 5087 del f. E, relativa ad una procedura di applicazione dell’articolo 65 del trattato CECA nel caso COMP/317.956 — tondo per cemento armato — ha inflitto alla L. s.p.a. un’ammenda, in solido con la società A.F. in liquidazione, per aver posto in essere, assieme ad altre dieci imprese e, per il periodo 6 dicembre 1989 e 27 giugno 2002, un’intesa unica, complessa e continuata sul mercato italiano del tondo per cemento armato in rotoli, avente per oggetto o per effetto la fissazione dei prezzi (prezzo base prezzo dell’extra), in funzione della quale è stata anche concordata la limitazione o il controllo della produzione o della vendita.

#### CONSIDERAZIONI

Il Governo italiano è intervenuto in giudizio, duplicando un ricorso diretto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, per far rilevare la nullità della decisione per carenza assoluta di potere della Commissione.

### **Causa C-19/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Conversione in euro di tariffe contrattuali – Tutela del consumatore – Regolamento CE n. 1103/997 del Consiglio del 17 giugno 1997 – Ordinanza del «Landgericht» (Germania) emessa il 17 dicembre 2002, notificata l’11 marzo 2003** (cs. 6421/03, avv. dello Stato G. Aiello).

#### IL FATTO

Le questioni traggono origine nell’ambito di una azione giudiziaria intentata da un istituto qualificato per la ricerca delle violazioni del diritto dei consumatori ai sensi della legge sulle azioni inibitorie. La convenuta gestisce una rete di telefonia cellulare. Nell’estate 2001, per effettuare il passaggio delle tariffe telefoniche dal marco tedesco all’euro, ha convertito il prezzo per minuto conformemente al tasso di cambio arrotondandolo ai sensi dell’articolo 5 e ricavando da tale prezzo quello dei singoli scatti, arrotondando ulteriormente quest’ultimo in decimillesimi e ricavando il prezzo finale della conversazione dalla somma degli scatti, arrotondato a sua volta in centesimi.

#### I QUESITI

1. – Se l’art. 5, prima frase del regolamento debba essere interpretato nel senso che in un rapporto contrattuale di diritto privato può e deve essere arrotondato solo l’importo finale fatturato oppure la singola voce riportata nella fattura, ovvero se, ai sensi della detta disposizione, un importo monetario da pagare o da contabilizzare sia rappresentato da una tariffa o da un

prezzo stabilito contrattualmente. Se sia rilevante, ai fini della soluzione della questione se una tariffa rappresenti un importo da pagare o da contabilizzare ai sensi dell'art. 5 del regolamento, la circostanza che la detta tariffa faccia riferimento ad un determinato multiplo (nel caso di specie: il sestuplo) dell'unità a base della determinazione dell'importo finale fatturato (nel caso di specie: lo scatto ogni dieci secondi) oppure rappresenti, dal punto di vista del consumatore, lentità di calcolo decisiva.

2. — Se il regolamento (in particolare il suo art. 5) debba essere interpretato nel senso che esso contiene una disciplina esaustiva, di modo che importi diversi da quelli da pagare o da contabilizzare (ove ve ne possano essere) non possono essere arrotondati secondo le modalità prescritte all'art. 5 e quindi devono essere comunicati ancora nella vecchia valuta nazionale ovvero si deve procedere ad una comunicazione esatta del risultato della conversione.

**Causa C-45/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) — Provvedimenti di espulsione — Motivi di ordine pubblico — Parere autorità competente — Cittadini ucraini — Articoli 7, 8 e 9 direttiva 64/221/CEE — Articoli 2, 5, 6, 13 e 14 CEDU.**

**IL FATTO**

Il caso riguarda una cittadina Ucraina, arrivata in Italia dall'Austria in cui era entrata munita di visto Schengen di tipo «C», espulsa per non aver richiesto il permesso di soggiorno entro otto giorni lavorativi dall'ingresso in Italia, come invece esige l'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 286/1998. Tale espulsione è stata coattivamente eseguita immediatamente dopo la notifica del decreto di espulsione, presentato per la convalida il giorno seguente, comunque entro il termine di 48 ore dalla sua emissione posto dall'articolo 13, comma 5 *bis* del decreto legislativo 286/1998.

**I QUESITI**

1. — Se le singole norme comunitarie soprarichiamate — articoli 7, 8 e 9 della direttiva del Consiglio delle Comunità europee n. 221 del 25 febbraio 1964 e articoli 2, 5, 6, 13 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1957 e i principi generali e fondamentali del diritto comunitario — vadano interpretati nel senso che ogni straniero che venga espulso da uno Stato membro della Comunità Europea ha diritto di ottenere che il provvedimento di espulsione, prima di essere eseguito, sia sottoposto al giudizio di un'autorità diversa rispetto quello che lo ha adottato e imparziale.

2. — Se le singole norme comunitarie sopra richiamate — articoli 7, 8 e 9 della direttiva del Consiglio delle Comunità europee n. 221 del 25 febbraio 1964 e articoli 2, 5, 6, 13 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1957 e i principi generali e fondamentali del diritto comunitario — vadano interpretati nel senso che è inammissibile e illegittimo che la polizia di uno Stato membro della Comunità europea possa, senza il controllo preventivo di

alcuna altra autorità, pretendere con forza di espellere chi essa unilateralmente ritenga non avere diritto di restare nel territorio dello Stato medesimo e possa farlo in tempi e con modalità tali da sottrarre tale sua attività al concreto ed effettivo controllo di autorità terza e imparziale sia prima che durante che dopo l'esecuzione dell'attività medesima.

3. — Se le singole norme comunitarie sopra richiamate – articoli 7, 8 e 9 della direttiva del Consiglio delle Comunità europee n. 221 del 25 febbraio 1964 e articoli 2, 5, 6, 13 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1957 e i principi generali e fondamentali del diritto comunitario – vadano interpretati nel senso che è logico e legittimo che uno Stato membro della Comunità europea preveda un sistema di controllo giurisdizionale dei provvedimenti di espulsione degli stranieri e della attività di polizia esecutiva degli stessi tale da essere sostanzialmente del tutto e ininfluenza sugli effetti di quei provvedimenti e sulle attività esecutive degli stessi e da costituire, conseguentemente, null'altro che una parvenza formale di tutela giudiziaria, del tutto priva di concreto rilievo e pratica utilità.

4. — Se le singole norme comunitarie sopra richiamate – articoli 7, 8 e 9 della direttiva del Consiglio delle Comunità europee n. 221 del 25 febbraio 1964 e articoli 2, 5, 6, 13 e 14 della Convenzione per la salvaguardia di diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e i principi generali e fondamentali del diritto comunitario – vadano interpretati nel senso che è legittimo che uno Stato membro della Comunità europea disciplini provvedimenti di espulsione degli stranieri ed esecuzione degli stessi in modo tale da impedire concretamente l'esercizio da parte degli espulsi l'esercizio del loro eventuale diritto di asilo e rifugio.

5. — Se le singole norme comunitarie sopra richiamate – articoli 7, 8 e 9 della direttiva del Consiglio delle Comunità europee n. 221 del 25 febbraio 1964 e articoli 2, 5, 6, 13 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e i principi generali e fondamentali del diritto comunitario – vadano interpretati nel senso che è illegittimo, perché sproporzionatamente e iniquamente afflittivo e limitativo dei diritti di libertà personale tutti riconosciuti nella Comunità europea, che uno Stato membro della Comunità preveda che i decreti di espulsione di stranieri muniti di regolare passaporto siano eseguiti coattivamente, con la forza, immediatamente (nel senso di pochi minuti) dopo la loro notificazione allo straniero destinatario dell'atto anche in assenza di concrete specifiche esigenze di ordine e sicurezza pubblica che giustificano un tale ricorso alla coazione fisica.

6. — Se le singole norme comunitarie sopra richiamate – articoli 7, 8 e 9 della direttiva del Consiglio della Comunità europea n. 221 del 25 febbraio 1964 e articoli 2, 5, 6, 13 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e i principi generali e fondamentali del diritto comunitario vadano interpretati nel senso che contrastano con essi le disposizioni normative di cui all'articolo 13, commi 3, 4 e 5-bis del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 dello Stato italiano nel testo oggi vigente.

## NOTA

*Il Giudice remittente espone che la rilevanza delle questioni poste discenderebbe dal fatto che ove la Corte di Giustizia e delle Comunità Europee dovesse ritenere fondate, la richiesta di convalida del provvedimento andrebbe dichiarata inammissibile perché illogicamente ed illegittimamente presentata dopo che il provvedimento da giudicare era stato eseguito e i provvedimenti adottati dal Prefetto e dal Questore nei confronti dell'interessata andrebbero dichiarati illegittimi.*

*Il Governo italiano è intervenuto in giudizio evidenziando quanto di seguito sintetizzato.*

1. — *Le questioni interpretative attengono al generale problema della immigrazione clandestina e alla espulsione degli immigrati in posizione irregolare. Non esiste una posizione comune europea sulla immigrazione e non esiste una politica europea sulla immigrazione. La presa di posizione del Parlamento europeo sul punto sono indicative della ricerca di un progetto politico sulla immigrazione in presenza di una situazione assai articolata e con evidenze di pratiche generali illegittime e di singoli comportamenti delle autorità competenti degli Stati membri discriminatorie. I documenti rilevanti sono: la «Risoluzione sulle pratiche di espulsione degli immigrati in situazione irregolare» (in GUCE n. 320 del 28 ottobre 1996, pagina 198); la «Risoluzione sulla morte di Semira Samer a seguito della sua espulsione» (in GUCE n. C 328 delle 26 ottobre 1998, pagina 188), nel cui corpo vengono richiamate le precedenti risoluzioni. Ciascuna di dette risoluzioni è datata e meriterebbe un approfondimento critico in relazione alla situazione normativa italiana e in materia di ingresso e permanenza di stranieri. Sinteticamente si può affermare: – che l'ordinamento italiano rispetta il diritto al ricongiungimento; – non pratica il «respingimento» dei rifugiati; – assicura l'assistenza sanitaria dei clandestini; – assicura il diritto di difesa. La normativa italiana in materia di immigrazione è stata più volte, e correttamente in relazione al riparto della giurisdizione tra Corte Costituzionale italiana e Corte di Giustizia della Comunità europea, sottoposta a valutazione di legittimità costituzionale ed ha acquisito assetto di legittimità costituzionale sul punto della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Questo è importante perché proprio la Corte di Giustizia nella sentenza emessa nella causa C-459/1999 ha fatto richiamo alle tradizioni costituzionali comuni degli membri e le pronunce della Corte costituzionale concorrono a tale tradizione comune.*

2. — *Le questioni poste dal giudice italiano debbono essere esaminate sotto un duplice profilo: a) la tutela di diritti dell'uomo; b) il diritto comunitario.*

a) *La tutela dei diritti dell'uomo ha, in relazione alla posizione del singolo, due livelli. L'uno è quello proprio del cittadino (e del «non» cittadino parificato) nei confronti dello Stato di appartenenza e si fonda sulla sua qualità di membro di una specifica comunità politica, della quale il singolo Stato è ente esponenziale. L'altro è quello proprio del «non» cittadino nei confronti della comunità politica con la quale viene in contatto. La tutela a questo livello è limitata ai diritti qualificati come essenziali per il rispetto della dignità comune. Nella prima ipotesi il livello di tutela è più elevato e, comunque, deve corrispondere al livello qualificato come essenziale dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dalle Dichiarazioni regionali. La giurisprudenza delle Corti interna-*

zionali è posta a tutela di detto livello essenziale, mentre la giurisdizione nazionale è posta a tutela del livello proprio dei cittadini nei confronti di quello «essenziale» e nei confronti dei «non cittadini». Nell'ipotesi della giurisdizione nazionale, rimangono fermi i ricorsi alla giurisdizione internazionale per garantire la tutela di diritti essenziali, in quanto condizione indeclinabile della tutela della dignità dell'essere umano. Nessuna norma internazionale riconosce alla persona quale diritto essenziale il risiedere in uno Stato diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e quindi presso una comunità politica diversa da quella di cittadinanza. L'ammissione alla residenza nel territorio nazionale dipende, in generale, da un atto proprio dello Stato ospitante ed è espressione di sovranità.

b) Il diritto europeo non parifica il cittadino di uno Stato terzo al cittadino di uno Stato membro. Per parificare i cittadini degli Stati membri in relazione al soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza ha dovuto prevedere il diritto sotto forma di «libertà» nel Trattato istitutivo ed emanare la direttiva n. 64/221/CEE. Il trattato prevede la «libera circolazione» delle persone, libertà che si articola nella «non discriminazione» dei lavoratori dipendenti appartenenti ad uno Stato membro rispetto ai lavoratori nazionali (articolo 39); e nel «diritto di stabilimento» per i lavoratori autonomi cittadini degli Stati membri («articolo 43) e i «lavoratori degli Stati membri» (articolo 39) e nel diritto di «stabilimento» (articolo 43).

La normativa comunitaria non prende posizione, in generale, in merito alle modalità di esercizio del diritto di difesa. Laddove lo ha ritenuto necessario per salvaguardare la parità di trattamento dei cittadini di uno Stato membro nell'esercizio delle libertà riconosciute dal Trattato, lo ha fatto espressamente.

È quanto ha fatto con gli articoli 8 e 9 della direttiva 64/221/CEE.

L'articolo 7 della direttiva, per quanto riguarda il «tempo» concesso per lasciare il territorio nazionale al cittadino di uno Stato membro, indica un tempo «non inferiore a 15 giorni nel caso di diniego del permesso di soggiorno» (a); e «ad un mese negli altri casi»(b). La prescrizione di un «termine minimo» non è giustificata con riferimento alla proposizione del ricorso giurisdizionale, in quanto la tutela giurisdizionale è concessa senza riferimento alla presenza del cittadino comunitario nel territorio dello Stato che ha emanato il provvedimento. La ragione della previsione di uno spazio temporale per lasciare il territorio non ha, quindi, causa nella salvaguardia di principi fondamentali (la tutela della dignità umana), ma nella presunzione della insussistenza di motivi di tutela dell'interesse pubblico generico dello Stato ospitante all'abbandono del suo territorio da parte del cittadino comunitario. Gli articoli 8 e 9 riguardano l'esercizio del diritto di difesa rispetto all'atto di diniego e di allontanamento. Il trattamento del «non cittadino», cui è attribuita la libertà di stabilimento, che in linea di principio replica quella del «cittadino», in questa fattispecie ammette, quindi, una diversificazione, il cui limite però, quanto alla tutela giurisdizionale, è previsto dall'articolo 9 nel caso di «diniego del rilascio del permesso di soggiorno» (sempre necessario, quindi, in quanto espressione della sovranità dello Stato ospitante) o «del suo rinnovo» o contro la «decisione di allontanamento» (che presuppone l'esercizio di un potere distinto da quello di concedere o rinnovare il soggiorno). L'articolo 9 mira ad assicurare una valutazione di «merito» della posizione del cittadino comunitario da parte di un soggetto terzo rispetto all'autorità che assume il provvedimento (giudice: nel caso che venga riconosciuta

*una giurisdizione anche nel merito; parere dell'autorità competente: nel caso in cui si riconosca una giurisdizione di sola legittimità o il ricorso non abbia avuto sospensione o il provvedimento non sia giustiziabile) e l'articolo conferma che il diritto di difesa può essere assicurato anche con la previsione che il «non cittadino» possa chiedere di essere personalmente sentito da una autorità indipendente per l'espressione di un parere sulla sua richiesta di soggiorno. La sentenza emessa nella causa C-459/1999 con il predicare un'interpretazione estensiva della disposizione dell'articolo 9 della direttiva, in quanto conforme alla tradizione costituzionale comune agli Stati membri «sancita dalla Convenzione nei suoi articoli 6 e 13», non affronta il tema della «valutazione della sufficienza» dei mezzi di tutela del diritto di difesa. Il diritto di difesa dei diritti riconosciuti dalla CEDU si limita al processo in condizioni di «non discriminazione» (articoli 6, 13 e 14).*

*La CEDU non garantisce il diritto della persona a risiedere in uno Stato diverso da quello di cui si ha la cittadinanza. La Convenzione riconosce solo divieti attinenti alla salvaguardia della dignità dell'uomo o che devono essere rispettati da tutti e sui quali è richiamato, in principio, l'impegno di tutti. Il Parlamento europeo nella Risoluzione 28 ottobre 1996, si limita ad una raccomandazione agli Stati membri «a trattare le questioni relative agli immigrati in situazione irregolare procedendo a un esame caso per caso, evitando il più possibile qualsiasi procedura sommaria e applicando a detti casi il principio di equità» e non può fare di più, in quanto solo nei casi di rifugiati e di asilo politico esistono Convenzioni internazionali che impongono concreti adempimenti da parte degli Stati, che le hanno ratificate.*

3. — *Il punto di diritto che si pone al giudice italiano è, per sua stessa ammissione, se «abbia un senso e quale una legge che consente alla polizia di sottoporre al sottoscritto giudice, perché decida se convalidare o no, un provvedimento già eseguito, che ha esaurito tutti i suoi effetti e con riferimento al quale del tutto è irrilevante e sotto tutti i profili l'esito di questo procedimento di convalida». Si tratta di un falso problema. La mancanza di convalida rende illegittimo il provvedimento di espulsione del «non cittadino», con l'effetto che cessano tutti gli effetti ad esso connessi, quali – ed è il più importante – il divieto di ingresso nel territorio italiano per un periodo determinato (articolo 13, comma 14 del decreto legislativo n. 286/1998). L'interesse del «non cittadino» che è violato da un provvedimento illegittimo di espulsione è unicamente quello di non poter soggiornare nel territorio italiano e l'annullamento del provvedimento formalmente ripristina lo stato antecedente, con l'effetto di rendere legittimo il soggiorno (se la espulsione non è stata eseguita) o di attribuirgli il diritto al rientro (se la espulsione è stata eseguita o il «non cittadino» ha abbandonato spontaneamente il territorio nazionale).*

4. — *Si è concluso, pertanto, rilevando che i presupposti delle questioni interpretative sono errati e l'argomentazione svolta dal giudice italiano evidenziano una angolatura di giudizio che non ha, all'oggi, un aggancio né nel diritto positivo, né nel diritto costituzionale italiano, né europeo. Si è sottolineato, infine, che eventuali comportamenti non improntati alla prudenza che la materia, assai sensibile sul piano umanitario e di solidarietà internazionale, richiede trovano sanzione nei meccanismi di controllo interni dell'ordinamento e, quindi, anche sotto questo profilo non vi è spazio per una valutazione della normativa*

*nazionale, tra l'altro di competenza della Corte costituzionale italiana e non della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, trattandosi di valutazione di una disciplina interna di settore non armonizzato.*

**Causa C – 104/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Dichiarazioni testimoniali rese prima della pendenza di un giudizio Nozione di provvedimento** – Art. 24 Convenzione di Bruxelles – Ordinanza del «*Gerechthof*» (Paesi Bassi) emessa in data 12 dicembre 2002, notificata il 22 aprile 2003 (cs. 8169/03, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

#### IL FATTO

La società appellante – con sede in Belgio – ha proposto ricorso avverso l'ordinanza del Tribunale di Harem con cui veniva disposta l'assunzione preventiva di testimoni; nel caso di specie trattasi di persona residente nei Paesi Bassi. Viene eccepito dalla ricorrente l'errato riconoscimento della competenza del giudice olandese ai sensi di quanto disposto dall'art. 24 della Convenzione di Bruxelles.

#### I QUESITI

1. — Se l'istituto dell'«audizione preventiva di testimoni antecedente alla pendenza di un giudizio», disciplinato dagli artt. 186 e seguenti del codice di procedura civile olandese, rientri nella sfera di applicazione della Convenzione di Bruxelles, tenendo presente che tale istituto, quale disciplinato nel detto codice, non solo mira a consentire che subito dopo lo svolgimento dei fatti controversi possano essere rese dichiarazioni testimoniali a tale riguardo e ad evitare che una prova vada perduta, ma ha anche e soprattutto il fine di offrire alle persone interessate all'introduzione di un'eventuale successiva causa dinanzi al giudice civile – intendendosi per interessati sia coloro i quali riflettono sull'ipotesi di intentare una causa, sia quelli che si aspettano che una causa possa essere intentata contro di loro, sia i terzi che per altre ragioni possono avere interesse al caso – la possibilità di ottenere in anticipo chiarimenti concernenti i fatti (dei quali essi probabilmente non hanno ancora una precisa cognizione), e ciò affinché essi siano posti in condizione di valutare meglio la loro posizione, in particolare anche relativamente al problema della persona contro la quale la causa debba essere promossa.

2. — In caso di soluzione affermativa, se tale istituto rientri nella nozione di provvedimento ai sensi dell'art. 24 della Convenzione di Bruxelles.

**Cause C-128/03 e C-129/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Regime di accesso ed uso di rete elettrica – Oneri aggiuntivi imposti per la valorizzazione del comparto idroelettrico e geotermico – Aiuti di stato** – Direttiva 96/92/CEE (cont. 21295/03, avv. dello Stato M. Fiorilli).

#### IL FATTO

L'AEM s.p.a. ha impugnato la deliberazione della Autorità per l'energia elettrica e gas 20 dicembre 2000, n. 231, recante «Definizione della maggiorazione ai corrispettivi di accesso e di uso della rete di trasmissione nazionale

per l'energia elettrica prodotta da impianti idroelettrici e geotermoelettrici per l'anno 2000»; la deliberazione della Autorità del 20 dicembre 2000, n. 232, recante «Definizione della maggiorazione ai corrispettivi di accesso e uso della rete di trasmissione nazionale di energia elettrica prodotta da impianti idroelettrici e termoelettrici per gli anni dal 2001 al 2006»; nonché il decreto del Ministro dell'industria 26 gennaio 2000 recante «Individuazione degli oneri generali afferenti al sistema elettrico». I provvedimenti impugnati si collocano, in generale, nell'ambito della disciplina riguardante il complesso tema degli oneri generali afferenti al sistema elettrico. Gli oneri generali afferenti al sistema elettrico sono costi, di natura eterogenea, che gravano già attualmente sugli utenti attraverso le tariffe di distribuzione e vendita di energia elettrica ai clienti del mercato vincolato. La progressiva liberalizzazione del settore elettrico richiede che questi costi siano quantificati puntualmente, per essere addossati, nella massima trasparenza, a tutti i clienti: ai clienti del mercato vincolato, attraverso apposite componenti tariffarie e ai clienti del mercato libero, attraverso il corrispettivo per l'accesso e l'uso della rete di trasmissione nazionale.

#### I QUESITI

1. — Se, ai sensi degli articoli 87 e seguenti del Trattato, possa essere considerato un aiuto di Stato, una misura amministrativa che, nei termini e ai fini in motivazione specificati, impone a determinate imprese che usufruiscono della rete di trasmissione dell'energia elettrica un corrispettivo maggiorato per l'accesso e l'uso al fine di finanziare gli oneri generali del sistema elettrico.

2. — Se i principi stabiliti dalla direttiva 96/02/CEE, in materia di liberalizzazione del mercato interno dell'energia elettrica, e segnatamente le disposizioni dettate dagli articoli 7 e 8 in materia di gestione della rete di trasmissione dell'energia, vadano interpretate nel senso di ostare o meno alla possibilità per lo Stato nazionale di dettare misure che impongano, in via transitoria, a determinate imprese per l'accesso e l'uso della rete di trasmissione, un corrispettivo maggiorato al fine di compensare la maggiore valorizzazione dell'energia idroelettrica e geotermoelettrica provocata, nei termini in motivazione specificati dal mutato scenario normativo e volta a finanziare gli oneri generali del sistema elettrico.

#### NOTA

«1. — Con il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 è stata data attuazione alla direttiva europea 96/92/CE, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica ai fini della liberalizzazione del settore. In conformità ai principi fissati dalla normativa comunitaria, il decreto legislativo di recepimento: a) ha liberalizzato le attività di produzione, importazione ed esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica; b) ha riservato allo Stato le attività di trasmissione e dispacciamento, attribuendole in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale; c) ha previsto che l'attività di distribuzione sia esercitata in regime di concessione; d) ha attribuito, sulla base di criteri definiti tassativamente in relazione alle caratteristiche del consumo, la qualifica di cliente idoneo, cioè la capacità di acquistare energia elettrica da qualsiasi pro-



duttore, distributore grossista, sia in Italia che all'estero; e) ha previsto che gli acquirenti che non acquisiscono la qualifica di clienti idonei rimangono vincolati ad acquistare l'energia elettrica dal distributore-fornitore locale, il quale a sua volta ha l'obbligo, per tale energia elettrica, di approvvigionarsi attraverso l'acquirente unico; f) ha disposto che l'acquirente unico stipuli, con procedure trasparenti e non discriminatorie, e gestisca contratti di approvvigionamento con i produttori di energia elettrica al fine di garantire ai clienti vincolati la disponibilità della capacità produttiva di energia elettrica e, attraverso le imprese distributrici-fornitrici, la fornitura di energia elettrica; g) ha previsto che, a decorrere dall'1 gennaio 2001, l'acquisto e la vendita di energia elettrica all'ingrosso (incluso le transazioni tra produttori ed acquirente unico) avvengono sulla base di offerte gestite dal gestore del mercato; h) ha previsto che ENEL s.p.a. costituisca società separate per lo svolgimento delle attività in precedenza esercitate. Nel nuovo contesto previsto dal decreto legislativo n. 79/1999, la Autorità per l'energia elettrica ed il gas, ai sensi della legge n. 481/1995, sottopone a regolazione tariffaria: a) l'accesso alle reti di trasmissione e distribuzione ed i loro uso; b) la fornitura di servizi elettrici ai clienti vincolati. In entrambi i casi, l'autorità fissa i livelli iniziali delle tariffe, intese come prezzi massimi al netto dell'imposta, e i parametri per il loro aggiornamento con il metodo del price cap, per un periodo pluriennale. Al termine di tale periodo procede ad una nuova fissazione del livello tariffario. L'Autorità ha inoltre la responsabilità di controllare i prezzi di cessione di energia elettrica all'ingrosso anche al fine di evitare che posizioni dominanti nella generazione elettrica si traducano in livelli di prezzo eccessivamente onerosi. E l'articolo 3, comma 11, del decreto legislativo n. 79/1999 dispone che siano individuati gli oneri generali afferenti al sistema elettrico, inclusi gli oneri concernenti le attività di ricerca e le attività di smantellamento delle centrali elettro nucleari dismesse, di chiusura del ciclo del combustibile nucleare, nonché le attività connesse e conseguenti; e inoltre che l'Autorità provvede al conseguente adeguamento del corrispettivo per l'accesso all'uso della rete di trasmissione nazionale, tra l'altro definendo la quota parte del corrispettivo a copertura dei suddetti oneri a carico dei clienti finali, in particolare per l'attività ad alto consumo di energia, in misura decrescente in rapporto ai consumi di energia. In attuazione del citato articolo 3, comma 11, è stato emanato, su proposta della Autorità, il decreto ministeriale 26 gennaio 2000 inteso all'individuazione degli oneri generali afferenti al sistema elettrico. L'articolo 3, comma 3 del decreto ministeriale dispone che «è recuperata, al fine di compensare anche solo parzialmente gli oneri generali afferenti al sistema elettrico, per un periodo di sette anni a partire dal giorno 1 gennaio 2000 e con le modalità specificate all'articolo 5, esclusivamente la maggiore valorizzazione della energia elettrica prodotta da impianti idroelettrici e geotermoelettrici non ammessa a contribuzione ai sensi dei provvedimenti del Comitato interministeriale dei prezzi 12 luglio 1989, n. 15, 14 novembre 1990, n. 34, e 29 aprile 1992 n. 6, e successive modificazioni e integrazioni ...»; l'articolo 5, comma 9, infine, prevede le modalità per quantificare la maggiore valorizzazione da recuperare. Gli oneri aggiuntivi vengono incassati dal Gestore, che li versa alla Cassa conguaglio per il settore elettrico, sullo speciale «conto per la gestione della compensazione e della maggiore valorizzazione dell'energia elettrica nella transi-

zione». Le eventuali disponibilità finanziarie di tale conto, in eccesso rispetto ai fabbisogni, sono trasferiti al «conto per i nuovi impianti da fonti rinnovabili e assimilate». Proprio sulla portata e la legittimità comunitaria di tali oneri aggiuntivi (c.d. «estrazione della rendita geotermoelettrica») vertono le due questioni pregiudiziali sollevate dal giudice amministrativo italiano. In primo luogo, il giudice di rinvio ritiene necessario verificare se il regime di prelievo in precedenza descritto, che impone a determinate imprese che usufruiscono della rete di trasmissione dell'energia elettrica un corrispettivo maggiorato per l'accesso e l'uso al fine di finanziare gli oneri generali del sistema elettrico, possa considerarsi alla stregua di un aiuto di Stato e, come tale, sottoposto alla disciplina di cui agli articoli 87 CE e seguenti. Al riguardo, giova segnalare che il giudice remittente propende per la soluzione negativa quanto alla struttura generale della precitata normativa, dal momento che i proventi delle quote di maggiorazione non andrebbero a beneficio di determinate imprese o categorie di imprese operanti sul mercato dell'elettricità, secondo una logica di sussidio incrociato, ma sarebbe concepita in funzione di sostegno degli oneri generali del sistema elettrico italiano, a beneficio dell'utenza e dell'equilibrio complessivo del mercato. Semmai, secondo lo stesso giudice, suscettibile della qualificazione di aiuto potrebbe rivelarsi l'eventuale separata e successiva determinazione di trasferire parte delle somme, giacenti nel «conto compensazione» nella disponibilità di determinate imprese o produzioni.

In secondo luogo, il giudice amministrativo italiano si interroga sulla compatibilità del precitato regime di oneri aggiuntivi con i principi di cui alla surricordata direttiva 96/92/CE, e più precisamente sulla possibilità che detto regime, apparentemente discriminatorio e distorsivo della concorrenza, possa giustificarsi sulla base, da un lato della necessità di evitare che i produttori di energia termoelettrica, che devono sostenere il costo del combustibile, siano penalizzati rispetto ai produttori di energia idroelettrica e geotermica, che tale costo non devono sostenere e, dall'altro lato, dall'esigenza di non penalizzare l'utenza, chiamata a sopportare oneri non sopportati dalle imprese che beneficiano della detta «rendita». Il regime giuridico de quo è stato notificato alla Commissione europea il 25 luglio 2000 ai sensi dell'articolo 88 CE, paragrafo 3, nei termini di un aiuto di stato relativo agli «oneri generali afferenti il sistema elettrico», detti anche «costi non recuperabili del mercato elettrico» (c.d. stranded costs). Il Governo italiano ha presentato Osservazioni, di seguito sintetizzate.

2. — Non vi è violazione dell'articolo 24 della direttiva 96/92/CE per avere compreso, fra le misure rientranti nel «regime transitorio» adottato dall'Italia, un onere non compatibile con il sistema di deroghe consentito da tale norma. L'Italia non ha potuto adottare alcun regime transitorio, in quanto la Commissione europea ha affermato che le misure di sostegno finanziario per la copertura dei cosiddetti costi non recuperabili vanno analizzate nell'ambito delle disposizioni del trattato in materia di aiuti di Stato. Il doveroso richiamo nelle premesse del decreto ministeriale 26 gennaio 2000 all'articolo 24 della direttiva è facilmente ricollegabile all'iniziale individuazione in tale disposizione del fondamento giuridico per introdurre un sistema di misure compensative dei costi di impegni o garanzie che rischiano di non potere essere adempiuti dalle imprese del settore elettrico proprio a seguito dell'applicazione delle disposizioni della

*direttiva 96/92/CE. Il decreto ministeriale si è rigorosamente attenuto nella stesura delle disposizioni che hanno riguardato la individuazione dei c.d. costi incagliati e delle misure previste per il loro finanziamento alle linee guida comunitarie contenute nel documento «Metodologie per l'analisi degli aiuti di stato connessi ai cosiddetti costi non recuperabili», predisposto dalla D.G. IV, nel quale vengono proposti criteri di ammissibilità dei costi non recuperabili al fine del riconoscimento di aiuti da parte degli Stati membri. Il regime di finanziamento previsto non integra, quindi, un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune. L'avvenuta liberalizzazione del settore della generazione elettrica e l'instaurarsi di meccanismi trasparenti e concorrenziali di determinazione del prezzo dell'energia elettrica all'ingrosso hanno comportato un aumento del valore della energia elettrica prodotta da tali impianti preesistenti delle imprese produttrici-distributrici, il cui prezzo sul mercato si è automaticamente allineato a quello dell'energia elettrica prodotta da altri impianti, caratterizzati peraltro da costi notevolmente superiori (ad esempio, per il combustibile utilizzato, per le tecnologie innovative adottate). Tale maggiore valorizzazione se non adeguatamente individuata e riallocata avrebbe comportato, da un lato, un ingiustificato beneficio in favore delle citate imprese produttrici-distributrici, che avrebbero ottenuto un prezzo maggiorato per l'energia elettrica prodotta a costi decisamente inferiori e, dall'altro lato, una grave penalizzazione dell'intera utenza, vincolata e non, sulla quale sarebbe integralmente ricaduto, in termini di tariffe e di costi energetici, il peso di tale adeguamento del mercato. In dispregio dei dichiarati obiettivi della liberalizzazione del settore elettrico si sarebbe pertanto determinata, a spese dei consumatori, una nuova categoria di oneri generali del sistema elettrico, rappresentata dalla rendita economica riconosciuta alla energia elettrica prodotta dagli impianti idroelettrici e geotermoelettrici, con introduzione di un vero e proprio «regime protetto» in favore di talune imprese e di talune produzioni in grado di alterare — questa volta realmente — le regole della concorrenza. Con il decreto ministeriale si è invece provveduto ad eliminare tale elemento di distorsione del mercato e di lesione dei consumatori attraverso la creazione di un meccanismo di compensazione, dianzi descritto, in virtù del quale la maggiore valorizzazione dell'energia elettrica prodotta da impianti idroelettrici e geotermoelettrici (non ammessa a contribuzione ai sensi dei provvedimenti del CIP) viene recuperata al fine di impedire l'insorgere di un (maggiore) onere generale afferente al sistema elettrico, nonché, ma solo in via indiretta, per finanziare, a beneficio dell'intera utenza, gli altri oneri generali di sistema definiti del medesimo decreto ministeriale. Sostenere, pertanto, che il sistema di compensazione soprascritto rappresenta un aiuto di Stato in grado di falsare la concorrenza evidenzia esclusivamente una lettura miope del testo del decreto che, nell'individuare una serie di costi incagliati e di misure per il loro finanziamento, ha altresì introdotto l'art. 2 lettera b) — a fronte di uno degli effetti distorsivi derivanti dall'avvenuta liberalizzazione (la c.d. rendita idroelettrica) — una forma di riequilibrio e di mantenimento dell'intero sistema elettrico che chiaramente non è un aiuto di Stato, costituendo in realtà una forma di prelievo che, lungi dall'essere destinato in favore di una determinata categoria di imprese per i rispettivi «stressed costs», previene, a vantaggio dell'intera utenza elettrica, un potenziale ed ingiustificato privilegio dei suindicati*

*produttori di energia idro-geotermoelettrica. Così operando l'Italia non ha violato l'articolo 88 del trattato per l'anticipata attuazione di un sistema di aiuti anteriormente alla decisione in merito da parte della Commissione europea. Invero, la c.d. estrazione della rendita idroelettrica, lungi dall'integrare gli estremi di un aiuto di stato, costituisce in realtà una forma di prelievo (sub specie di maggiorazione dei corrispettivi per accedere alla rete) che previene, a vantaggio dell'intera utenza elettrica, un ingiustificato privilegio che altrimenti sorgerebbe a vantaggio dei produttori-distributori di energia idroelettrica. La rendita non è estratta al fine di essere allocata a favore di un'impresa o di una determinata categoria di imprese, assolvendo invece la diversa funzione di prevenire l'insorgere di un ingiustificato beneficio delle imprese produttrici-distributrici che, collocando l'energia sul vincolato, avrebbero incassato componenti tariffarie destinate alla copertura dei costi del combustibile che esse non sopportano; ovvero, che collocando l'energia sul mercato libero, avrebbero incassato un prezzo che è ovviamente privo di componenti tariffarie, ma che prende a riferimento le tariffe elettriche definite per il mercato vincolato (comprehensive — queste ultime — di componenti a copertura dei costi del combustibile). Essa consente inoltre di impedire una grave penalizzazione per l'intera utenza, vincolata o non, sulla quale sarebbe integralmente ricaduto, in termini tariffari, il peso della rendita (e cioè di quella maggiore valorizzazione che, oltre a tradursi in un ingiustificato privilegio per alcuni produttori-distributori, sarebbe stata per l'appunto scaricata in toto sull'utenza) e di finanziare, sempre a beneficio della utenza (che altrimenti ne sarebbe stata gravata) una quota parte degli oneri generali del sistema elettrico, definiti dal d.m. 26 gennaio 2000. Senza la c.d. estrazione della rendita idroelettrica si sarebbe pertanto determinata, in modo surrettizio e a spese dei consumatori, una nuova tipologia di oneri generali del sistema elettrico, rappresentata dalla rendita riconosciuta agli impianti idroelettrici e geotermoelettrici, con l'introduzione di un regime protetto a favore di talune imprese.*

*Per quel che attiene invece ai «costi intagliati» derivanti dall'attuazione della direttiva 96/92/CE, essendosi esplicitamente previsto un meccanismo inteso a permettere alle imprese elettriche di adeguarsi utilmente e gradualmente all'introduzione della concorrenza, nessuna delle disposizioni del decreto ministeriale 26 gennaio 2000 realmente pertinenti ai suddetti «costi intagliati» ha avuto e potrà avere attuazione anteriormente ad una favorevole decisione della Commissione».*

**Causa C-148/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Convenzione di Bruxelles del 27 novembre 1968 – Disposizioni in materia giurisdizionale contenute in altre convenzioni – Art. 57, n. 1 e n. 2, lett. a) – Ordinanza dell'«Oberlandesgericht» (Germania) emessa in data 27 marzo 2003, notificata il 7 maggio 2003 (cs. 8408/03, avv. dello Stato D. Del Gaizo).**

#### IL FATTO

La società ricorrente – una compagnia di assicurazione di trasporti tedesca, che agisce nei confronti di un'impresa di trasporti olandese per ottenere

il risarcimento di un danno – ha proposto ricorso avverso la sentenza del Tribunale di Memmingen con la quale veniva dichiarata l'inammissibilità della domanda per difetto di giurisdizione.

In considerazione della mancata costituzione della convenuta il tribunale ha ritenuto che pur applicando la norma sulla competenza giurisdizionale della convenzione sul contratto di trasporto nel trasporto internazionale di merci su strada (in prosieguo CMR), in base all'art. 57, n. 2, lett. a) della Convenzione di Bruxelles dovesse applicarsi l'art. 20 della convenzione stessa, che vuole che il giudice adito dichiararsi d'ufficio il difetto di giurisdizione qualora il convenuto non si costituisca in giudizio e la sua giurisdizione non risulti dalle disposizioni di tale convenzione.

L'attrice aveva proposto azione per ottenere il risarcimento del danno consistente nella perdita di merci consegnate all'impresa di trasporti in Germania e dirette in Gran Bretagna.

#### IL QUESITO

Se le disposizioni in materia di competenza giurisdizionale contenute in altre convenzioni prevalgano sulle disposizioni generali in materia di competenza giurisdizionale contenute nella Convenzione di Bruxelles anche quando il convenuto, residente sul territorio di uno Stato contraente della convenzione di Bruxelles e citato in giudizio dinanzi ai giudici di un altro Stato contraente, non si costituisca in giudizio dinanzi a tale giudice.

#### IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA HA FATTO PERVENIRE IL SEGUENTE AVVISO

*«A termini dell'articolo 57, n. 2, lett. a), secondo periodo della Convenzione di Bruxelles, in caso di contumacia o di mancata costituzione in giudizio del convenuto, il giudice adito deve applicare l'articolo 20 della Convenzione di Bruxelles e dichiarare d'ufficio il proprio difetto di giurisdizione, qualora il convenuto non si costituisca in giudizio e la giurisdizione non risulti fondata sulla base delle disposizioni della stessa Convenzione di Bruxelles.*

*Da tale principio non sembra possa derivare la conseguenza che, in caso di mancata costituzione in giudizio o di contumacia, debbano applicarsi solamente le disposizioni generali in materia di giurisdizione contenute nella Convenzione di Bruxelles.*

*La norma di rinvio di cui all'articolo 57, n. 2, lett. a), secondo periodo, della convenzione di Bruxelles precisa solamente che la verifica della giurisdizione deve essere effettuata anche quando la giurisdizione internazionale risulti da una prevalente convenzione in una materia particolare.*

*Va considerato, infine, che se l'interpretazione dell'articolo 57, n. 2, lett. a) non fosse quella di cui sopra, l'articolo 57, n. 1, della convenzione di Bruxelles, relativo al primato delle convenzioni in materie particolari, sarebbe privo di significato. Infatti, il convenuto disporrebbe della possibilità di escludere la giurisdizione internazionale stabilita da tali convenzioni particolari, a cui sarebbe sottoposto, semplicemente non comparendo volutamente.*

*In considerazione di tali rilievi, ci si rimette alle valutazioni di opportunità che codesta Amministrazione riterrà di adottare al fine di deliberare o meno un intervento nella causa pendente davanti alla Corte di giustizia».*

**Causa C-152/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Persona fisica soggetta ad obbligo fiscale in un Paese membro – Non riconoscimento di perdite da locazione o affitto in altro Paese membro – Diritto di stabilimento – Libertà di circolazione – Articoli 43 e 56 CE – Ordinanza del «Bundesfinanzhof» (Germania) emessa il 13 novembre 2002, notificata il 10 giugno 2003 (cs. 12551/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

Il caso di specie riguarda due coniugi che realizzano redditi da lavoro dipendente in Germania, in qualità di insegnanti di liceo, ma abitano in una casa di loro proprietà in Francia. Essi ritengono, per l'applicazione dell'imposta sui redditi in Germania, di aver diritto che si tenga conto dei «redditi negativi da locazione o da affitto» per il fatto che essi stessi abitano la propria casa unifamiliare, in applicazione della cosiddetta riserva di progressività negativa della legge del 1987 sull'imposta sui redditi.

A parere di questo servizio il diniego, opposto a persone fisiche soggette all'obbligo fiscale in un Paese comunitario, alla deduzione nello stesso Paese dei redditi negativi provenienti da locazioni e da affitti, per il fatto che tali persone fisiche abitino una casa unifamiliare (situata in un altro Stato membro), mentre il diritto alla deduzione viene concesso a persone fisiche residenti che utilizzano la casa nel Paese di residenza fiscale, si prospetta come una disparità di trattamento in violazione delle libertà fondamentali garantite dagli articoli 43 e 56 del Trattato CE.

#### I QUESITI

1. — Se la circostanza che una persona fisica soggetta all'obbligo fiscale in Germania, che realizzi redditi derivanti da lavoro subordinato in tale Paese, non possa dedurre in Germania le perdite da locazione o affitto, avvenute in un altro Stato membro, sia in contrasto con gli articoli 43 CE e 56 CE;

2. — in caso di soluzione negativa della predetta questione: se la circostanza che le perdite menzionate non possano essere prese in considerazione neppure in applicazione della cosiddetta riserva di progressività negativa sia in contrasto con gli articoli 43 CE e 56 CE.

**Causa C – 161/03 (*Administration des douanes contro Società Cafom e Samsung Electronics France*) – (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Decisione della «Commission de conciliation et d'expertise douanière» (France) emessa il 18 marzo 2003, notificata il 24 settembre 2003 (cs. 18178/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### I QUESITI

1. — Se l'art. 27 del protocollo n. 4 allegato all'accordo 13 marzo 1993 CE/Ungheria debba essere interpretato nel senso che le autorità dello Stato d'importazione debbano applicare il regime preferenziale previsto da tale accordo allorché, interpellate dalle autorità dello Stato di importazione su taluni fatti specifici dai quali dipende la concessione del detto regime, le

autorità dello Stato di esportazione si limitano a indicare che i prodotti ai quali si riferiscono i certificati di origine che esse stesse hanno rilasciato soddisfano le condizioni alle quali è subordinata la concessione di tale regime.

2. — se una risposta delle autorità dello Stato di esportazione fornita dopo la scadenza del termine di dieci mesi menzionato all'art. 27, punto 7, del medesimo accordo, debba essere presa in considerazione per stabilire se le merci di cui trattasi possono beneficiare del regime preferenziale.

3. — se dall'art. 27, punto 2 del medesimo accordo si può dedurre che, allorché la domanda di controllo viene presentata dalle autorità dello Stato d'importazione più di due anni dopo le operazioni controverse, l'impossibilità nella quale versano le autorità dello Stato di esportazione di effettuare tale controllo in caso di mancata conservazione dei documenti necessari debba implicare il riconoscimento del beneficio del regime preferenziale alle merci.

**C-165/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Notai pubblici funzionari – Diritti da versare per certificazioni notarili – Imposte – Direttiva 69/335/CEE – Ordinanza del «Landgericht» (Germania) emessa il 7 aprile 2003 e notificata il 5 giugno 2003 (cs. 13247/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

Nel caso in specie, un notaio statale residente nel distretto della Corte di Appello di Stoccarda ha certificato, nella sua qualità di pubblico funzionario alcune deliberazioni per conto di una società a responsabilità limitata (SARU) debitrice della spesa per un importo complessivo di € 2.892,46.

Il superiore gerarchico del notaio pubblico ha fatto rilievo al suo subordinato, rilevando che le spese liquidate risultano parzialmente in contrasto con la direttiva n. 69/335 relativamente alle spese di certificazione riguardante l'aumento del capitale e quelle relative alla modifica dello Statuto. Nel formulare il rilievo, il superiore gerarchico invitava il subordinato a chiedere una decisione del *Landgericht* (organo regionale che ha emanato le disposizioni per la riscossione delle imposte) per correggere il calcolo delle spese al fine di renderle compatibili con quanto previsto dalla direttiva sopra menzionata (spese depurate di quelle relative alla certificazione dell'aumento del capitale e quelle relative alla modifica dello Statuto).

#### I QUESITI

1. — Se, a differenza della fattispecie all'origine dell'ordinanza della Corte 21 marzo 2002, causa C-264/00, *Grunderzentrum-Betriebs-GmbH*, debbano essere considerati imposte ai sensi della direttiva n. 69/335, nella versione modificata, i diritti da versare per la certificazione notarile di un negozio giuridico che rientra nella sfera di applicazione della detta direttiva, certificazione effettuata da un notaio pubblico funzionario in un ordinamento giuridico come quello della regione del Württemberg (*Land Baden-Württemberg*, distretto di Corte d'Appello di Stoccarda), nel quale esercitano tanto

notai pubblici funzionari quanto notai liberi professionisti, che comunque percepiscono i diritti, ma in cui, nel caso di attività svolta dai notai pubblici funzionari, questi ultimi, ai sensi di una legge del *Land*, devono versare una quota forfettaria dei diritti allo Stato, al quale sono subordinati e che li utilizza per finanziare le sue funzioni.

2. — in caso di soluzione affermativa della questione *sub* 1, se venga meno il carattere tributario della percezione dei diritti ove lo Stato rinunci a far valere la sua quota relativa al negozio giuridico, non applicando la norma dell'ordinamento del *Land* che dispone il versamento allo Stato di una quota dei diritti.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Con la nota 4 agosto 2003 il Ministero dell'economia e delle finanze ha espresso il seguente avviso.

*«...Il quesito sottoposto all'esame della Corte di giustizia è sostanzialmente mirato a verificare se i diritti percepiti da notai «pubblici funzionari» per la certificazione di un negozio giuridico rientrante nella sfera applicativa della direttiva n. 69/335/CEE (diritti che gli stessi notai versano a loro volta allo Stato), possano configurarsi o meno come aventi natura tributaria, nel qual caso non sarebbero compatibili con le disposizioni contenute nella stessa direttiva, in particolare con l'art. 10, che vieta l'applicazione di altre imposte oltre a quella sui conferimenti.*

*Presentando il notaio, nel contesto giuridico in esame, lo status di «pubblico funzionario», considerate le notevoli divergenze rispetto al nostro sistema (il notaio è, come è noto, un libero professionista) i cui onorari non vengono versati neanche in parte allo Stato, e non possono pertanto essere in nessun caso quantificati come imposte indirette), non si ravvisa, per quanto di competenza, la necessità di un intervento in causa da parte del Governo.»*

**Causa C-170/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Autovetture – Regime comunitario delle franchigie doganali – Nozione di bene personale – Possesso e/o uso di autovettura – Articoli 1, n. 2, lettera c) e 3, lettera a) regolamento n. 83/19918/CEE – Ordinanza del «Hoge Raad» (Paesi Bassi) emessa il giorno 11 aprile 2003, notificata il 27 maggio 2003 (cs. 12553/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

Nel caso di specie il Ministero delle finanze olandese ha presentato ricorso in cassazione avverso la pronuncia della Corte d'Appello (Hof) che aveva autorizzato l'interessato a registrare con esenzione condizionata dall'imposta sulle autovetture e sui motoveicoli una autovettura precedentemente messa a sua disposizione dal datore di lavoro in Austria, per un periodo di circa un anno. Durante tale periodo il datore di lavoro rimaneva proprietario dell'autovettura che era, tuttavia, tenuta a disposizione dell'interessato che poteva utilizzarla tanto a fini personali quanto per le attività lavorative a favore del datore di lavoro. Al momento del suo trasferimento



nei Paesi Bassi l'interessato si è avvalso dell'opzione per l'acquisto concessagli al momento della messa a disposizione dell'autovettura ed ha acquistato dal suo datore di lavoro l'autovettura poco prima (meno di due mesi) di trasferire la sua residenza abituale dall'Austria nei Paesi Bassi.

#### I QUESITI

1. — Se un'autovettura che sia stata messa a disposizione di una persona fisica da parte del suo datore di lavoro e che sia utilizzata da tale persona fisica tanto ai fini professionali quanto a fini privati, debba essere considerata quale bene personale ai sensi dell'art. 1, n. 2, lettera *c*) del regolamento (CEE) del Consiglio 28 marzo 1983, n. 918, relativo alla fissazione del regime comunitario delle franchigie doganali.

2. — Se la disposizione i cui all'art. 3, lettera *a*) di tale regolamento, che esige che un bene sia stato in possesso di un interessato per un periodo di almeno sei mesi prima della data in cui ha cessato di avere la sua residenza normale nel Paese terzo di provenienza, debba essere interpretata nel senso che l'interessato che abbia ottenuto un bene a disposizione, dietro corrispettivo o meno, nell'ambito dell'esecuzione di attività lavorative a favore del proprietario del bene, possiede detto bene ai sensi delle disposizioni in precedenza menzionate.

3. — Se per la soluzione della questione di cui al n. 2 abbia rilevanza se l'interessato durante l'intero periodo di sei mesi avesse o meno il diritto di acquistare l'autovettura.

**Causa C – 172/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Medici – Operazioni assoggettate ad imposta su cifra d'affari – Operazioni esenti – Non riduzioni di deduzioni già accordate – Aiuti di Stato – Art. 87 CE – Art. 20 sesta direttiva IVA 77/388/CEE – Ordinanza del «*Verwaltungsgerichtshof*» (Austria) emessa il 31 marzo 2003, notificata il 30 maggio 2003 (cs.12552/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

Nel caso prospettato, che riguarda la dichiarazione di imposta di un medico austriaco specialista in odontoiatria, odontostomatologia e ortodonzia, il Tribunale amministrativo si chiede se la legge austriaca che prevede agevolazioni per una categoria di imprenditori (medici-ortodontisti) rispetto ad altri imprenditori comunitari che non godono delle stesse agevolazioni sia in contrasto con i principi sanciti dall'art. 3, n. 1, lettera *g*, del Trattato CE.

#### IL QUESITO

Se una normativa, come disposta dall'art. XIV Z3 della legge federale BGBI 21/1995 nella versione BGBI 756/1996, quindi una normativa secondo cui per i medici il passaggio dallo svolgimento di operazioni soggette all'imposta sulla cifra di affari allo svolgimento di operazioni esenti dall'imposta sulla cifra di affari in rapporto a beni impiegati in seguito nell'impresa

non implica la riduzione della deduzione già accordata prevista dall'art. 20 della Sesta direttiva 77/388/CEE, costituisca un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 CE (rispettivamente art. 92 CEE).

**Causa C – 188/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Licenziamenti collettivi – Nozione di licenziamento e di dichiarazione di licenziamento – Procedura di consultazione e notifica – Artt. 1, n. 1, lett. a); 2; 3 e 4 direttiva 98/59/CE – Ordinanza dell'«Arbeitsgericht» (Germania) emessa il 30 aprile 2003, notificata il 17 giugno 2003 (cs. 14522/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

Nel caso di specie l'attrice era dipendente come aiuto assistente/assistente domiciliare presso la GmbH, una impresa per prestazioni assistenziali a domicilio che impiegava circa 43 lavoratrici e lavoratori. In ragione di difficoltà nei pagamenti la GmbH presentava un'istanza per l'avvio di una procedura di insolvenza e, con effetto dal 1° febbraio 2002, esonerava tutte le collaboratrici e tutti i collaboratori dall'obbligo di prestazione lavorativa e non pagava la retribuzione per il mese di gennaio 2002. Nel giugno 2002 il curatore del patrimonio della ditta (convenuto) comunicava al consiglio di gestione – con cui aveva raggiunto un c.d. compromesso sulla chiusura dell'attività aziendale ed aveva concordato un piano sociale ai sensi della legge sull'ordinamento aziendale – che, in ragione della chiusura dell'azienda intendeva risolvere tutti i rapporti di lavoro ancora esistenti, tra cui quello dell'attrice, ed eseguire un licenziamento collettivo.

L'attrice contesta questo licenziamento ritenendolo socialmente ingiustificato, ai sensi della legge per la tutela contro il licenziamento (KSchG), inefficace per irregolare consultazione del consiglio di gestione e contrario al buon costume perché l'impresa sarebbe stata «dissanguata» prima dell'apertura della procedura di insolvenza e perché sarebbe stata esercitata sui dipendenti una forte pressione per convincerli a rassegnare le proprie dimissioni.

#### I QUESITI

1. Se la direttiva del Consiglio 20 luglio 1998, 98/59/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, debba essere interpretata nel senso che la nozione di «*Entlassung*» (licenziamento) di cui all'art. 1, n. 1, lett. a), della direttiva, corrisponda alla dichiarazione di licenziamento («*Kündigung*») intesa come il primo atto diretto ad estinguere il rapporto di lavoro oppure essa significhi l'estinzione del rapporto di lavoro conseguente al decorso del termine di preavviso di licenziamento.

2. Nell'eventualità che la nozione di «*Entlassung*» debba essere intesa come dichiarazione di licenziamento («*Kündigung*»), se la direttiva richieda che tanto la procedura di consultazione di cui all'art. 2 della direttiva quanto la procedura di notifica di cui agli artt. 3 e 4 della direttiva siano concluse prima della dichiarazione dei licenziamenti.

**Causa C-193/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Assicurazione per malattie – Spese mediche – Rimborso di spese sostenute in altro Stato membro – Applicazione di tariffa dello Stato di residenza – Art. 34, nn. 1 e 3 regolamento 72/574/CEE – Ordinanza del «Sozialgericht» (Germania) emessa il 19 marzo 2003, notificata il 7 luglio 2003.**

#### IL FATTO

La ricorrente (istituzione tedesca competente in materia di assicurazione malattia obbligatoria) pretende di mantenere una prassi amministrativa interna che, per cure mediche effettuate all'estero che hanno comportato spese di scarsa entità (fino a 100 €), prevede che il rimborso sia basato sulle tariffe nazionali per evitare la ricerca, ritenuta economicamente e temporalmente dispendiosa, delle tariffe richieste negli Stati in cui effettivamente gli assicurati hanno utilizzato e pagato il servizio medico.

La convenuta Repubblica federale tedesca, rappresentata dall'Ufficio federale di assicurazione controllo, vede in tale prassi una violazione della norma comunitaria imperativa e preminente, là dove la ricorrente, trattandosi di importi di modesta entità, non riscontra alcuna lesione dei diritti degli interessati che, anzi, risulterebbero avvantaggiati da un rimborso più celere delle parcelle pagate all'estero. Peraltro, sempre a parere della ricorrente, la convenuta incorrerebbe in un errore di valutazione violando il principio di proporzionalità.

#### IL QUESITO

Se, in sede di attuazione dell'art. 13, n. 3, *Sozialgesetzbuch V* (libro quinto del codice di previdenza sociale; in prosieguo: «SGB V»), l'art. 34 del regolamento (CEE) n. 574/1972 osti a una prassi di rimborso forfetario da parte dell'istituzione competente in materia di assicurazione malattia delle spese mediche sostenute in un altro Paese comunitario basata su disposizioni normative simili concernenti importi modesti.

**Causa C – 206/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Tariffa Doganale Comune – Voce tariffaria – Classificazione – Informazione tariffaria vincolante – Cerotto alla nicotina – Art. 12, n. 5 regolamento 2913/1992 – Regolamento 2658/1987 – Ordinanza emessa in data 7 dicembre 2000 dall'«High Court of Justice» (England and Wales) notificata il 23 giugno 2003 (cs. 14523/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

#### IL FATTO

La controversia in questione trae origine da un ricorso, presentato dall'ufficio britannico delle imposte doganali e di fabbricazione, avverso una pronuncia della commissione Tributaria (VAT) che ha accolto il ricorso della società SMITHKLINE BEECHAM PLC contenente un'informazione tariffaria – art. 12 del regolamento 2913/1992 – che istituisce un codice doganale comunitario riguardante un prodotto noto come il cerotto alla nicotina «Niquitin CQ».

L'ufficio britannico delle imposte doganali aveva classificato il prodotto sotto la voce tariffaria 3824 della tariffa doganale comune. Nel classificare il prodotto in questione alla voce 3824, il VAT ha fatto riferimento ad un parere di classificazione dell'Organizzazione Mondiale delle Dogane (OMD).

La ditta sosteneva, invece, che il prodotto doveva essere classificato sotto la voce doganale 3004 come «medicamento per scopi terapeutici o profilattici».

#### I QUESITI

1. — Se la voce 3004 dell'allegato I al regolamento del Consiglio n. 2658/1987, e successive modifiche, vada interpretata nel senso che essa comprende un prodotto che si presenta sotto forma di un cerotto alla nicotina, destinato ad aiutare chi cerchi di smettere di fumare, e che consiste in un cerotto adesivo impregnato di nicotina, che è assorbita attraverso la pelle, offerto in vendita confezionato in carta di alluminio.

2. — Se l'art. 12, n. 5, del regolamento del Consiglio n. 2913/1992 (in prosieguo: il «codice doganale») debba essere interpretato nel senso che esso impone o consente al giudice competente di annullare una decisione dell'autorità doganale senza sostituirla con un'informazione tariffaria vincolante che sia in contrasto con il parere di classificazione dell'Organizzazione mondiale delle dogane, ma dichiarando che un prodotto è correttamente classificabile in modo diverso rispetto a quanto indicato in detto parere, quando:

a) un'autorità doganale di uno Stato membro ha fornito un'informazione tariffaria vincolante in osservanza dell'art. 12 del codice doganale in relazione al prodotto;

b) l'informazione tariffaria vincolante di cui trattasi è conforme ad un parere di classificazione che sia stato precedentemente pubblicato dall'Organizzazione mondiale delle dogane e di cui sia stata data notizia con una comunicazione della Commissione, in osservanza dell'art. 12, n. 5, del codice doganale;

c) l'importatore proponga ricorso dinanzi a un giudice nazionale, in forza dell'art. 243 del codice;

d) detto giudice sia in disaccordo con il parere di classificazione.

**Cause riunite C-211/03, C-299/03, C-316/03, C-317/03 e C-318/03 (domande di pronuncia pregiudiziale) – Classificazione di un prodotto come alimento o medicinale – Regolamento 97/258/CE e 02/178/CEE – Direttiva 02/46/CE.**

#### I FATTI

Un importatore tedesco ha presentato infruttuosamente domanda al competente Ministero federale per la tutela dei consumatori, per l'alimentazione e per l'agricoltura al fine di ottenere la concessione della autorizzazione generale ai sensi dell'articolo 47, lett. a) dello LMBG per importare e immettere in commercio come integratore alimentare il prodotto «*Lacyobat omni Fos*», visto che nei Paesi Bassi il prodotto controverso è stato autorizzato come «*novel food*» e si trova in commercio. Per permettere la commercializ-

zazione del prodotto di cui è causa esso veniva offerto, secondo la domanda, come «integratore alimentare per l'alimentazione programmata a base di batteriocultura a base vegetale». Veniva consigliato il dosaggio giornaliero del prodotto, una polvere da sciogliere in acqua, che però ben si adatta anche alla preparazione di uno yogurt probiotico. Il Ministero della sanità tedesco, a cui in seguito era stata trasferita la competenza del caso, sentiti i pareri dell'Istituto federale per la tutela della salute dei consumatori e dello Istituto federale per i farmaci e i prodotti medicinali, respingeva la domanda di concessione del predetto provvedimento. I due Istituti federali, infatti, prendevano entrambi posizione nel senso che il prodotto *de quo* non era un alimento, bensì un medicinale. È vero che le batterioculture utilizzate per la preparazione del prodotto controverso trovano sovente impiego negli elementi (come ad es: il latte acido), ma questi ultimi vengono consumati per il loro valore nutritivo. Nel caso di *Lactobat pose omni FOS*, invece, alla base del consumo stanno finalità mediche, non essendo in alcun modo accertato dal punto di vista scientifico in misura sufficiente che vi sia un fabbisogno di tale «materia probiotica attiva». Avverso tale decisione la ricorrente proponeva ricorso per sentire dichiarare l'obbligo di concessione di detta autorizzazione. La convenuta confermava innanzi al giudice amministrativo la classificazione come medicinale del prodotto controverso, esprimendo inoltre dubbi riguardo la sicurezza dei ceppi batterici utilizzati. Il Tribunale amministrativo respingeva la domanda della ricorrente perché si era in presenza di un medicinale e non di un alimento. La ricorrente proponeva appello contro tale pronuncia e, nel frattempo, importava a proprio rischio il prodotto controverso come integratore alimentare. Il Giudice di appello tedesco, richiamandosi al primato del diritto comunitario, afferma che la definizione del concetto di «alimento» di cui all'articolo 2 del regolamento 78/2002/CE prevale su quella contenuta nella normativa interna, l'articolo 1 dello LMBG. In particolare, la sezione adita ritiene che la delimitazione tra alimenti e medicinali non è più data da una prevalente ed obbiettiva destinazione, ma che un prodotto che integra sia le caratteristiche di alimento, come pure quelle di medicinale, è, dal punto di vista giuridico, sempre e soltanto un medicinale. Per la decisione della causa si è ritenuto comunque necessario rimettere alla Corte di Giustizia alcuni quesiti interpretativi.

## I QUESITI

A). 1. — Se il prodotto controverso «*Lactobat omni Fos*» sia un alimento (se del caso sotto la forma di un integratore alimentare) ovvero un medicinale e se tale accertamento sia vincolante per tutti gli Stati membri.

2. — Se ai fini della classificazione entra in considerazione il fatto che il prodotto, secondo le istruzioni per l'uso, deve essere agitato nell'acqua o nello yogurt e se il criterio è dato dallo Stato nel quale esso viene importato.

3. — Qualora la Corte di giustizia dovesse pervenire ad accertare che il prodotto di cui trattasi sia un medicinale, ma negli Stati membri nei quali esso è stato fino ad ora considerato prodotto alimentare continui a restare tale, questa sezione si troverebbe di fronte a problemi, quali quelli che stanno

alla base delle questioni *sub B. VI*) in combinato come le questioni *sub B. III*); se ne chiede la soluzione e si fa pertanto rinvio alle questioni colà formulate e alla loro esposizione.

4. — Nel caso in cui il «*Lactobat omni FOS*» sia a un alimento (un integratore alimentare), se esso sia un prodotto alimentare di nuovo tipo ai sensi del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 27 gennaio 1997, n. 258, sui nuovi prodotti e nuovi ingredienti alimentari (*GUCE L 43*, pag. 1). Quale sia il rapporto intercorrente tra le varie basi legali.

*B*). Nel caso in cui le questioni relative alla classificazione esposte *sub A*) debbano essere risolte, come fino ad ora è stato, non già dalla Corte di giustizia, bensì dai giudici nazionali, si chiedono cioè nondimeno indicazioni per una corretta soluzione delle questioni *sub A 2*) dal punto di vista del diritto comunitario, nella misura in cui il diritto comunitario sia pertinente.

*Si pongono inoltre le seguenti questioni:*

*I. a.* — Se la classificazione del prodotto controverso debba essere effettuata secondo l'articolo 2, numeri 1 e 2, in combinato con il n. 3, lett. *d*) del medesimo articolo del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 28 gennaio 2002, n. 178 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce la Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare (*GUCE L 31*, pag. 1); ovvero, dopo la scadenza del termine di trasposizione del 31 luglio 2003, secondo la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 10 giugno 2002, 2002/46/CE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli integratori alimentari (*GUCE L 183*, pag. 51) e, se del caso, secondo quali parti della direttiva.

*b.* — Nel caso in cui fosse applicabile l'articolo 2, numeri 1 e 2, in combinato il n. 3, lett. *d*) del medesimo articolo del regolamento 178/2002, si pone la seguente questione: se sia esatto che non viene più in considerazione il prevalere dello scopo specifico (obiettivo) del prodotto, bensì il fatto che un prodotto, che integra sia i presupposti di un prodotto alimentare come pure quelli di un medicinale sia, per legge, sempre e solo una medicinale. In quale misura entra in considerazione nel singolo caso specifico il genere e in quale misura il prodotto.

*II.* — Come debba definirsi dal punto di vista del diritto comunitario il concetto di «azione farmacologica» determinante ai fini della classificazione dei prodotti e, tra l'altro, ai sensi dell'articolo 2, numeri 1 e 2 in combinato con il n. 3, lett. *d*), del medesimo articolo del regolamento 178/2002. Se integri parte della definizione, in particolare, la necessità di un rischio per la salute.

*III.* — Se il punto di vista formulato dalla Corte di giustizia nella sentenza 30 novembre 1983, causa 227/1982, *Racc.* 1983, n. 3883 ("*van Bennekom*"), al punto 39, in occasione di una valutazione generica di preparati vitaminici secondo cui l'importazione di un prodotto che può circolare come prodotto alimentare nello Stato membro di produzione, deve essere possibile mediante il rilascio di una autorizzazione di immissione sul mercato, sia

valido se il detto prodotto viene invero considerato come medicinale nello Stato di importazione, ma l'utilizzazione di immissione sul mercato deve essere compatibile con le esigenze di tutela della salute, anche per i prodotti probiotici del tipo di quelli di cui trattasi e la Corte di giustizia mantenga il suo punto di vista nei confronti del successivo diritto comunitario.

IV. — Qualora in dipendenza del concetto di «rischio per la salute» di cui alla questione *sub II)* o *III)* o di altra pertinente norma di diritto comunitario, ad esempio gli articoli 28 o 30 CE, si pervenga a tale concetto:

*a.* — Se si debba prescindere dal cosiddetto «*Upper-Safe-Level*» – livello di sicurezza superiore – o se esso possa essere graduato, ad esempio, perché le sostanze controverse vengono assunte anche semplicemente come l'alimentazione *e/o* – quanto meno in caso di assunzione protratta per lungo tempo – debbano tenersi in considerazione vari gruppi di consumatori e la loro differente sensibilità.

*b.* — Se, in caso di fissazione – individuale – dell'*Upper Safe Level* o di una sua graduazione – individuale – sia in contrasto con il diritto comunitario un margine di discrezionalità dei funzionari della Pubblica Amministrazione competente in materia, soggetto ai sensi della normativa nazionale in misura solo limitata a verifica giurisdizionale.

V. *a.* — Se, trattandosi di un prodotto che possa circolare almeno in un'altro Stato membro come prodotto alimentare, sia determinante ai fini della libera circolazione in Germania del detto prodotto come prodotto alimentare (integratore alimentare) che le competenti autorità tedesche su un piano formalmente logico si esprimono nel senso che in Germania «non vi è alcuna necessità nutrizionale» per il prodotto di cui trattasi.

*b.* — In caso di soluzione affermativa: se l'autorità, nella misura in cui sia competente secondo il diritto nazionale, disponga, in sintonia con il diritto comunitario, di un margine di discrezionalità che solo in misura limitata è soggetto a verifica giurisdizionale.

VI. — Qualora la Corte di giustizia dovesse dare soluzione affermativa alle questioni *sub II)* relative alla causa «*van Bennekom*» e nel caso di specie non dovesse sussistere alcuna incompatibilità con l'esigenza della tutela della salute, come possa essere attuato il diritto all'autorizzazione all'immissione in commercio. Se la domanda di decisione di portata generale ai sensi dell'articolo 47 *a)* dello LMBG possa essere respinta senza violare il diritto comunitario, in quanto si è in presenza di un medicinale, secondo i criteri di classificazione tedeschi, mentre nello Stato membro di produzione il prodotto può circolare come alimento.

Se sia conforme al diritto comunitario, in particolare con gli articoli 28 e 30 CE, non applicare a un siffatto medicinale, per analogia, la disposizione di cui all'articolo 47 *a)* dello LMBG.

In caso di soluzione negativa:

se lo Stato tedesco possa escludere il rilascio di una decisione di portata generale ai sensi dell'articolo 47 *a)* dello LMBG (in applicazione per analogia) di un obbligo previsto dal giudice tedesco senza violare il diritto comunitario, in quanto lo stesso o l'autorità competente per i prodotti

alimentari, ma non per i medicinali, obietta che secondo i criteri di classificazione tedeschi si sia in presenza di un medicinale e la decisione generale *ex* articolo 47 *a*) dello LMBG, per analogia, potrebbe non essere pronunciata:

*a*) per motivi di incompetenza del funzionario preposto al rilascio delle ordinanze generali *ex* articolo 47 *a*) dello LMBG per quanto riguarda anche i medicinali;

*b*) per mancanza di autorizzazione in quanto medicinale.

VII. – Per il caso in cui, in considerazione delle soluzioni fornite dalla Corte di giustizia, i prodotti considerati dovessero risultare essere alimenti (se del caso anche integratori alimentari), si pongono per questa sezione questioni per quanto riguarda l'applicabilità del regolamento 258/97/CE da considerarsi prevalente rispetto all'articolo 47 *a*) dello LMBG e che esclude, se del caso, interesse alla tutela giuridica per la presente domanda.

Come debba essere interpretata la parte della frase figurante all'articolo 1, n. 2, del regolamento 258/1997 «non ancora utilizzato in misura significativa». Se a tal riguardo sia sufficiente che nella *Gazzetta Ufficiale* del 16 febbraio 1995 sia stato dichiarato commerciabile un probiotico denominato *Ecologic 326*, comparabile con il prodotto qui controverso e sulla base della fattura 20 maggio 1996 ha avuto luogo una fornitura alla ricorrente di *Ecologic 326*, ovvero quali siano i requisiti che debbono essere soddisfatti perché possa considerarsi un utilizzo in misura significativa, ai sensi dell'articolo 1, n. 2, del regolamento 258/1997. Qual'è punto di incidenza in relazione alla parte di frase «non ancora».

VIII. – Qualora la Corte di giustizia non dovesse risolvere essa stessa le questioni *sub* A), se il giudice nazionale può rivolgere quesiti in materia di classificazione di prodotti o anche in materia di scienze naturali e di metodo alle autorità europee per i prodotti alimentari, e quale effetto vincolante eventualmente abbiano le loro informazioni per il giudice nazionale. Se la possibilità di verificare l'informazione (se del caso l'obbligo di verifica) esista solo per i giudici comunitari, o anche per il giudice nazionale che opera il rinvio pregiudiziale.

### **Causa C-224/03 – Trattato CECA – Termine di scadenza – Esercizio dei poteri in materia di concorrenza successivamente al termine di scadenza del Trattato – Accertamento.**

#### **IL FATTO**

La Commissione ha sanzionato alcune società italiane metallurgiche per comportamenti anticoncorrenziali, posti in essere nella vigenza del Trattato CECA, dopo la sua scadenza. Le società hanno impugnato le relative decisioni innanzi al Tribunale di Primo Grado. Il Governo italiano ha ritenuto di proporre ricorso alla Corte di Giustizia per fare constare la inesistenza delle decisioni di condanna per carenza assoluta di potere da parte della Commissione, quale istituzione della Comunità europea.



## NOTA

*Si riproduce, in sintesi, il ricorso proposto dal Governo italiano, rilevando che la Commissione ha eccepito il difetto di giurisdizione della Corte in relazione all'oggetto del ricorso, relativo ad una azione di accertamento e non di annullamento.*

1. — *La Commissione delle Comunità Europee ha emanato un Comunicazione (1) relativa ad alcuni aspetti del trattamento di casi in materia di concorrenza a seguito della scadenza del trattato CECA (2002/C 152/03) con lo scopo di sintetizzare per gli operatori economici e gli Stati membri, nella misura in cui essi sono interessati dal trattato CECA e dalla relativa legislazione secondaria, i più importanti cambiamenti che il passaggio al regime CE comporta relativamente alle norme sostanziali e procedurali applicabili, nonché di spiegare come intende affrontare questioni specifiche sollevate dal passaggio dal regime CECA al regime CE nei settori dell'antitrust, del controllo delle concentrazioni e del controllo degli aiuti di Stato.*

*Al punto 3 della Comunicazione, si legge: «I principi che sono alla base delle regole di concorrenza dei due trattati sono simili. Gli articoli 81 e 82 del trattato CE sono chiaramente ispirati ai corrispondenti articoli 65 e 66, paragrafo 7, del trattato CECA. Inoltre da molti anni la prassi di applicazione dei due trattati convergono. Nella Ventesima relazione sulla politica di concorrenza (1990) la commissione ha annunciato che era giunto il momento di armonizzare il più possibile l'applicazione delle norme di concorrenza CECA con la prassi seguita in base al trattato CE. Nel 1998 la Commissione ha pubblicato una comunicazione relativa all'armonizzazione delle procedure di esame delle concentrazioni nel quadro dei trattati CECA e CE» ed al punto 31: «Se la Commissione, nell'applicare il diritto della concorrenza comunitario alle intese, individua una violazione in un settore rientrante nel campo di applicazione del trattato CECA, il diritto sostanziale applicabile sarà, indipendentemente dal momento in cui tale applicazione ha luogo, quello in vigore nel momento in cui si sono verificati i fatti che hanno costituito la violazione. In ogni caso, per quanto riguarda la procedura, dopo la scadenza del trattato CECA, si applicherà il diritto CE (ivi compresa la comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese, Gazzetta Ufficiale C 45 del 19 febbraio 2002)».*

*Nelle Comunicazioni è contenuta la riserva: «La presente comunicazione viene adottata fatta salva l'interpretazione delle norme CECA e CEE da parte del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia».*

*L'affermazione che richiede un chiarimento quanto alla sua applicazione nel concreto è che, in linea di principio, a partire dal 24 luglio 2002, in quanto il Trattato CECA ai sensi dell'articolo 97 è scaduto il 23 luglio, «i settori che precedentemente rientravano nell'ambito di applicazione del trattato CECA, delle norme procedurali e della restante legislazione secondaria derivanti dal trattato CECA saranno soggetti alle norme del trattato CE, alle norme procedu-*

---

(1) GUCE C 152 del 26 giugno 2002.

rali e alla restante legislazione secondaria derivante dal trattato CE». La questione applicativa è relativa alla determinazione di quali norme siano applicabili ai singoli casi aperti prima della scadenza del trattato CECA e che al 23 luglio 2002 non siano stati completamente chiusi. E ciò, in quanto la soluzione adottata ha effetti sostanziali e processuali ed, inoltre, ai sensi dell'articolo 256 del trattato CE l'esecuzione dell'obbligo pecuniario derivante da una decisione di condanna è regolata dalle norme di procedura civile vigenti nello Stato sul cui territorio essa viene effettuata e «(...) La formula esecutiva è apposta, con la sola verifica della autenticità del titolo, dall'autorità nazionale che il governo di ciascuno degli Stati membri designerà a tal fine (...) Assolte tale formalità a richiesta dell'interessato, quest'ultimo può ottenere l'esecuzione forzata richiedendola direttamente all'organo competente, secondo la legislazione nazionale (...)».

Gli Stati membri non hanno adottato alcuna decisione generale di proroga delle disposizioni del trattato CECA.

2. — Il Trattato istitutivo della CECA è un trattato internazionale, istitutivo di una organizzazione internazionale. Per le finalità che perseguiva, la CECA si presentò, peraltro, con caratteri assai particolari rispetto alle organizzazioni precedenti, tanto che — utilizzando una espressione usata dal Trattato (articolo 9) relativamente alle funzioni dei membri dell'Alta Autorità — fu definita un ente «sopranazionale». Tale carattere di «sopranazionalità» è venuto scemando nelle organizzazioni successive della CEE e dell'Euratom e tanto non è irrilevante sul piano della valutazione della sussistenza di una eventuale inclusione delle norme contenute nel trattato CECA in quello della CEE. Sul punto si deve sottolineare che il «trattato» o la «convenzione» sono strumenti del diritto internazionale e mantengono tale prerogativa anche se e quando utilizzati in forza di norme comunitarie, in quanto in nessun modo si confondono o assumono la natura di atti comunitari, tassativamente indicati nell'articolo 249 CE.

3. — L'articolo 97 del Trattato CECA recita: «Il presente trattato è concluso per la durata di cinquant'anni a decorrere dalla data di entrata in vigore».

Il problema giuridico che si pone al presente non è quello di definire la successione delle leggi nel tempo nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario, bensì di risolvere i problemi di regolamentazione di fattispecie di rilievo giuridico determinati dalla cessazione degli effetti di un trattato internazionale con il conseguente venire meno del relativo ordinamento giuridico, problema che va risolto alla luce dell'ordinamento internazionale, l'unico competente al riguardo.

Nello stabilire che il trattato CECA avrà una durata di 50 anni a decorrere dalla sua entrata in vigore (23 luglio 1952) l'art. 97 colloca il trattato medesimo nella categoria degli accordi a durata limitata.

Caratteristica degli accordi a durata determinata è che in essi lo scadere del termine finale produce automaticamente l'estinzione del trattato.

Alla fattispecie deve applicarsi l'articolo 54 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, firmata il 23 maggio 1969, il cui articolo 54, rubricato Estinzione di un trattato o recesso in virtù delle disposizioni del trattato o per consenso delle parti, dispone che l'estinzione di un trattato internazionale, sia esso totale o parziale, può avvenire o in conformità delle disposizioni del trattato

*medesimo o, in ogni momento, per consenso di tutte le parti dopo reciproche consultazioni. Tra le cause estintive riconducibili alla prima delle due fattispecie rientra certamente il termine finale, che di fatto rappresenta il dies ad quem. Il compiersi di esso, invero, pone fine alla persistenza di determinati impegni, o alla esistenza del trattato medesimo. L'effetto giuridico spiegato da termine nella economia del trattato è risolutiva.*

*L'articolo 70 della Convenzione, rubricato Conseguenze della estinzione di un trattato, prevede: «1. Salvo diversa disposizione del trattato o diverso accordo delle parti, il fatto che un trattato si sia estinto in virtù delle disposizioni del trattato medesimo o in conformità alla presente Convenzione:*

*a) libera le parti dall'obbligo di continuare ad applicare il trattato;*

*b) non pregiudica alcun diritto, obbligo o situazione giuridica delle parti sorti per effetto della esecuzione del trattato prima della sua estinzione.*

*2. Quando uno Stato denuncia un trattato multilaterale o esercita il recesso, il paragrafo 1 si applica nei rapporti fra questo Stato e ciascuna delle altre parti del trattato a partire dalla data in cui la denuncia o il recesso prende effetto.*

*Nel suo commento all'articolo in esame, Capotorti (2) evidenzia come l'estinzione di un trattato produce, secondo l'articolo 70, comma 1 a), «la conseguenza fondamentale di liberare le parti dall'obbligo di continuare ad eseguirlo», mentre, per quel che attiene alle situazioni giuridiche richiamate nell'alinea b), precisa come «si deve necessariamente intendere che le situazioni giuridiche prese in considerazione siano quelle acquisite – esauritesì, cioè, o concretatesì in situazioni di fatto – prima che il trattato venga meno, in quanto è ovvio che i diritti, gli obblighi e le situazioni giuridiche ancora pendenti sono tutti coinvolti dall'estinzione (beninteso ex nunc, non ex tunc) e questo probabilmente si è voluto significare». Dello stesso avviso, Haraszti per il quale «unless the treaty provides otherwise, a termination of the treaty can take place only ex nunc» (3).*

*È da sottolineare che l'articolo 70 ha natura di norma suppletiva, facendo esplicitamente salva «la possibilità che il trattato disponga in modo diverso, o che una diversa intesa si stabilisca fra i contraenti».*

*Da quanto precede discende, quindi, che l'estinzione di un trattato, se da un lato non ha alcun effetto su quelle situazioni giuridiche che si sono esaurite prima dell'estinzione, concretando una ipotesi di estinzione parziale di un trattato, e per le quali le norme del trattato estinto manterranno un'automatica valenza; dall'altro, travolge tutte quelle situazioni che non si siano perfezionate*

---

(2) CAPOTORTI, *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Padova, 1977, 73 e ss.; *id.*, *L'extinction et la suspension des traités*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1971, III, tomo 134, 452 o ss. Nello stesso senso, si vedano AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000, 225, per il quale «Article 70 (1) provides (...) that in the absence of any transitional provisions, if a treaty is terminated under its provisions the parties are released from any obligation further to perform it».

(3) Haraszti, *Some fundamental problems of the law treaties*, Budapest, 1973, 242.

*prima della scadenza del trattato medesimo; fatta salva, in quest'ultimo caso, la possibilità di stabilire l'ultrattività delle norme del trattato attraverso uno specifico ed unanime accordo delle parti interessate.*

4. — *In generale, affinché le norme di un trattato internazionale possano continuare ad avere effetto anche dopo la sua naturale scadenza è necessario che una tale decisione venga presa di concerto dagli Stati firmatari e solo da essi. Che la volontà degli Stati, e soltanto questa, sia fondamentale per le sorti del Trattato CECA, così per ogni altro trattato internazionale, è confermato dalla Commissione nella Comunicazione del 27 novembre 2000 in cui, nel prefigurare alcune soluzioni riguardo alla «devolution of ECSC assets to the European Community», aveva premesso che «The starting-point of any analysis must be the willingness of the Member States not to extend the life of the ECSC regime and bodies beyond the time-limit laid down in the treaty»(4). Al riguardo, non vi è stata alcuna presa di posizione congiunta degli Stati firmatari del Trattato CECA, prima dell'estinzione dello stesso, per rinnovarne la validità nella sua interezza o per prevedere un generale regime transitorio che assicurasse l'ultrattività di tutte le sue norme. Gli Stati firmatari, invece, hanno lasciato che il Trattato CECA si estinguesse, limitandosi a regolare il passaggio delle norme CECA al regime CE soltanto per alcuni settori. In particolare, nessuna disposizione congiunta è stata presa con riguardo ad un regime transitorio in materia di concorrenza ai sensi del Trattato CECA.*

*Per le istruttorie ancora in corso al momento della estinzione del Trattato CECA non si potrebbe, quindi, invocare la «non rétroactivité de l'extinction», in quanto ciò comporterebbe la ultrattività delle disposizioni dello stesso, in quanto nessun diritto, obbligo o situazione giuridica delle parti è sorto nella vigenza del Trattato stesso.*

5. — *La necessità di un intervento degli Stati firmatari del Trattato CECA per fare sì che le previsioni contemplate in quest'ultimo potessero rientrare nel Trattato CE trovano conferma, inoltre, in alcuni Accordi tra gli Stati firmatari che sono stati presi prima del 23 luglio 2002, e quindi tempestivamente, per regolare specifici aspetti conseguenti alla scadenza del Trattato CECA. Tale la Decisione dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 19 luglio 2002, relativa agli Accordi internazionali conclusi dalla CECA, che non contemplavano affatto la scadenza del Trattato CECA, per i quali si è stabilito che: «Le questioni contemplate dal trattato CECA rientrano, alla scadenza di questo, nel trattato che istituisce la Comunità europea»*

*In data 27 febbraio 2002 la Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri con il Consiglio ha adottato una decisione (5) sulle conseguenze finanziarie della scadenza del trattato CECA (2002/234/ECSC) stabi-*

---

(4) *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee, the ECSC Consultative Committee and the Committee of the Regions – The future of structural dialogue after the expiry of the ECSC Treaty, COM (2000) 588 final.*

(5) *GUCE L 79 del 22 marzo 2002.*

*lendo: «1. All assets and liabilities of the ECSC, as they exist on 23 July 2002, shall, as from 24 July 2002, be managed by the Commission on behalf of the Member States.*

*2. The net worth of these assets and liabilities, as they appear in the balance sheet of the ECSC of the 23 July 2002, subject to any increase or decrease which may occur as a result of the liquidation operations, shall be considered as assets intended for research in the sectors related to the coal and steel industry, referred to as the “ECSC in liquidation”. On completion of the liquidation they shall be referred to as the “Asset of the Research Fund for Coal and Steel”.*

*3. The revenue from these assets, referred to as the “Research Fund for Coal and Steel”, shall be used exclusively for research in the section related to the coal and steel industry in accordance with the provisions of the Decision of acts adopted on the basis hereof».*

*Inoltre, norme transitorie regolanti in passaggio dalla disciplina CECA a quella CE sono state previste per la disciplina antidumping: «Le inchieste antidumping in corso dopo la data di scadenza del Trattato CECA proseguiranno e saranno portate a termine ai sensi delle disposizioni del regolamento antidumping di base e le misure antidumping adottate saranno disciplinate dalle disposizioni di detto regolamento. Analogamente, dopo la scadenza del Trattato CECA le domande antidumping pendenti saranno evase ai sensi delle disposizioni del regolamento antidumping di base» (6).*

*Con una procedura simile è stata risolta la problematica relativa agli aiuti di Stato all'industria carbonifera. La materia era regolata esclusivamente dal Trattato CECA e dalle regole adottate per la sua applicazione, in particolare dalla decisione n. 3632/93/CECA della Commissione, anch'essa con scadenza al 23 luglio 2002 (7). In vista della scadenza del Trattato CECA la Commissione aveva dapprima presentato, il 15 marzo 1991, una Comunicazione al Consiglio e al parlamento europeo sul futuro del Trattato (8) e, successivamente, nel 2001, una Proposta di regolamento del Consiglio (9). Nella Proposta di regolamento, la Commissione ha ritenuto cruciale che il Consiglio prevedesse un nuovo, specifico sistema di aiuti relativo ai settori in parola, con entrata in vigore immediatamente successiva alla scadenza del Trattato CECA, esprimendo la sua preoccupazione in questo modo: «Il settore è (...) destinato a scomparire a brevissimo termine se non si prenderanno i provvedimenti necessari per autorizzare la concessione di aiuti di Stato dopo la scadenza del trattato CECA (...); (...) gli sforzi di ristrutturazione e di riduzione di attività dell'industria carbonifera che hanno caratterizzato i regimi di aiuti di Stato del Trattato CECA, devono proseguire dopo il luglio 2002». Questa impostazione ricalca di fatto quella del Comitato consultivo della CECA che sosteneva nel 1990 che il*

---

(6) Regolamento (CE) n. 963/2002 del Consiglio del 3 giugno 2002, in *GUCE* L 149/3 del 7 giugno 2002.

(7) *GUCE* L 329 del 30 dicembre 1993.

(8) SEC (1991) 407 def.

(9) *GUCE* C 304E del 30 ottobre 2001.

*Trattato CECA dovesse restare in vigore fino al 2002 «come strumento giuridico autonomo», in considerazione del fatto che per potere far fronte alle specifiche problematiche della industria carbosiderurgica, erano necessarie particolari condizioni che determinassero «il mantenimento di un quadro che consenta di tenere conto di tali problemi economici e sociali» e che «le disposizioni del trattato CEE non soddisfano queste condizioni» (10). Le indicazioni della Commissione hanno trovato applicazione con il Regolamento (CE) n. 1407/2002 del Consiglio applicabile dal 24 luglio 2002 (11). Il paragrafo 22 indica come «L'attuazione delle disposizioni del presente regolamento dopo la scadenza del trattato CECA e della decisione n. 3632/93/CECA potrebbe creare difficoltà per le imprese, poiché nel corso dello stesso anno civile saranno applicabili due regimi di aiuti. Occorre, di conseguenza, prevedere un periodo transitorio fino al 31 dicembre 2002». Anche in questo settore, quindi, il passaggio dal trattato CECA a quello CE è stato caratterizzato da una posizione puramente propositiva della Commissione, necessariamente completata poi dall'intervento degli Stati firmatari.*

6. — *Da quanto precede emerge la conferma del principio sancito dall'articolo 70 della Convenzione di Vienna, in virtù del quale l'assorbimento della normativa CECA in quella CE può avvenire solo attraverso atti che siano l'espressione della comune volontà degli Stati firmatari.*

*L'unico provvedimento dal quale la Commissione farebbe discendere l'ultrattività delle norme in materia di concorrenza CECA (articolo 65 trattato CECA) è rappresentato dalla Comunicazione del 26 giugno 2002 (12). Si sottolinea, al riguardo, che le comunicazioni della Commissione non hanno valore vincolante, né possono essere in alcun modo considerate come espressione della volontà degli Stati firmatari. La comunicazione del 26 giugno 2002, dunque, non può avere l'effetto di fare sopravvivere le norme del trattato CECA non più in vigore in relazione ai fatti pregressi, né di regolarne il passaggio sotto la disciplina normativa CE per ciò che attiene specificamente alla procedura del settore della concorrenza. Si tratta semplicemente, come chiarito al paragrafo 2 della introduzione della comunicazione stessa, di una indicazione di come la Commissione medesima, unilateralmente, «intende affrontare questioni specifiche sollevate dal passaggio dal regime CECA al regime CE nei settori antitrust (...)». Anche nella comunicazione del 2 marzo 1998 la Commissione precisava come «la presente comunicazione va intesa anche come uno sforzo di semplificazione nei limiti tuttavia inerenti alla esistenza di due trattati distinti» (13). Tanto dimostra che era convinzione della stessa Commissione che il Trattato di fusione del 1965 non abbia comportato la «trasfusione» del contenuto del trattato CECA nel trattato CEE, che sembra ora contraddittoriamente sostenere.*

---

(10) Memorandum del Comitato consultivo della CECA sul futuro del trattato CECA, in *GUCE* C 302 del 1° dicembre 1990.

(11) *GUCE* L 205 del 2 agosto 2002.

(12) *GUCE* C 152 del 26 giugno 2002.

(13) *GUCE* C 66 del 2 marzo 1998.

**Causa C-228/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Marchio d’impresa – Apparecchi per rasatura – Definizione di pezzi di ricambio o accessori – Utilizzo di marchio da parte di terzo per illustrare il funzionamento di accessori – Limiti di tale utilizzo – Buoni usi commerciali – Art. 6, n. 1, lett. c) direttiva 89/104/CE – Ordinanza della «Korkein Oikeus» (Finlandia) emessa in data 23 maggio 2003, notificata il 1° luglio 2003 (cs.14530/03, avv. dello Stato M. Salvatorelli).**

#### IL FATTO

Le suindicate questioni pregiudiziali sono state sollevate dalla Suprema Corte finlandese nell’ambito di una controversia che vede schierati la *Gillette Company* e la *Gillette Group Finland Oy* (ricorrenti) contro la società *LA-Laboratoires Ltd Oy* (resistente) accusata di aver violato il diritto di marchio per aver posto in commercio lamette sulle cui confezioni è incollato un adesivo su cui figura che le lamette stesse sono utilizzabili su rasoi di sicurezza con impugnatura *Parason Flexor* (commercializzati dalla resistente) e con impugnatura *Gillette Sensor* (del cui marchio è titolare la *Gillette Company*).

Secondo le ricorrenti la resistente ha utilizzato, senza averne titolo, i marchi della *Gillette Company* sulle confezioni dei suoi prodotti ingenerando nei consumatori l’errata impressione che vi fosse un collegamento fra i suoi prodotti e i quelli della *Gillette Company*. La resistente fa valere, invece, che la menzione di un terzo sui propri prodotti sia conforme agli usi consueti di lealtà in campo commerciale ed alle finalità perseguite che consistono nel fornire ai propri consumatori informazioni in merito a quali impugnature si adattino alle proprie lamette, senza ingenerare alcuna confusione.

#### I QUESITI

Si chiede, in particolare, alla Corte di chiarire:

1. — quali siano i criteri:
  - a) per decidere se un prodotto vada considerato pezzo di ricambio o accessorio;
  - b) per decidere quali prodotti, diversi dai pezzi di ricambio e dagli accessori, possano rientrare nella sfera di applicazione della summenzionata disposizione.
2. — Se la liceità dell’uso di un marchio altrui debba essere valutata diversamente a seconda che il prodotto sia simile a un pezzo di ricambio o ad un accessorio oppure si tratti di un prodotto che, per un’altra ragione, possa rientrare nella sfera di applicazione della summenzionata disposizione.
3. — Come debba interpretarsi l’esigenza che l’uso del marchio sia «necessario» per fornire istruzioni per l’uso del prodotto. Se il criterio della necessità possa risultare soddisfatto, sebbene sia di per sé possibile fornire istruzioni per l’uso senza menzionare specificamente un marchio altrui, limitandosi a menzionare semplicemente, per esempio, il principio tecnico di funzionamento del prodotto. Quale significato abbia a questo riguardo il fatto che per il consumatore le istruzioni per l’uso possano risultare più difficili da capire, qualora non si faccia un riferimento nominale al marchio di un terzo.

4. — Di quali fattori occorra tener conto nel valutare i buoni usi commerciali. Se la menzione di un marchio altrui nel contesto della vendita dei propri prodotti implichi l'affermazione che i prodotti del venditore corrispondono per l'origine, per le qualità tecniche o per altre caratteristiche ai prodotti cui si riferisce il marchio altrui.

5. — Se rilevi per la liceità dell'uso di un marchio altrui il fatto che l'operatore commerciale che fa riferimento al marchio altrui venda, oltre ai pezzi di ricambio e agli accessori, anche altri prodotti propri, insieme ai quali tali pezzi di ricambio o accessori devono essere usati.

**Causa C – 230/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Lavoratore turco – Diritto al permesso di soggiorno – Nozione di integrazione nel mercato del lavoro** – Requisiti di cui ad art. 6 nn. 1 e 2 – Decisione 1/80 del Consiglio di Associazione CEE/Turchia – Ordinanza del «*Bundesverwaltungsgericht*» (Germania) emessa il 18 marzo 2003 e notificata il 7 luglio 2003 (cs. 14529/03, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

#### IL FATTO

Nel caso di specie un cittadino turco, in cerca di un'occupazione diversa da quella in mare, fino ad allora praticata e svolta sulla base di permessi di durata determinata corrispondente a quella dei singoli contratti di lavoro, si è visto rifiutare il diritto di cui al terzo trattino a causa della discontinuità della sua occupazione nell'arco dei 15 anni.

#### I QUESITI

1. — Se l'art. 6, n. 1, terzo cpv. e il n. 2 della precitata decisione n. 1/80 (in proseguo «ARB 1/80») sia da interpretare nel senso che un lavoratore turco, regolarmente occupato dal 1977 per più di 15 anni e senza necessità di permesso di lavoro, presso diversi datori di lavoro (nella fattispecie imprese di navigazione) realizzando in tale periodo i requisiti previsti dall'art. 6, n. 1, primo cpv. dello stesso, possa legittimamente pretendere la concessione di un permesso di soggiorno, qualora *l'attività lavorativa in tal settore sia stata interrotta* tra i singoli periodi lavorativi – oltre che per motivi di malattia e disoccupazione non imputabile all'interessato ed accertata dall'ufficio competente – per 17 volte con durata da 1 a 70 giorni per un totale di circa 13 mesi ed il medesimo abbia trascorso i periodi più lunghi presso la famiglia in Turchia, senza in tal modo che potesse essere accertato lo stato di disoccupazione involontaria. In particolare il giudice chiede se in tal contesto possa rilevare la circostanza che le interruzioni dell'attività lavorativa siano *tipiche* dell'occupazione nel settore marittimo.

2. — Se il diritto al permesso di soggiorno di cui sopra presupponga, *ex art. 6, n. 1, terzo cpv.*, che il lavoratore *sia già in possesso dei requisiti previsti dall'art. 6, n. 1, secondo cpv.* e se in tal contesto rilevi la circostanza che il cambiamento di datore di lavoro prima del decorso di 3 anni sia *tipico* del settore.



**Causa C-235/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Spese legali – Procedimento di ingiunzione – Costi recupero crediti – Rimborso spese facoltative – Articolo 3, n. 1, lettera e) direttiva 2000/35/CE.**

**IL FATTO**

La società Q.M. ha presentato al Tribunale di Barcellona un'istanza per l'emissione di decreto ingiuntivo nei confronti di un proprio debitore chiedendo il rimborso anche delle spese di patrocinio. La normativa spagnola non prevede per la richiesta di emissione di decreto ingiuntivo il patrocinio di un legale, e pertanto il giudice spagnolo ha sottoposto alla Corte un quesito interpretativo sulla possibilità di chiedere il rimborso degli onorari versati ad un legale in occasione di un procedimento di ingiunzione.

**IL QUESITO**

1. — Se nell'ambito della tutela del creditore quale deriva dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 giugno 2000, 2000/35/CE, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, sia possibile includere fra i costi di recupero del credito le spese derivanti dalla esistenza di un legale richieste in occasione del procedimento di ingiunzione promosso per recupero del detto credito.

**NOTA**

*L'articolo 3, n. 1, lettera e), della direttiva 2000/35/CE prevede: «a meno che il debitore non sia responsabile del ritardo, il creditore ha il diritto di esigere dal debitore un risarcimento ragionevole per tutti i costi di recupero sostenuti a causa del ritardo di pagamento del debitore. Questi costi di recupero devono rispettare i principi della trasparenza e della proporzionalità per quanto riguarda il debito in questione. Gli Stati membri possono, nel rispetto dei suddetti principi, fissare un importo massimo per quanto riguarda i costi di recupero per vari livelli di debito». Il giudice spagnolo fa presente che nei lavori preparatori della direttiva è fatto esplicito riferimento alle spese giudiziali ed extra-giudiziali legate alla domanda e fa presente che il riferimento del suo preambolo alla possibilità di considerare il pagamento degli interessi moratori nel determinare il ragionevole risarcimento (considerando 17) non rileva in casi come quello di specie poiché, per quanto riguarda il procedimento di ingiunzione, gli interessi moratori cominciano a maturare solo dopo l'emissione del decreto ingiuntivo. L'Italia ha recepito la direttiva in questione con decreto legislativo n. 231/2002 che all'articolo 6 prevede: «1. Il creditore ha diritto al risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli, salva la prova del maggior danno, ove il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile.*

*2. I costi, comunque rispondenti a principi di trasparenza e di proporzionalità, possono essere determinati anche in base ad elementi presuntivi e tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale».*

*Poiché il codice procedura civile italiano consente di stare in giudizio personalmente (articolo 82 c.p.c.), il giudizio della Corte sarà utile per la corretta applicazione degli articoli 91e 92 dello stesso codice in materia di condanna alle spese processuali.*

**Causa C-242/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Regime fiscale degli acquisti di titoli azionari – Normativa di uno Stato membro che prevede una detrazione fiscale in favore di contribuenti che acquistano titoli azionari emessi da società residenti in tale Stato (cs. 14892/03, avv. dello Stato M. Fiorilli).**

#### IL FATTO

Due cittadini lussemburghesi hanno adito il Tribunale amministrativo di Lussemburgo per chiedere la riforma dell'avviso di accertamento dell'imposta sul reddito per mancata detrazione di un importo pari all'investimento mobiliare effettuato sottoscrivendo azioni di una società anonima di diritto belga, operante nel settore del rilancio degli investimenti nell'interesse dello sviluppo economico. La detrazione non è stata concessa in quanto l'agevolazione è subordinata all'acquisto di titoli azionari emessi da società di capitali stabilite in Lussemburgo ed ivi pienamente imponibili.

#### I QUESITI

Se l'articolo 129 della legge 4 dicembre 1967, relativa all'imposta sul reddito successivamente modificata, nella versione applicabile all'esercizio fiscale 2000 che concede entro taluni limiti e condizioni una detrazione fiscale a contribuenti persone fisiche che acquistano azioni o quote sociali rappresentative di apporti di denaro in società di capitali residenti pienamente imponibili, sia compatibile con il principio della libera circolazione dei capitali all'interno della Comunità europea, quale sancito dall'articolo 56, n. 1, del trattato CE, tenuto conto delle restrizioni apportate a tale principio in particolare dall'articolo 58, primo comma, *sub a*), del trattato CE.

#### NOTA

*In materia esiste una giurisprudenza comunitaria parzialmente discordante. Infatti, nelle sentenze 28 gennaio 1992, causa C-204/1990, Bachmann (Racc. 1992, I-249) e causa C-300/1990, Commissione/Belgio (1992, I-305), la Corte ha ritenuto che talune disposizioni fiscali nazionali, che operavano distinzioni fondate sulla residenza dei contribuenti subordinando la deducibilità di certi contributi assicurativi alla condizione del loro versamento in un determinato Stato membro, potessero giustificarsi sulla base della «necessità di garantire la coerenza del regime fiscale». Invece nella sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/1998, Verkooijen (Racc. 2000, I-4202), la Corte ha mutato indirizzo, ritenendo incompatibile con il diritto comunitario una normativa nazionale che subordinava la concessione di un'esenzione dall'imposta sul reddito cui sono soggetti i dividendi azionari riscossi da persone fisiche alla condizione che tali dividendi fossero versati da società aventi sede in un determinato Stato membro. L'articolo 58 CE, par. 1, lett. a), consente agli Stati membri di continuare ad «applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale», sempreché tale disposizione non costituisca un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti.*

*Si ritiene che non siano in linea di principio infondati i rilievi circa una possibile incompatibilità con il principio della libera circolazione dei capitali della richiamata normativa lussemburghese, la quale assegna il vantaggio fiscale della deducibilità alle sole azioni di ditte o società di capitali residenti; ne appare applicabile la tesi secondo la quale la misura interna sarebbe giustificata dall'esigenza di preservare la coerenza del sistema fiscale. E ciò, in quanto tale principio viene interpretato in maniera sempre più restrittiva dalla Corte. In ambito comunitario, l'eliminazione delle normative nazionali di natura fiscale aventi natura protezionistica comporta benefici effetti sulla libera circolazione dei capitali e, di conseguenza, sulla liquidità dei mercati di strumenti finanziari. Nella legislazione italiana non esistono disposizioni che prevedono vantaggi fiscali per le persone fisiche che detengono investimenti azionari o quote sociali in società residenti. In ambito comunitario, l'eliminazione delle normative nazionali di natura fiscale aventi natura protezionistica comporta benefici effetti sulla libera circolazione dei capitali e, di conseguenza, sulla liquidità dei mercati finanziari.*

**Causa C-245/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Richiesta di inclusione nel regime nazionale di assicurazione malattia – Silenzio assenso e silenzio rifiuto – Articolo 6, punto 1, primo comma, direttiva 89/105/CEE.**

#### IL FATTO

Una società farmaceutica chiede l'annullamento del tacito rigetto da parte del Ministero degli affari sociali belga della domanda di ammissione al rimborso di una specialità medica, in quanto assolutamente indispensabile. Deduce, tra l'altro, a sostegno del ricorso, la violazione dell'articolo 6, punto 1, primo comma della direttiva 89/105/CEE, riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità medicinali per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia. L'articolo 6, punto 1, primo comma, della direttiva è redatto nei termini seguenti: «Le disposizioni seguenti sono applicabili se una specialità medicinale è coperta da un regime nazionale di assicurazione malattia solo dopo che le autorità competenti hanno deciso di includerla nell'elenco positivo delle specialità medicinali coperte da tale regime.

1. Gli stati membri assicurano che sia adottata una decisione su una richiesta di inclusione di una specialità medicinale nell'elenco delle specialità medicinali coperte da un regime nazionale di assicurazione malattia, presentata, conformemente alle condizioni stabilite dallo Stato membro in questione, dal detentore di una autorizzazione di commercializzazione e che detta decisione sia comunicata al richiedente entro un termine di 90 giorni dal ricevimento della richiesta. Il termine è prorogato di 90 giorni se è presentata una richiesta ai sensi del presente articolo prima che le autorità competenti concordino il prezzo da imporre al prodotto in applicazione dell'articolo 2 oppure se sono adottate con un'unica procedura amministrativa una decisione sul prezzo delle specialità medicinali e una decisione sull'inclusione di quest'ultima nell'elenco delle specialità medicinali coperte dal

*regime di previdenza sociale. Il richiedente fornisce all'autorità competente informazioni sufficienti. Se l'informazione a sostegno della richiesta sono insufficienti, il termine è sospeso e le autorità competenti notificano immediatamente al richiedente quali siano le informazioni supplementari dettagliate richieste. (...)».*

#### I QUESITI

1. — Se il termine di 90 giorni, che può essere prorogato di 90 giorni supplementari, di cui all'articolo 6, punto 1, primo comma, della direttiva 89/105/CEE, riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità medicinali per uso umano e la loro inclusione nel regime nazionale di assicurazione malattia, debba essere considerato un termine semplicemente indicativo, oppure un termine imperativo e, in quest'ultimo caso, quali siano le conseguenze del suo eventuale superamento riguardo alla risposta che deve essere fornita per una domanda di iscrizione di un medicinale nell'elenco dei medicinali coperti dal regime di assicurazione malattia.

2. — Se tale superamento debba essere interpretato nel senso che esso equivale all'iscrizione nell'elenco summenzionato.

#### NOTA

*La direttiva 89/105/CEE prevede espressamente il meccanismo del silenzio-assenso per quanto riguarda l'approvazione del prezzo di un farmaco (articoli 2 e 3).*

*Le sentenze 29 novembre 2001, nella causa C-24/99, Commissione c. Austria; e la sentenza 12 giugno 2003, nella causa C-229/00, Commissione c. Finlandia (concl. Tizzano) riaffermano l'obbligo per gli Stati di adattare la propria normativa ai requisiti procedurali delineati dalla direttiva.*

### **Causa C-250/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Accesso all'esercizio dell'attività professionale di avvocato e ruolo degli ordini forensi – Regole di concorrenza e non discriminazione.**

#### IL FATTO

Il ricorrente ha presentato ricorso innanzi al T.A.R. per la Lombardia al fine di ottenere l'annullamento del giudizio di non ammissione alla prova orale dell'esame di stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato. Avverso la decisione negativa della Commissione esaminatrice eccepisce l'imparzialità della valutazione e la distorsione del meccanismo concorrenziale per l'accesso alla professione di avvocato derivante dalla composizione della Commissione stessa. Il fatto che la maggioranza dei membri di quest'ultima rivesta la qualifica di avvocati iscritti nel medesimo Consiglio dell'ordine avrebbe come conseguenza di porre tale Consiglio nella posizione di condizionare, più o meno direttamente, l'accesso alla professione, a tutela degli interessi corporativi di coloro che risultano essere già iscritti all'ordine stesso. Tale sarebbe l'effetto della normativa italiana che disciplina l'accesso all'esercizio della professione di avvocato, nella quale si configurerebbe una violazione del principio della concorrenza nella misura in cui la stessa consentirebbe l'esistenza di un potere di controllo sull'ingresso di nuovi

operatori sul mercato da parte della Commissione esaminatrice, nonché la selezione dei candidati in funzione non di requisiti minimi di preparazione attitudinale e capacità tecnica per lo svolgimento della professione, bensì in funzione di mere logiche di mercato.

#### IL QUESITO

Se le norme del trattato che nell'interpretazione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee sanciscono la tutela dei principi comunitari di concorrenza e di non discriminazione debbano essere interpretate nel senso della incompatibilità, e quindi della illegittimità, della normativa nazionale italiana, ed in particolare dell'articolo 22 del regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578, che sottopone l'ingresso all'esercizio dell'attività economica professionale forense ad un previo esame di stato, per la parte in cui attribuisce, ai fini della valutazione delle attitudini e capacità professionali, un penetrante potere agli organi direttivi locali dell'ordine professionale cui aderiscono gli operatori economici già operanti nell'area territoriale interessata.

#### NOTE

Il Governo italiano ha presentato osservazioni, che si possono così sintetizzare.

«1. — *La questione pregiudiziale è irricevibile in quanto non è necessaria per la decisione del ricorso proposto dal candidato escluso dall'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense e, comunque, in quanto tale necessità non può essere desunta dall'ordinanza di rimessione. Sotto il primo profilo, non vi è nel ricorso, né tantomeno nella motivazione dell'ordinanza di rimessione, riferimento a fatti specifici che trovino che la mancata ammissione del candidato sia la prova del disegno dei commissari avvocati, in quanto appartenenti all'ordine al quale intende iscriversi il professionista (di Milano o dei Tribunali del distretto della Corte di appello di Milano), di limitare l'accesso alla professione forense a tutela dei già iscritti. È pacifico che il ricorso al meccanismo di cooperazione fra giudici nazionali e Corte, costituito dal rinvio pregiudiziale (articolo 234 del trattato), è strettamente limitato ai casi nei quali la pronuncia della Corte sull'interpretazione o sulla validità della norma comunitaria sia necessaria per la definizione nel merito della causa principale da parte del giudice del rinvio. La Corte, dunque, non può statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione di una norma comunitaria o il giudizio sulla sua validità chiesti da tale giudice non hanno alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale; oppure se il problema sia di natura ipotetica e la Corte non disponga di elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che vengono sottoposte. Sotto il secondo profilo, l'ordinanza non spiega affatto perché l'articolo 22 del regio decreto n. 1578/33 sia ritenuto rilevante per la decisione del ricorso Mauro; in particolare, quale sia il legame causale tra le norme (asseritamente restrittive della concorrenza) sulla composizione delle Commissioni di esame e la valutazione negativa delle prove scritte del candidato.*

2. — *Se la Corte ritenesse ricevibile la questione pregiudiziale, i "principi comunitari di concorrenza e di non discriminazione" ai quali ha fatto riferi-*

mento il giudice del rinvio (pur senza individuare correttamente le norme rilevante del trattato), ed in relazione ai quali occorre assumere posizione sono, rispettivamente:

– i divieti, aventi effetto diretto nei confronti delle imprese, di restringere o falsare il libero gioco della concorrenza mediante accordi o pratiche concordate (ovvero ancora mediante decisioni adottate da associazione di imprese) (articolo 81 CE); o di sfruttare abusivamente una posizione dominante sul mercato, che, in ipotesi, un'impresa detenga individualmente ovvero congiuntamente con altre (articolo 82 CE), nella misura in cui dette condotte possono essere pregiudizievoli al commercio tra Stati membri; in combinazione con la clausola generale di leale cooperazione ai fini del perseguimento degli obiettivi del Trattato (articolo 10 CE) dalla quale discende, in particolare, il divieto agli Stati membri di indebolire la portata e l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese;

– l'obbligo imposto agli Stati membri nella loro azione legislativa, amministrativa e regolamentare, di estendere il c.d. trattamento nazionale alle persone fisiche aventi la cittadinanza di un altro Stato membro, e comunque di astenersi dal creare ostacoli non giustificati e/o non proporzionali all'esercizio da parte di cittadini comunitari e delle libertà fondamentali di stabilimento di prestazione di servizi, in situazioni caratterizzate da elementi transfrontalieri (articoli 43 e 49 CE).

3. — Nella fattispecie ipotizzata dal TAR (senza peraltro evocare elementi fattuali a supporto) i passaggi logici consecutivi dell'analisi giuridica, sotto il profilo delle regole sulla concorrenza contenute nel trattato, possono essere così sintetizzati:

a) *Qualificazione dell'attività professionale come attività di impresa, e quindi, necessariamente, degli avvocati come imprese (eventualmente titolari di un significativo potere di mercato, congiuntamente fra loro) e degli ordini professionali come associazione di imprese.*

Nella sentenza *Wouters* (19 febbraio 2000, causa C-309/99) la Corte ha stabilito, in via incidentale, che gli avvocati iscritti all'albo nei Paesi Bassi costituiscono imprese ai sensi delle regole comunitarie della concorrenza in quanto "gli avvocati offrono, dietro corrispettivo, servizi di assistenza legale consistenti nella predisposizione di pareri, di contratti o di altri atti nonché nella rappresentanza e nella difesa in giudizio. Inoltre, essi assumono i rischi finanziari relativi all'esercizio di tali attività poiché, in caso di squilibrio tra le spese e le entrate, l'avvocato deve sopportare direttamente l'onere dei disavanzi" (punto 48); e che il NOVA – vale a dire, il loro Ordine nazionale, composto esclusivamente da avvocati e non vincolato per legge ad adottare le proprie deliberazioni nell'interesse generale, in quanto organo di regolamentazione della professione, che adotta un regolamento vincolante nei confronti di tutti i suoi membri volto ad imporre agli iscritti comportamenti determinati nell'ambito della loro attività economica – deve essere considerato come associazione di imprese ai sensi del diritto comunitario della concorrenza. Per quanto tali affermazioni della Corte non risultino applicabili telles quelles all'ordinamento italiano, esse costituiscono un dato autorevole che non è possibile ignorare in sede di ricostruzione delle regole di concorrenza applicabili alla professione forense in Italia come negli altri Stati membri diversi dai Paesi Bassi. Nella specie, tuttavia, gli avvo-

*cati componenti della Commissione di esame non agiscono come professionisti, operatori economici attivi sul mercato mediante la prestazione di servizi forensi, bensì come esperti chiamati a far parte di una Commissione che è un organo del Ministero della Giustizia e, in quanto tali, assumono il ruolo di pubblici ufficiali. La fattispecie oggetto della causa principale va, pertanto, analizzata alla luce della “dottrina funzionalistica”, seguita dal giudice comunitario e dalla Commissione europea in sede di interpretazione della nozione di impresa. Secondo tale dottrina, qualora un’impresa cumuli attività di natura economica ed attività rientranti nell’ambito dei pubblici poteri, si considera che quest’ultime sono sottratte alla applicazione delle regole di concorrenza (vedi sentenza 19 gennaio 1994, Eurocontrol, causa C-364/92);*

*b) Qualificazione della designazione degli avvocati componenti la Commissione di esame da parte del Consiglio Nazionale Forense, su proposta congiunta dei Consigli dell’Ordine del distretto, come decisione di una associazione di imprese e/o come sfruttamento abusivo di una posizione dominante collettiva ovvero, in alternativa, – qualificazione come intesa e/o come sfruttamento abusivo di una posizione dominante collettiva della valutazione congiunta delle attitudini e capacità professionale dei candidati da parte di avvocati componenti la Commissione d’esame, in quanto rappresentanti degli Ordini del distretto e, quindi, portatori di interessi economici di categoria, primo fra tutti quello alla limitazione della concorrenza da parte di operatori economici potenziali nuovi entranti.*

*I principi stabiliti dalla Corte nella giurisprudenza Wouters in materia di posizione dominante collettiva portano ad escludere che nella specie possa configurarsi uno sfruttamento abusivo del potere di mercato detenuto congiuntamente dagli avvocati iscritti agli Ordini di ciascun distretto. A meri fini di completezza, va considerata altresì la possibilità che l’insistito riferimento del T.A.R. alla comunanza di interessi economici fra gli iscritti a ciascun Ordine (e in primo luogo l’asserito interesse a impedire l’ingresso di potenziali nuovi entranti nel mercato locale dei servizi forensi), possa ispirare la Corte a rinvenire nella specie un sufficiente vincolo economico fra gli iscritti e, di conseguenza, ad ammettere la natura collettiva della posizione dominante da essi detenuta in detto mercato, soggetto all’accertamento fattuale del giudice del rinvio. Anche in tale scenario, peraltro, una conclusione di incompatibilità della normativa italiana con l’articolo 82 CE non potrebbe essere fondata sulla mera constatazione del supposto coordinamento restrittivo della concorrenza fra le imprese congiuntamente dominanti, che la normativa in questione incoraggia o del quale essa rafforza gli effetti, atteso che “per dimostrare la violazione dell’articolo 86 del trattato non è sufficiente (...)” riciclare “i fatti costitutivi di un’infrazione all’articolo 85, traendone la constatazione che le parti di un accordo di una pratica illecita detengono insieme una parte di mercato rilevante, che per questo solo fatto esse detengono una posizione dominante collettiva e che il loro comportamento illecito costituisce un abuso di questa posizione” (sentenza Wouters, punti 112-114).*

*c) Constatazione della circostanza che tale intesa ha per oggetto o, alternativamente, per effetto di restringere la concorrenza nel mercato rilevante, definibile come il mercato di servizi forniti dai professionisti della categoria interessata*

*iscritti all'albo nel territorio (ovvero nei singoli distretti di Corte d'appello) dello Stato membro dal quale la misura promana; ovvero, in alternativa, constatazione della circostanza che tale abuso di posizione dominante è suscettibile di influenzare la struttura di tale mercato;*

*Nella fattispecie in esame fa difetto la possibilità stessa di rinvenire una condotta privata anticoncorrenziale con la quale la disciplina dell'articolo 22 del regio decreto-legge n. 1578/33 possa dirsi collegata. Secondo la Corte, incombe al privato che chiede al giudice nazionale la disapplicazione della normativa interna per contrasto con le regole comunitarie di concorrenza, di provarne l'illegittimità, non allo Stato membro interessato o provare la compatibilità della propria legislazione con il trattato (v. sentenza 21 settembre 1988 in una causa C-267/86).*

4. — *Posta tale fondamentale premessa, occorre richiamare la giurisprudenza consolidata, secondo la quale non concreta una violazione dell'articolo 81 CE il fatto che i membri di una Commissione o ente chiamato ad adottare decisioni di intervento in materia economica siano designati dai pubblici poteri su proposta dei settori professionali interessati, qualora essi non costituiscano rappresentanti di questi ultimi chiamati a negoziare e concludere un accordo, ma esperti indipendenti chiamati a decidere in funzione di considerazioni di interesse generale, e purché i pubblici poteri non rinuncino alle loro prerogative e vigilino, in particolare, affinché le commissioni operino in funzione di considerazioni di interesse generale, sostituendo, se necessario, la loro decisione a quella delle commissioni (sentenza 17 novembre 1993, causa C-185/91, punto 16).*

*In punto di diritto, va rilevato che gli avvocati componenti della Commissione di esame, organo del Ministero della giustizia, che "è istituita" e "ha sede" presso lo stesso, non agiscono, limitatamente all'esercizio delle prerogative in questione, come operatori privati, ma sono nominati per esercitare "una pubblica funzione amministrativa". Essi hanno, pertanto, lo status di pubblici ufficiali: in quanto tali, da un lato sono titolari di poteri certificativi, deliberativi ed autoritativi, e della speciale tutela apprestata dall'ordinamento a favore dei soggetti che rivestono tale qualifica; dall'altro lato, sono soggetti a tutti i doveri ad essa inerenti, anche ai fini dell'applicazione della legge penale al loro operato. Inoltre, non sussiste alcuna indicazione normativa nel senso che le componenti della Commissione per gli esami di avvocato hanno carattere rappresentativo di interessi settoriali, "al contrario l'esame di stato per l'abilitazione all'esercizio delle libere professioni (articolo 33, comma 5, della costituzione) è previsto per fornire al cittadino una garanzia circa la preparazione e la capacità dei professionisti ai quali può rivolgersi, e rispetto a questo fine non hanno rilievo interessi di categoria, ma la capacità di giudizio assicurata dalle doti professionali dei singoli membri del collegio" (C.d.S., sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4069). Infine, la proposta congiunta, da parte degli organi direttivi locali dell'ordine professionale, di due dei cinque componenti della Commissione di esame e la loro successiva designazione da parte delle Consiglio nazionale forense, non sono sufficienti ad assicurare che l'intesa da essi in ipotesi conclusa sia suscettibile di esecuzione in concreto, dato che tale esecuzione implicherebbe che l'asserito coordinamento sia esteso ad almeno un altro dei tre componenti*



*rimanenti. Ora, non solo i due componenti magistrati sono nominati dal Ministro nell'ambito delle indicazioni fornite dai presidenti delle Corti di appello, ma il docente universitario in materie giuridiche è nominato dal Ministro su designazione delle Consiglio di facoltà dell'Università degli studi interessata. In queste condizioni, non è possibile configurare alcuna "decisione di una associazione di imprese" rilevante ai fini e per gli effetti dell'articolo 81 CE, dato che la designazione di soli due dei cinque componenti è manifestamente insufficiente a consentire alla categoria forense di restringere la concorrenza mediante l'operato della Commissione di esame. Che i poteri pubblici non abbiano delegato ad operatori economici privati la loro competenza in materia di valutazione dell'attitudine e capacità professionale dei candidati partecipanti all'esame di abilitazione professionale risulta, in via ulteriore rispetto a quanto si è già osservato, dalla previsione normativa del conferimento al Ministro del potere di "alta sorveglianza" sugli esami, con facoltà di annullarli quando siano avvenute irregolarità. Egli, inoltre, può intervenire in seno alle commissioni esaminatrici, anche per mezzo di un proprio rappresentante, il quale impartisce le disposizioni che debbono essere osservate per disciplinare lo svolgimento di esami. Né risulta che lo Stato italiano abbia rinunciato ad esercitare il suo potere di decisione in ultima istanza o a controllare l'esercizio da parte delle commissioni di esame delle pubbliche funzioni loro demandate, atteso che i candidati, come avvenuto nel giudizio principale, sono legittimati a ricorrere contro l'eventuale decisione di non ammissione alla prova orale, provocandone il riesame da parte del giudice amministrativo».*

**Causa C – 252/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Farmaci – Certificato di Protezione Complementare – Autorizzazione di immissione in commercio rilasciata in Svizzera – Art. 13 regolamento 92/1768/CEE – Ordinanza della «Cour Administrative» (Lussemburgo) emessa il 18 dicembre 2003, notificata il 6 agosto 2003 (cs.15466/03, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Nel caso di specie il rappresentante del Governo del Lussemburgo ha interposto appello avverso una sentenza del Tribunale amministrativo che aveva accolto il ricorso presentato da una società di diritto americano contro tre provvedimenti del Ministro dell'Economia che indicavano quale data di prima autorizzazione di immissione in commercio di alcuni medicinali quella conferita agli stessi dall'autorità svizzera. L'appellante fa valere che, in forza del diritto del Liechtenstein – membro dell'accordo sullo Spazio economico europeo – una autorizzazione di immissione in commercio di medicinali conferita da un'autorità svizzera è valida nello Spazio economico europeo e che, pertanto, l'autorizzazione di immissione in commercio da prendere in considerazione per il calcolo della durata del CPC è quella della prima autorizzazione di immissione in commercio accordata conformemente alla legislazione nazionale di una parte contraente dell'accordo SEE.

## IL QUESITO

Se un'autorizzazione di immissione in commercio rilasciata dalle autorità svizzere costituisca una prima autorizzazione di immissione in commercio nella Comunità ai sensi dell'art. 13 del regolamento (CEE) del Consiglio 18 giugno 1992, n. 1768, sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali.

**Causa C-253/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Tassazione su utili societari di una filiale di società lussemburghese operante in Germania – Possibile discriminazione – Libertà di stabilimento – Artt. 43 e 48 CE – Ordinanza del «Bundesfinanzhof» (Germania) emessa il 1° aprile 2003, notificata il 6 agosto 2003 (cs.16038/03, avv. dello Stato G. De Bellis).**

## IL FATTO

Nel caso di specie – che si riferisce ad una controversia relativa all'anno 1994 – una società per azioni, con sede e direzione commerciale nel Granducato di Lussemburgo ed operante nella Repubblica Federale di Germania attraverso una filiale, ricorre contro l'applicazione dell'aliquota del 42%, da parte del *Finanzamt*, sui suoi utili come società soggetta ad un obbligo fiscale limitato.

La ricorrente lamenta la discriminazione nei confronti di società sempre straniere (CE) che operino attraverso una società di capitali controllata soggetta ad un obbligo fiscale illimitato cui viene applicata un'aliquota più bassa e quindi la violazione della libertà di stabilimento c.d. secondaria. In base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee infatti la libertà di scegliere la forma giuridica per l'esercizio dell'attività commerciale in un altro Stato membro non può essere limitata da norme tributarie discriminatorie (sent. 13 luglio 1993, *Commerzbank*, C-330/1991; sent. *Saint-Gobain ZN*, 21 settembre 1999, C-307/1997).

## I QUESITI

Le questioni pregiudiziali che il giudice *a quo* formula sono:

1. – Se l'art. 52 TCE (attualmente art. 43 CE) in combinato disposto con l'art. 58 TCE (attualmente art. 48 CE) debba essere interpretato nel senso che il diritto alla libertà di stabilimento è violato quando gli utili ottenuti da una società di capitali straniera dell'Unione Europea mediante una *filiale* situata in Germania durante l'esercizio 1994 sono soggetti ad un'imposta tedesca del 42% a titolo dell'imposta sulle società (cosiddetta *aliquota d'imposta sui centri di attività stabile*), mentre:

gli utili sarebbero stati soggetti all'imposta tedesca sulle società soltanto nella misura del 33,5% se una società controllata interamente soggetta all'imposta sulle società in Germania e appartenente alla società di capitali di un altro Paese dell'Unione europea avesse ottenuto detti utili e li avesse interamente versati alla società capogruppo prima del 30 giugno 1996;

gli utili sarebbero stati in un primo momento soggetti all'imposta tedesca sulle società nella misura del 45% se la società di capitali controllata

li avesse capitalizzati fino al 30 giugno 1996, ma la tassazione sulle società in caso di una distribuzione integrale si sarebbe ridotta successivamente al 30 % dopo il 30 giugno 1996.

2. – Se l'aliquota d'imposta sui centri di attività stabile debba, in caso di violazione dell'art. 52 del TCE, essere ridotta al 30% per l'esercizio controverso, al fine di eliminare tale violazione.

**Causa C – 265/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Società calcistiche comunitarie e giocatori provenienti da paesi terzi – Limitazioni imposte da federazioni quanto al numero di questi ultimi giocatori utilizzabili nelle partite nazionali di campionato e di coppa – Discriminazioni sulla base della nazionalità – Art.23 dell'accordo di partenariato e di cooperazione con la Federazione russa (cs. 15453/03, avv. dello Stato D. Del Gaizo).**

IL FATTO

Alla base del contenzioso nazionale che ha innescato la causa pregiudiziale risiede la vicenda del calciatore russo Igor Simutenkov, in forza al Club Deportivo Tenerife, munito di regolare permesso di soggiorno in Spagna nonché di licenza federale come giocatore non comunitario al quale le regole in vigore adottate dalla «*Real Federacion Española de Futbol*» quanto al numero di giocatori non comunitari che è possibile schierare contemporaneamente (3 per la prima e la seconda divisione) nelle competizioni nazionali (di campionato e di coppa) arrecano pregiudizio nella misura in cui ledono il suo diritto fondamentale – desumibile dal predetto art. 23 dell'accordo – a non essere discriminato, a causa della sua nazionalità russa rispetto ai giocatori comunitari (e dello Spazio Economico Europeo) che si trovano in situazioni analoghe.

IL QUESITO

Se l'art. 23 dell'Accordo di partenariato e di cooperazione che istituisce il partenariato tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Federazione russa dall'altra, sottoscritto a Corfù il 24 giugno 1994 osti a che una federazione sportiva applichi ad un atleta professionista cittadino russo come quello della causa principale, che ha concluso un regolare contratto con una squadra di calcio spagnola, una normativa in forza della quale le squadre possono utilizzare nelle competizioni in ambito nazionale solo un numero limitato di calciatori provenienti da Stati terzi non appartenenti allo Spazio Economico Europeo.

**Causa C-267/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Norme tecniche – Inquadrabilità in tale categoria di una disciplina nazionale che inibisce l'uso, non autorizzato, di apparecchi automatici da gioco d'azzardo – Direttiva 98/34/CE che ha sostituito la Direttiva 83/189/CEE Sentenza – del «*Högsta domstolen*» (Svezia) del 10 aprile 2003, notificata il 6 agosto 2003 (cs. 17476/03, avv. dello Stato D. Del Gaizo).**

IL FATTO

Il sig. S.L. è stato incriminato per avere organizzato illegalmente in un locale pubblico giochi aperti al pubblico su apparecchi automatici da gioco.

Il risultato del gioco era essenzialmente determinato dal caso e l'attività risultava rischiosa in relazione alla natura e alla entità economica delle puntate. Dalle indagini è risultato che il gioco è avvenuto con apparecchi automatici per il gioco d'azzardo, del tipo «frutta» o «poker» che rientrano nella categoria delle ruote della fortuna. I giochi sulla ruota della fortuna sono simili nella loro concezione ad altri tipi di giochi su apparecchi automatici, come i giochi che distribuiscono premi in prodotti, in denaro, in gettoni di valore o i giochi di destrezza. Ciò che distingue principalmente le «ruote della fortuna» dagli altri apparecchi automatici è che questi ultimi sono concepiti in modo tale che in caso di vincita il pagamento viene effettuato direttamente dalla macchina, mentre ciò non avviene nella ruota della fortuna. Quando si gioca sulle ruote della fortuna la vincita viene consegnata manualmente. In subordine, gli si contesta la circostanza che nella qualità di rappresentante di una ditta produttrice di apparecchi automatici da gioco ha illegalmente organizzato lotterie in forma di gioco su apparecchi automatici.

#### I QUESITI

La *Högsta Domstol* chiede una pronuncia pregiudiziale sulle questioni seguenti, relative alla interpretazione della direttiva del Consiglio 83/189/CEE (modificata dalla direttiva 88/182/CEE e dalla direttiva del Consiglio e del Parlamento europeo 94/10/CE) con riferimento alle modifiche normative introdotte nella Lotterilag, entrate in vigore il 1 gennaio 1997:

1. — Se l'introduzione nella normativa nazionale di un divieto di impiego di un prodotto costituisca una regolamentazione tecnica che deve essere comunicata secondo la direttiva.

2. — Se l'introduzione nella normativa nazionale di un divieto di un servizio che influisce sull'impiego del prodotto costituisca una regolamentazione tecnica che deve essere comunicata secondo la direttiva.

3. — Se la ridefinizione nella normativa nazionale di un servizio collegato alla costruzione di un prodotto costituisca una regolamentazione tecnica tale da dover essere comunicata secondo la direttiva, qualora la nuova definizione influisca sull'impiego del prodotto.

4. — Quale effetto abbiano sull'obbligo di comunicazione ai sensi della direttiva circostanze quali il passaggio nella normativa nazionale dall'obbligo di autorizzazione al divieto, il maggior o minor valore del prodotto/servizio, l'estensione del mercato del prodotto/servizio nonché l'effetto di una nuova disposizione nazionale sull'impiego, cioè se l'effetto sia un divieto assoluto di impiego oppure se l'impiego sia vietato o limitato rispetto ad uno dei possibili settori di impiego.

#### NOTE

*Si contesta un sistema giuridico di regolamentazione del gioco d'azzardo al fine di promuovere la liberalizzazione del settore, finora esclusa dalla normativa nazionale e comunitaria, nonché della giurisprudenza della Corte di Giustizia, per garantire una migliore protezione dei clienti ed evitare possibili frodi poste in essere dalla criminalità organizzata. La relativa problematica è stata di recente sottoposta alla Corte nella causa C-34/01 (domanda di pronuncia pregiudiziale nel procedimento penale Gambelli), nella quale la sen-*

*tenza è attesa entro la fine dell'anno. L'articolo 1, comma 9, della direttiva 98/34/CE fornisce la nozione di regola tecnica nei seguenti termini: «una specificazione tecnica o altro requisito, comprese le relative disposizioni amministrative, la cui osservanza sia obbligatoria de iure o de facto per la commercializzazione e utilizzazione in uno Stato membro o in una parte rilevante di esso, nonché le disposizioni legislative, regolamentari e ed amministrative degli Stati membri (...) intese a vietare la fabbricazione, la commercializzazione o utilizzazione di un prodotto». Se da un lato tale definizione si riferisce essenzialmente a specifiche tecniche riguardanti prodotti, al fine di evitare ostacoli alla libera circolazione di questi ultimi, dall'altro essa non esclude che l'obbligo di previa comunicazione possa applicarsi anche a disposizioni normative intese a vietare l'utilizzazione di un determinato prodotto, come nel caso di specie. Nel caso di specie, se la disciplina inibitoria nazionale dovesse qualificarsi come norma tecnica ai sensi della direttiva 98/34/CE ne conseguirebbe l'obbligo per il Governo interessato della previa notificazione della stessa, allo stadio di progetto, alla Commissione, con conseguente avvio, da parte di quest'ultima, di un complesso procedimento di valutazione che coinvolge anche gli Stati membri. In caso di mancata comunicazione, la normativa nazionale dovrebbe considerarsi inopponibile agli operatori economici, con la conseguente possibilità per il giudice nazionale di disapplicarla in corso di giudizio civile o penale.*

**C – 269/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – IVA su locazioni – Possibile esenzione subordinata a particolari condizioni** – Art. 13, parte C, primo comma, lett. a), direttiva 77/388/CEE – Ordinanza della «*Cour supérieure de Justice*» (Lussemburgo) emessa il 18 giugno 2003 e notificata il 6 agosto 2003 (cs. 16037/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

#### IL QUESITO

Se l'art. 13, parte C, primo comma, lett. a), della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, consenta a uno Stato membro, che si sia avvalso della facoltà di concedere ai propri soggetti passivi il diritto di optare per l'assoggettamento ad imposta dell'affitto e della locazione di beni immobili, di subordinare l'integrale deduzione dell'IVA versata a monte a una previa autorizzazione, non retroattiva, da parte dell'amministrazione tributaria.

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

L'Agenzia delle Entrate, con nota 140565 del 22 settembre 2003 ha espresso il seguente avviso:

*«... La vertenza ruota intorno all'interpretazione di quanto previsto dall'articolo 13, lettera C) della Direttiva 77/388/CEE; in particolare, il citato articolo 13 consente, tra l'altro, agli Stati membri di accordare ai loro soggetti passivi*

*l'opzione per l'imposizione (in alternativa all'esenzione), nell'affitto e nella locazione di beni immobili, precisando, ai contempo, che essi "... possono restringere la portata del diritto di opzione e ne stabiliscono le modalità di esercizio".*

*L'articolo 5 del regolamento granducale 7 marzo 1980 dispone una restrizione al predetto diritto di opzione imponendo al soggetto passivo di depositare una dichiarazione la cui efficacia e decorrenza, sono soggette ad un'autorizzazione amministrativa. La descritta modalità, secondo quanto sostenuto dagli appellanti, consentirebbe all'amministrazione di verificare, in tempi opportuni, la possibilità di applicare l'IVA alla locazione immobiliare.*

*La Società ha contestato la legittimità dell'articolo 5 del regolamento granducale, sostenendo che esso contrasta con gli articoli 4 e 17 della Direttiva 77/388/CEE in quanto la subordinazione del diritto di opzione ad una previa autorizzazione amministrativa limiterebbe, di fatto, lo scopo e l'effetto del riconosciuto diritto a deduzione.*

*A parere dell'appellata il diritto, incardinandosi prima della concessione dell'autorizzazione amministrativa, non potrebbe essere lesa a causa dell'inservanza delle modalità di esercizio del diritto di opzione.*

*La questione pregiudiziale sulla quale la Corte di giustizia delle Comunità europee dovrà pronunciarsi riguarda la possibilità per uno Stato membro che si sia avvalso della facoltà di concedere ai propri soggetti passivi il diritto di optare per l'assoggettamento ad imposta dell'affitto e della locazione di beni immobili, di subordinare l'integrale deduzione dell'IVA versata a monte ad una previa autorizzazione, non retroattiva, da parte dell'Amministrazione tributaria.*

*La normativa italiana, in proposito, non prevede l'esercizio di un diritto all'opzione e, per tale motivo, questa Agenzia non ritiene che sussista un interesse ad intervenire nella presente causa... »*

**Cause C-281/03 e C-282/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Sostanze pericolose – Biocidi – Immissione sul mercato e uso – Condizioni – Sufficienza/inderogabilità – Direttiva 76/769 e modifiche (cs.17889/03 e 17890/03, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Con tali sentenze si chiede alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 234, in merito alla direttiva del Consiglio 76/769/CEE del 27 luglio 1976 concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative alle restrizioni in materia di immissione sul mercato e di uso di talune sostanze e preparati pericolosi (in prosieguo «direttiva sulle sostanze pericolose»).

In particolare le si chiede di pronunciarsi sulla natura – di requisiti minimi essenziali o invece necessariamente sufficienti – delle condizioni poste dalla stessa per la messa in commercio e l'uso delle varie sostanze che ne sono oggetto e vengono elencate nell'allegato 1.

Il giudice *a quo* chiede in particolare se la direttiva sulle sostanze pericolose consenta ad uno Stato membro di stabilire requisiti supplementari per

l'immissione sul mercato e l'impiego di un biocida, la cui sostanza attiva è elencata nell'allegato I di detta direttiva, come risultante al momento rilevante per la causa, in seguito alle modifiche apportate dalle direttive 94/40/CE e 94/60/CE (v. punto 32).

La soluzione al quesito posto rileva per statuire in merito ad alcuni ricorsi contro decisioni negative delle autorità olandesi sui reclami avverso la revoca di autorizzazioni e contro il rigetto di richieste di proroga di autorizzazione alla messa in commercio di prodotti contenenti tale biocida (si trattava di antiparassitari per la conservazione del legno).

#### IL QUESITO

Se la direttiva sulle sostanze pericolose consenta ad uno Stato membro di stabilire requisiti supplementari per l'immissione sul mercato e l'impiego di un biocida la cui sostanza attiva è elencata nell'allegato I di detta direttiva.

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA

*«(omissis) La questione in esame appare particolarmente importante in quanto, se la direttiva fosse mal interpretata, verrebbero danneggiati sia la velocità degli scambi di tali sostanze (scopo della direttiva) che la tutela della salute e dell'ambiente.*

*Tuttavia, lo scopo della direttiva, pur considerando l'ambiguità dell'articolo 2 (gli Stati...), sembra consistere nell'agevolazione degli scambi che, dunque, porterebbe a far propendere per l'esaudività dei requisiti posti a livello comunitario dalla direttiva stessa e dalle sue più recenti modificazioni. Va inoltre considerato che l'articolo 2-bis della direttiva 89/678/CEE prevede la predisposizione di un apposito processo a livello comunitario per l'aggiunta di sostanze all'elenco della direttiva 76/769 in esame, qualora si riscontrino danni o gravi ripercussioni alla salute per l'uso di determinate sostanze.*

*La previsione di ulteriori limiti nazionali apparirebbe, pertanto, non necessaria, in quanto la finalità di tutela della salute verrebbe perseguita dal processo di cui all'articolo 2bis della direttiva 89/678/CEE.*

*In considerazione di tali rilievi, ci si rimette alle valutazioni di opportunità che codesta Amministrazione riterrà di adottare al fine di deliberare o meno un intervento nella causa pendente avanti la Corte di giustizia».*

**Causa C-283/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Sistema nazionale di prezzi del latte legato alla qualità – Mercato comune dei prodotti agricoli – Aiuti di Stato – Regolamento n. 804/68, art. 24 – regolamento CEE n. 1411/71, art. 5 – Sentenza del «College van Beroep voor het bedrijfsleven» (Paesi Bassi) emessa il 27 giugno 2003 (cs 15294/03, avv. dello Stato O. Fiumara).**

#### IL FATTO

Un allevatore lamenta la riduzione dell'importo dovutogli dal caseificio come prezzo per le consegne effettuate nell'anno 1995 e giustifica in base alla presenza di antibiotici che diminuiva la qualità del latte, in ossequio al

sistema olandese di premi e riduzione sul prezzo dovuto per le consegne del latte mirante ad un miglioramento delle qualità dei prodotti offerti sul mercato.

#### I QUESITI

1. — Se un sistema nazionale di riduzione e di premi legati alla qualità del latte appena munto fornito ad un caseificio, come quello del caso di specie, sia compatibile con il regolamento (CEE) n. 804/68, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, e in particolare col divieto di effettuare una «perequazione tra i prezzi» di cui all'art. 24, n. 2 (divenuto, in seguito a consolidazione dei testi modificati, art. 38, n. 2, del regolamento CEE n. 1255/99).

2. — Se un sistema nazionale di premi legati alla qualità del latte fornito al caseificio, come quello di cui trattasi, sia compatibile col divieto di versare aiuti di cui all'art. 24, n. 1, del regolamento (CEE) n. 804/68.

3. — Se, in caso di soluzione affermativa della seconda questione, tale sistema nazionale debba essere considerato un aiuto la cui istituzione deve essere previamente notificata alla Commissione in forza dell'art. 93, n. 3, TCE (divenuto art. 88, n. 3, CE).

**Causa C – 284/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) IVA su locazioni – Definizione di locazione – Art. 13, parte B, lett. b) – Direttiva 77/388/CEE – Sentenza della «Cour d'Appel» (Bruxelles) emessa il 19 giugno 2003, notificata il 6 agosto 2003 (cs. 16036/03, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Nel caso di specie la S.A. *Temco Europe* è stata convenuta dallo Stato belga (Amministrazione dell'IVA, del Registro e del Demanio), ricorrente contro l'accoglimento dell'opposizione della prima ad un'ingiunzione di pagamento. La *Temco Europe* è un soggetto IVA per la sua attività di pulizia e manutenzione di edifici la quale, dopo un'opera di restauro di un immobile da essa non utilizzato ai fini della propria attività economica, ha stipulato con tre società appartenenti al suo stesso gruppo degli accordi qualificati come «cessioni», che autorizzano l'esercizio della loro attività nell'immobile, con caratteristiche tali da far ritenere di essere stati stipulati per sfuggire alla nozione di contratto di locazione della normativa nazionale.

#### I QUESITI

Se l'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva possa essere interpretato nel senso che operazioni, corrispondenti nel diritto belga ad un contratto innominato con cui una società concede simultaneamente tramite contratti differenti a società collegate un diritto precario di occupazione sul medesimo immobile dietro pagamento di un'indennità fissata in parte ma essenzialmente in funzione della superficie occupata, rimanendo inteso che la precarietà è neutralizzata da una direzione comune ai cessionari e al cedente, costituiscono ai sensi del diritto comunitario una locazione di beni immobili,



o, in altri termini, se la nozione autonoma di diritto comunitario di «locazione di beni immobili» di cui all'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva ricomprenda l'utilizzo a titolo oneroso di un bene immobile per finalità estranee all'attività economica del soggetto passivo – definizione ripresa nell'art. 44, § 3, punto 2 alla fine, del codice belga dell'IVA – cioè la messa a disposizione a titolo precario per un periodo indeterminato e dietro pagamento di un corrispettivo mensile, foss'anche variabile e soggetto in parte ai risultati del contraente che gode di un diritto di occupazione non esclusivo, rimanendo inteso che la precarietà è neutralizzata da una direzione comune al cessionario e al cedente.

L'AGENZIA DELLE ENTRATE HA FATTO PERVENIRE IL SEGUENTE AVVISO.

*«La vertenza ruota intorno all'interpretazione di «affitto e la locazione di beni immobili» di cui all'articolo 13, parte B, lett. b), della Direttiva 77/388/CEE, fattispecie per la quale il legislatore comunitario ha previsto il trattamento di esenzione da IVA.*

*A tale proposito, la corrispondente norma di attuazione belga ha disposto l'esenzione da IVA per la locazione di beni immobili per fini estranei all'attività del soggetto concedente.*

*La S.A. Temco Europe è ditta che svolge attività di pulizia e manutenzione di edifici, per la quale è soggetta ad IVA. La medesima società è proprietaria di un immobile (presso il quale non ha stabilito propria sede). Con tre accordi separati, qualificati dalle parti contraenti come cessioni, la S.A. Temco Europe ha concesso l'uso esclusivo dei locali del predetto immobile, per lo svolgimento e per la durata delle proprie attività, a tre società (cessionarie) dipendenti, si afferma, «dalla stessa direzione della cedente». Le cessionarie devono rispettare un regolamento d'ordine interno stabilito dalla cedente e su richiesta di quest'ultima dovranno, in ogni momento e senza preavviso, rilasciare i locali. L'affitto è corrisposto annualmente e comprende un importo relativo ai locali adibiti ad ufficio ed uno, diverso, per quelli ad uso deposito.*

*Dall'esame dell'ordinanza di rinvio sembrerebbe emergere una divergenza di opinione tra le parti, nei termini qui di seguito descritti, in merito alla possibilità di qualificare o meno come locazione il descritto accordo contrattuale.*

*Infatti, a parere del contribuente, tale accordo esulerebbe dal concetto di «locazione» di cui al citato art. 13 della VI Direttiva, con la conseguenza che la Temco Europe avrebbe titolo per detrarre l'IVA corrisposta sui lavori di risanamento dell'edificio.*

*Al contrario, a parere dell'Amministrazione belga, tali accordi sembrerebbero conclusi con il solo scopo di eludere l'applicazione della normativa IVA sui contratti di locazione. Infatti, si tratterebbe, in apparenza, di contratti leonini con i quali è stato concesso un diritto di occupazione precaria dell'immobile, come sembrerebbe emergere dalle disposizioni del regolamento prima citato.*

*Tuttavia, se si considera lo stretto legame intercorrente tra le parti firmatarie, tutte riconducibili al medesimo soggetto economico, risulta evidente che i cessionari godono di una certa continuità nell'occupazione degli edifici e della garanzia di una esecuzione ragionevole degli accordi.*

*Al momento non vi sono orientamenti definiti da parte della Corte di Giustizia sulla questione controversa. Tuttavia, la Corte ha ritenuto opportuno, in conclusione della causa C-326/1999 con sentenza del 22 febbraio 2001, chiarire che: «... per definire la nozione di 'locazione' si impone un approccio funzionale piuttosto che un riferimento alle categorie giuridiche dei diritti nazionali e che essa include così accordi tramite i quali una parte conferisce all'altra il diritto di occupare un immobile come se si trattasse del suo per una durata convenuta in cambio di un corrispettivo collegato alla durata».*

*Tenuto conto, comunque, che la questione controversa appare piuttosto dubbia e che le fattispecie concrete nelle quali potrebbero essere sollevate analoghe problematiche appaiono alquanto limitate, non si ravvisa l'opportunità di un intervento nella causa in oggetto.*

**Causa C – 286/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Sicurezza sociale – Prestazioni speciali a carattere non contributivo – Non «esportabilità» dei relativi trattamenti** – Ordinanza dell'«*Oberster Gerichtshof*» (Austria) del 27 maggio 2003, notificata il 26 agosto 2003 (cs. 18117/03, avv. dello Stato D. Del Gaizo).

#### IL FATTO

L'Amministrazione austriaca (*Land* di Salisburgo) aveva rifiutato la concessione di tale assegno al padre – cittadino tedesco che lavorava in Austria come insegnante – di una bimba di quattro anni portatrice di un grave *handicap* fisico, con la motivazione che condizione imprescindibile per tale concessione era che il beneficiario avesse la residenza in Austria. La clausola di residenza sarebbe, secondo le autorità austriache, conforme al diritto comunitario, in quanto l'assegno in questione dovrebbe qualificarsi alla stregua di una «prestazione speciale a carattere non contributivo», come tale menzionata nell'allegato II del regolamento n. 1408/1971, che in sintonia con quanto previsto dall'art. 4 n. 2-ter del predetto regolamento, non sarebbe suscettibile di essere versato a persone che non abbiano la loro stabile residenza nel territorio dello Stato pagatore (non «esportabilità»).

#### I QUESITI

1. – Se l'art. 4, n. 2-ter, del regolamento (CEE) del Consiglio 14 luglio 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione del regolamento (CEE) n. 1247/1992, vada interpretato in relazione all'allegato II, rubrica III, nel senso che esclude dal campo di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/1971, in quanto prestazione speciale a carattere non contributivo, un assegno di assistenza ai sensi del *Salzburger Pflegegeldgesetz* per il familiare di un lavoratore occupato nel Land federale di Salisburgo che abita, unitamente alla propria famiglia, nella Repubblica federale di Germania.

2. – *In caso di soluzione negativa della questione formulata sub 1:* se il familiare di un lavoratore occupato nel *Land* federale di Salisburgo, che abita, unitamente alla propria famiglia, nella Repubblica federale di Germania, possa chiedere il versamento di un assegno di assistenza ai sensi del *Salzburger Pflegegeldgesetz* quale prestazione di malattia in denaro ai sensi dell'art. 19 e delle corrispondenti disposizioni delle altre sezioni del capitolo I del titolo III del regolamento (CEE) n. 1408/1971, indipendentemente dal fatto che la sua residenza principale sia nella Repubblica federale di Germania, ove egli soddisfi le altre condizioni per averne diritto.

3. – *In caso di soluzione affermativa della questione formulata sub 1:* se una prestazione come l'assegno di assistenza di cui al *Salzburger Pflegegeldgesetz* possa essere subordinata, quale concessione di un vantaggio sociale ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, al fatto che il beneficiario abbia la sua residenza principale nel *Land* federale di Salisburgo.

4. – *In caso di soluzione affermativa della questione formulata sub 3:* se sia compatibile con il diritto comunitario, in particolare con i principi della cittadinanza dell'Unione e di non discriminazione di cui agli artt. 12 e 17 CE, il fatto che il diritto ad un vantaggio sociale ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento (CEE) n. 1612/68, come l'assegno di assistenza previsto dal *Salzburger Pflegegeldgesetz*, venga negato a cittadini dell'Unione che, pur essendo occupati come lavoratori frontalieri nel *Land* federale di Salisburgo abbiano tuttavia la loro residenza principale in un altro Stato membro.

5. – *In caso di soluzione negativa:* se la cittadinanza dell'Unione consenta anche ai familiari a carico di un tale lavoratore frontaliere, i quali abbiano anch'essi la loro residenza principale in un altro Stato membro, di ottenere nel *Land* federale di Salisburgo un assegno di assistenza in forza del *Salzburger Pflegegeldgesetz*.

**Causa C-290/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Valutazione di impatto ambientale – Procedimento urbanistico – Progetto di riqualificazione – Direttiva 85/337/CEE.**

**IL FATTO**

Una società ha chiesto alla competente Autorità urbanistica il rilascio di una autorizzazione urbanistica per la riqualificazione a fini ricreativi del sito dove sorgeva un immobile ad utilizzazione pubblica. L'autorità urbanistica ha rilasciato l'autorizzazione ponendo delle specifiche condizioni per la realizzazione del progetto di riqualificazione. Il progetto non è stato sottoposto a procedura di VIA. Un comitato d'azione locale impugnava la concessione del permesso di impianto di massima non contestando la obbligatorietà della sottoposizione del progetto alla procedura di VIA. Successivamente, in occasione della presentazione per l'approvazione di dettagli esecutivi del progetto, gli organi consultivi interni esprimevano l'avviso che il progetto dovesse

essere sottoposto a VIA, ma la proposta non venne accolta. L'autorizzazione rilasciata come pure il parere legale sul quale essa si fonda sono stati impugnati e nel corso del relativo procedimento è stata rimessa alla Corte la domanda di pronuncia pregiudiziale.

#### I QUESITI

1. – Se l'identificazione della «decisione dell'autorità competente, o delle autorità competenti, che conferisce al committente il diritto di realizzare il progetto» (articolo 1, n. 2, della direttiva 85/337/CEE (la «Direttiva») sia di esclusiva competenza del giudice nazionale che applica il diritto interno.

2. – Se la Direttiva richieda che sia sottoposto ad una valutazione dell'impatto ambientale un progetto per il quale, in seguito al rilascio di un permesso di impianto di massima con riserva di approvazione di determinati dettagli di tale progetto senza che questo abbia formato oggetto di una valutazione dell'impatto ambientale, in sede di richiesta di approvazione dei dettagli in ordine ai quali l'autorità competente si fosse riservata una decisione definitiva si preveda un impatto ambientale importante, segnatamente per la natura, le dimensioni o l'ubicazione del progetto stesso (articolo 2, n. 1, della Direttiva).

3. – Se, in circostanze nelle quali:

a) il diritto urbanistico interno prevede il rilascio di autorizzazioni urbanistiche di massima in una fase iniziale del procedimento urbanistico e richiede una decisione da parte dell'autorità competente in tale fase in ordine alla necessità di una valutazione dell'impatto ambientale ai fini della Direttiva;

b) l'autorità competente decide quindi che non è necessaria una valutazione dell'impatto ambientale e rilascia un permesso di impianto di massima condizionato riservandosi di sottoporre determinati dettagli ad una successiva approvazione;

c) tale decisione può quindi essere impugnata davanti ai giudici nazionali;

il diritto interno possa, compatibilmente con la Direttiva, precludere all'autorità competente la facoltà di richiedere una valutazione dell'impatto ambientale in una fase ulteriore del procedimento urbanistico.

#### NOTE

*Dal 1950 in Inghilterra, nel Galles, esiste una procedura per il rilascio di permessi di impianto di massima, che possono essere sottoposti ad una o più condizioni relative a determinati dettagli sui quali l'autorità urbanistica locale si riserva un'ulteriore approvazione. Il rilascio del permesso di impianto di massima fonda il diritto del suo titolare a realizzare la progettata riqualificazione e vedere approvate le sue proposte concernenti i dettagli sui quali l'Amministrazione si sia riservata un'ulteriore decisione, se tali proposte sono ragionevoli e coerenti con il progetto di massima. I ricorrenti sostengono che la definizione di autorizzazione di cui all'articolo 1, n. 2 della Direttiva («la decisione dell'autorità competente, o delle autorità competenti, che conferisce al committente il diritto di realizzare il progetto stesso») applica un significato*

*autonomo ai fini della Direttiva cui diritto interno e giudici nazionali devono dare attuazione, tenendo presente il requisito di cui all'articolo 2, n. 1, della Direttiva, secondo cui i progetti per i quali si prevede un impatto ambientale importante, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, devono formare oggetto di una valutazione del loro impatto. La decisione in ordine ai dettagli che l'autorità competente si è riservata di approvare fa parte del procedimento volto ad ottenere l'autorizzazione che conferisce ai committenti il diritto di realizzare il progetto. La domanda di approvazione di tali dettagli può sollevare questioni ambientali che a rigore dovrebbero formare oggetto di una VIA; in tale fase il diritto interno non può, coerentemente con la Direttiva, precludere la richiesta di una VIA nella medesima fase. Gli Stati membri non possono, coerentemente con la Direttiva, vietare all'autorità competente di valutare la necessità e, se consigliata in tal senso, di esigere una VIA in qualsiasi momento prima del rilascio dell'autorizzazione definitiva a realizzare il progetto, se in quel momento emerge l'attuabilità di rilevanti ripercussioni ambientali del progetto stesso. Di contro, l'Amministrazione sostiene che per molti anni il diritto urbanistico interno ha previsto che la decisione in ordine al rilascio di un permesso di impianto fosse adottata in unica fase, nella quale dovevano esaminarsi tutte le questioni rilevanti ai fini della decisione stessa. Il rilascio di un permesso di impianto di massima conferisce il diritto di realizzare il progetto così autorizzato, indipendentemente dal fatto che tale permesso sia condizionato all'approvazione di dettagli sui quali l'autorità si sia riservata una decisione. L'identificazione della «decisione dell'autorità competente, o delle autorità competenti, che conferisce al committente il diritto di realizzare il progetto stesso» è di esclusiva competenza del giudice nazionale. La decisione sui dettagli che l'autorità si sia riservata di approvare non può, in Inghilterra, nel Galles, essere la decisione di conferma che conferisce al committente il diritto di realizzare il progetto, poiché il rilascio del permesso di impianto di massima a costituire la decisione definitiva conferisce tale diritto al committente. A tal fine non rileva il fatto che il permesso di impianto di massima sia stato eventualmente impugnato con successo in una fase anteriore sulla base del fatto che avrebbe dovuto essere richiesta una VIA. In buona sostanza, si ritiene che la questione inerente al momento in cui è stata rilasciata l'autorizzazione nel senso indicato dalla Direttiva è una questione di diritto interno. Sulla base della corretta interpretazione del diritto interno, l'approvazione di dettagli in ordine alla quale l'autorità si sia riservata una decisione non costituisce un'autorizzazione ai sensi della Direttiva con riferimento ai progetti per i quali sia stato rilasciato un permesso di impianto di massima. La direttiva consente agli stati membri di richiedere l'adempimento dell'obbligo di effettuare una VIA ai sensi della Direttiva in una fase iniziale del procedimento urbanistico, come ha scelto di fare il Regno Unito. La Direttiva non richiede una valutazione di impatto ambientale in ciascuna fase del procedimento e quella dell'approvazione di dettagli in ordine alla quale l'autorità si sia riservata una decisione non è una fase del procedimento autorizzativo o in cui possa essere riconsiderata la questione della necessità o meno di una VIA.*

**Causa C-291/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Sesta direttiva IVA, art. 26 – Regime speciale di calcolo per gli operatori turistici – Sentenza *Madgett e Baldwin* – Pacchetti «tutto compreso»** – Decisione dello «*VAT and Duties Tribunal, Manchester Tribunal Centre*» (Regno Unito), emessa il 30 giugno 2003, notificata il 26 agosto 2003 (cs. 17362/03, avv. dello Stato G. De Bellis).

#### IL FATTO

Nel caso di specie l'interesse della ricorrente all'applicazione del regime proposto risiede nella possibilità di attribuire una porzione maggiore del prezzo del pacchetto al trasporto aereo effettuato attraverso i propri aerei, servizio ad aliquota zero.

#### I QUESITI

1. — Se, ed eventualmente in quali circostanze, un organizzatore di giri turistici il quale abbia effettuato la propria dichiarazione IVA concernente un determinato esercizio in base al metodo dei costi effettivi, che era l'unico metodo contemplato dalla normativa nazionale che ha recepito la direttiva, possa successivamente ricalcolare il debito d'imposta utilizzando in parte il metodo del valore di mercato descritto nel punto 46 della suddetta sentenza.

2. — In particolare se tale organizzatore di giri turistici possa applicare selettivamente il metodo del valore di mercato in relazione ad esercizi diversi e, in caso affermativo, in quali circostanze.

3. — Se un organizzatore di giri turistici il quale venda al pubblico, al di fuori della formula «tutto compreso», alcune prestazioni proprie comprese nei suoi pacchetti unitari (nella fattispecie trasporti aerei), ma non venda al pubblico, al di fuori di detta formula, altre prestazioni proprie comprese in alcuni dei suoi pacchetti unitari (nella fattispecie, crociere e servizi di campeggio), possa:

utilizzare il metodo del valore di mercato per tali pacchetti (che costituiscono la grande maggioranza) nel caso in cui possa stabilire il valore di tutte le prestazioni proprie (nella fattispecie, trasporti aerei) sulla base delle vendite al pubblico effettuate al di fuori della formula «tutto compreso»;

qualora il pacchetto comprenda prestazioni proprie che detto organizzatore di giri turistici non vende al pubblico al di fuori della formula «tutto compreso» (nella fattispecie, servizi di campeggio e crociere), utilizzare il metodo del valore di mercato per stabilire il valore delle prestazioni proprie che offre al pubblico al di fuori di detta formula (nella fattispecie trasporti aerei) nel caso in cui non sia stato possibile stabilire il valore di mercato delle altre componenti del pacchetto.

4. — Se la combinazione dei metodi debba essere più semplice oppure notevolmente più semplice oppure non notevolmente più complessa.

5. — Se il metodo del valore di mercato debba condurre ad un debito IVA identico o molto simile a quello determinato mediante il metodo basato sui costi.

6. — Se nelle circostanze del caso di specie la quota della prestazione propria consistente nel trasporto aereo venduta come componente di un pacchetto vacanza sia individuabile: a) nel costo medio di un posto aereo

aumentato del margine medio ottenuto dall'organizzatore di giri turistici sulle vendite di soli posti nell'esercizio considerato ovvero b) nel ricavo medio da lui ottenuto sulle vendite di soli posti nell'esercizio considerato.

IL MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE HA FATTO PERVENIRE IL SEGUENTE AVVISO.

*«(omissis) La problematica è sorta nell'ambito del regime particolare di imposizione indiretta a cui sono sottoposte le agenzie di viaggio e gli organizzatori di giri turistici nel Regno Unito.*

*La normativa inglese prevede, in particolare, nell'ipotesi di prestazioni fornite dagli operatori utilizzando sia prestazioni proprie sia prestazioni fornite da altri soggetti passivi, che il metodo di calcolo da utilizzarsi per l'applicazione dell'imposta sia quello dei costi effettivi (metodo T.O.M.S.).*

*Sul tema si è peraltro già espressa la Corte di Giustizia CEE con sentenza del 22 ottobre 1998 (nelle Cause riunite C-308/96 e C-94/97), che ha ritenuto che l'art. 26 della VI Direttiva (costi effettivi) sia applicabile unicamente alle prestazioni acquistate presso terzi (mentre nell'ipotesi di commistione di due prestazioni eseguite dall'organizzatore "non si può esigere che un operatore economico calcoli la quota della somma forfetaria corrispondente alla prestazione propria in base al principio dei costi effettivi qualora sia possibile ricavare detta quota della somma forfetaria corrispondente alla prestazione proprio in base al valore di mercato di prestazioni analoghe a quelle che compongono il pacchetto tutto compreso").*

*Nella causa in argomento, in conseguenza della sentenza di cui sopra, si è posto il problema se la stessa avesse statuito una valida alternativa al metodo T.O.M.S. e se il valore di mercato potesse essere applicato ad esercizi diversi e ad una parte soltanto dei pacchetti vacanza.*

*Per quanto concerne la disciplina italiana, rileva, innanzitutto, l'articolo 74-ter, comma 2, del d.P.R. n. 633/1972, il quale, per la determinazione dell'imposta relativamente ai "pacchetti turistici" organizzati dalle agenzie di viaggio e turismo, prescrive, in generale, l'applicazione del criterio basato sui "costi effettivi" (contemplato dall'articolo 26 della VI Direttiva). Con la risoluzione n. 233 del 17 luglio 2002, l'Agenzia delle Entrate ha però precisato – in conformità a quanto disposto dalla Corte di Giustizia – che lo stesso articolo 74-ter, comma 2, non si applica ai servizi resi direttamente dall'organizzatore di un pacchetto turistico che si avvale di strutture proprie, ma solo a quei servizi resi utilizzando servizi acquistati presso terzi. Viene comunque previsto che il soggetto passivo che nell'ambito di un pacchetto turistico, oltre a fornire servizi alberghieri propri, fornisce anche servizi acquistati presso terzi, possa, in alternativa, separare le due attività ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 633/1972.*

*La separazione delle attività comporterà che il ramo d'azienda «alberghiero» fatturerà le proprie prestazioni in base al valore normale, provvedendo conseguentemente a liquidare l'imposta secondo il regime ordinario, mentre l'"agenzia di viaggio" considererà il pacchetto turistico quale operazione unitaria assolvendo l'imposta secondo le disposizioni previste dal citato art. 74-ter del d.P.R. n. 633/1972.*

*Ciò premesso, essendo il sistema italiano in linea con i principi comunitari, non si ravvisa (omissis) un particolare interesse ad intervenire nella causa de qua».*

**Causa C-293/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Statuto dei funzionari comunitari – Trasferibilità dei loro diritti pensionistici dal regime previdenziale comunitario ai regimi previdenziali nazionali – Art. 7 regolamento (CEE) 15 ottobre 1968, n. 1612 – Sentenza del «*Tribunal du travail de Bruxelles*» (Belgio) emessa il 20 maggio 2003 e notificata il 6 agosto 2003 (cs. 17387/03, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Alla base della controversia che ha innescato la presente causa pregiudiziale risiede la particolare disciplina dei diritti pensionistici di cui beneficiano i funzionari delle Comunità europee: tali diritti non possono essere trasferiti dal regime pensionistico comunitario a quello nazionale (pur essendo prevista la piena trasferibilità dei diritti maturati sotto il regime nazionale al competente organismo comunitario), e di essi il regime nazionale non può pertanto tenere conto ai fini dell'attribuzione dei benefici pensionistici. A causa di tale disciplina un funzionario italiano, che aveva lavorato per ventisette anni presso il Consiglio dell'Unione, si è visto escludere dal beneficio della pensione di anzianità sotto il regime belga, non avendo quest'ultimo potuto prendere in considerazione i diritti pensionistici maturati sotto il regime comunitario e, per questo, non suscettibili di trasferimento.

#### IL QUESITO

Se le norme nazionali, come la legge belga 21 maggio 1991 (che stabilisce talune relazioni tra regimi pensionistici belgi e quelli di organismi di diritto internazionale pubblico come il regio decreto 23 dicembre 1996 recante attuazione degli artt. 15, 16 e 17 della legge 26 luglio 1996 recante modernizzazione della previdenza sociale e volto ad assicurare la vitalità dei regimi legali delle pensioni), nel suo art. 4, n. 2, o lo Statuto dei funzionari delle Comunità europee, nel suo allegato VIII, articolo 11, siano compatibili con gli artt. 2, 3, 17, 18, 39, 40, 42 e 283 nuovi del Trattato che istituisce l'Unione europea e con l'art. 7 del regolamento (CEE) 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità:

1. — nella parte in cui tali norme nazionali e tale Statuto non consentono a un cittadino dell'Unione europea, come il ricorrente, la cui carriera professionale si è svolta in un'impresa o in un servizio pubblico nazionale, e successivamente nella funzione pubblica dell'Unione europea, o viceversa, di comparare i benefici pensionistici che gli spetterebbero in ciascun regime, nazionale o europeo, col trasferimento dei diritti maturati negli altri regimi, e di chiedere, in base a tale comparazione, il trasferimento di tali diritti, sia dal regime nazionale a quello europeo, sia inversamente, dal regime europeo a quello nazionale;

2. — nella parte in cui tali norme, prevedendo che l'interessato debba espressamente rinunciare al trasferimento dal regime belga a quello europeo o favorendo una prassi amministrativa in tal senso, senza che sia effettuata la suddetta comparazione, inducono o possono indurre in errore il lavoratore interessato;



3. — nella parte in cui tali norme nazionali non consentono, per la concessione di una pensione nazionale anticipata, di tener conto degli anni di attività professionale svolti in qualità di dipendente dell'Unione europea.

**Causa C-296/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Richiesta di iscrizione nel registro dei medicinali rimborsabili** – Direttiva 89/105/CEE (articolo 6) – Perentorietà del termine di risposta – Rifiuto dell'iscrizione nell'elenco successivo all'annullamento di decisione precedente adottata nei termini.

#### IL FATTO

La società farmaceutica ricorrente chiede l'annullamento, previa sospensione, della decisione di rifiuto della sua richiesta di iscrizione di un vaccino nella lista dei farmaci rimborsabili, decisione emessa dal Ministro competente a dopo l'annullamento da parte del Consiglio di Stato del precedente rifiuto (per vizio di motivazione e assenza delle condizioni che permettono di discostarsi dalla proposta della Commissione per il rimborso dei medicinali, favorevole nel caso alla richiesta).

#### IL QUESITO

Se il termine di 90 giorni, prorogabile di altri 90 giorni addizionali, menzionato nell'articolo 6, n. 1, primo comma, della direttiva del Consiglio 23 dicembre 1988, n. 89/105/CEE, riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali e dell'assicurazione malattia, debba essere considerato un termine imperativo preclusivo, dopo la sua scadenza, di qualsiasi decisione, anche in caso di annullamento di una prima decisione adottata in tempo utile.

#### NOTE

*La soluzione positiva della questione risulta essere il presupposto della tesi, cui lo stesso giudice aderisce, della violazione, oltre che delle disposizioni nazionali, dell'articolo 6 della direttiva 89/105/CEE dell'incompetenza del resistente successivamente alla scadenza del termine previsto dalla direttiva. La ricorrente ritiene, infatti, invocando la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che dalla notifica della sentenza il Ministero disponesse dei soli quattro giorni che mancavano al momento dell'adozione della decisione annullata, allo scadere dei 180 dalla domanda: per il convenuto, invece, il termine previsto dalle disposizioni nazionali tornerebbe a decorrere ex novo sulla base di due sentenze rispettivamente della Cassazione e del Consiglio di Stato. Il giudice a quo ritiene che la normativa nazionale vada interpretata alla luce della direttiva cui dà attuazione, come sembrano testimoniare i lavori preparatori della stessa normativa nazionale, nonché il fatto che la sua adozione sia avvenuta a seguito dell'avvio da parte della Commissione contro lo Stato belga di un procedimento per inadempimento; egli sollevava però, a richiesta dell'avvocato della controparte, la questione pregiudiziale di interpretazione indicandola come precisazione di quella già da lui sottoposta alla Corte con ordinanza 9 maggio 2003 nel caso Merck, Sharp e Dohme B.V.*

**C 297/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Trasferimento d'impresa – Passaggio da cedente pubblico a S.r.l. di diritto privato – Nozione di «ente statale»** – Art. 3, n. 1 e art 1, lett. c) direttiva 77/178/CEE nella versione della direttiva 98/50/CE, ora direttiva 2001/23/CE – Ordinanza del «*Oberster Gherichtshof*» (Austria) emessa il 4 aprile 2003 e notificata il 26 agosto 2003 (cs. 17927/03, avv. dello Stato A.Cingolo).

#### IL FATTO

Nel caso di specie un consorzio di comuni che opera nel settore dell'assistenza sociale (in seguito «SR») e che impiega nelle sue due aziende un centinaio di lavoratori, alcuni dei quali con *handicap* fisici e psichici, decide di dividere tali aziende, una nell'ambito del settore di attività «Azienda con laboratori per persone con *handicap*» e l'altra nel «Giardinaggio e lavanderia», rimanendo socio unico in entrambe le società; con un contratto di conferimento tra il «SR» e le predette società a responsabilità limitata le rispettive imprese venivano conferite in queste nuove società con apporti in natura. In tal modo i diritti dispositivi sulle strutture oggetto della separazione venivano trasferiti dal «SR» alle relative S.r.l.

Il «SR» garantisce che i diritti dei lavoratori trasferiti vengano soddisfatti, anche per il futuro, dalle società subentranti. La fase successiva (non ancora attuata) di tale operazione prevede che le quote di partecipazione del «SR» nelle due società siano trasferite ad una società di diritto privato il cui unico socio è una associazione privata operativa nell'assistenza ai portatori di *handicap*. Una volta portata a termine questo ulteriore trasferimento rimane inalterato l'impegno del «SR» a garantire per i diritti dei prestatori d'opera trasferiti.

#### I QUESITI

1. – Se una società a responsabilità limitata di diritto privato, il cui unico socio è un consorzio di assistenza sociale (consorzio di comuni) di diritto pubblico e a cui sono stati trasferiti compiti di amministrazione economica privata (assistenza sociale tramite gestione di un laboratorio per persone con *handicap*), sia ancora da qualificare come «ente statale», con l'effetto che nei suoi confronti sia direttamente applicabile l'art. 3, n. 1, in combinato disposto con l'art. 1, n. 1, lett. c) della direttiva 77/187/CEE nella versione della direttiva 98/50/CE (ora: direttiva 2001/23/CE), non adeguatamente trasposto nell'ordinamento interno, qualora la quota di partecipazione del consorzio di assistenza sociale debba essere trasferita in base ad un contratto di conferimento, condizionato al Consenso del consiglio direttivo del consorzio, ad una società del tutto privata a responsabilità limitata.

2. – In caso di risposta affermativa a tale questione, se, in caso di non adeguata trasposizione della disposizione della direttiva menzionata nella questione n. 1, un consorzio di assistenza sociale (consorzio di comuni) che aliena la sua azienda possa invocare, come «ente statale» ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, nei confronti dei suoi lavoratori che contestano il trasferimento dei loro contratti di lavoro ad un acquirente (di cui alla questione 1) e insistono sul fatto che i loro rapporti di lavoro continuano a vincolare l'alienante, l'applicazione diretta dell'art. 3, n. 1, in combinato disposto con l'art. 1, n. 1, lett. e), della direttiva

menzionata nella questione 1, con l'effetto che i contratti di lavoro si considerano ceduti all'acquirente; se al riguardo sia rilevante il fatto che all'ente statale, come alienante, non spetti in quanto tale alcuna competenza per legiferare in merito alla trasposizione nel diritto interno di una direttiva, che invece spetta ad un legislatore sopra ordinato (*Land*).»

**Causa C – 306/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Spagna – Pensione di vecchiaia in regime comunitario** – Artt. 12 e da 39 a 42 CE – Artt. 45 e 48, n. 1 regolamento 1408/1971 – Ordinanza del «*Juzgado de lo Social*» (Spagna), emessa il 24 giugno 2003, notificata il 3 settembre 2003 (cs. 17776/03, avv. dello Stato D. del Gaizo).

#### IL FATTO

In merito ad una controversia per denegata pensione di vecchiaia in regime comunitario ad una cittadina spagnola da parte dell'Istituto Nazionale della Sicurezza Sociale di Spagna.

#### I QUESITI

1. – Se gli artt. 12 e 39-42 CE, nonché l'art. 45 del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, si oppongano ad una disposizione nazionale in base alla quale i contributi per il collocamento a riposo, che l'ente gestore dell'assicurazione contro la disoccupazione ha riscosso in nome di un lavoratore per il periodo in cui quest'ultimo percepiva determinate prestazioni assistenziali per disoccupazione, non sono computabili al fine di coprire i vari periodi minimi stabiliti dalla normativa nazionale e di far sorgere il diritto alla pensione di vecchiaia, allorché, a causa della prolungata situazione di disoccupazione che si intende tutelare, per questo lavoratore risulti materialmente impossibile far valere contributi per il collocamento a riposo diversi da quelli che la legge ha dichiarato invalidi, di modo che solo i lavoratori che hanno fatto uso del diritto di libera circolazione vengono pregiudicati da tale norma nazionale senza poter reclamare il diritto alla pensione nazionale di collocamento a riposo anche se, ai sensi dell'art. 45 del menzionato regolamento, quei periodi minimi dovrebbero essere considerati compiuti).

2. – Se gli artt. 12 e 39-42 CE, nonché l'art. 48 n. 1 del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, si oppongano a disposizioni nazionali in base alle quali i contributi per il collocamento a riposo, che l'ente gestore dell'assicurazione contro la disoccupazione ha riscosso in nome di un lavoratore per il periodo in cui quest'ultimo percepiva determinate prestazioni assistenziali per disoccupazione, non sono computabili al fine di considerare che la durata totale dei periodi di assicurazione o di residenza compiuti in base alla normativa di tale Stato membro raggiunga un anno, allorché, in conseguenza della prolungata situazione di disoccupazione che si intende tutelare, per questo lavoratore risulti materialmente impossibile far valere contributi per il collocamento a riposo diversi da quelli dovuti e versati durante la disoccupazione, in modo che solo i lavoratori che hanno fatto uso del diritto di libera circolazione vengono pregiudicati da questa

norma nazionale senza poter reclamare il diritto alla pensione nazionale di collocamento a riposo anche se, in applicazione dell'art. 48 n. 1 del menzionato regolamento, l'ente gestore nazionale non potrebbe essere esonerato dall'obbligo di concedere prestazioni nazionali.

**Causa C – 309/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Indennità di disoccupazione – Base di calcolo riferita a periodo di congedo parentale – Clausola 2, n. 8 dell'accordo quadro contenuto nella direttiva 96/34 – Ordinanza del «*Juzgado de lo Social*» (Spagna) emessa l'8 luglio 2003 e notificata il 3 settembre 2003 (cs. 17926/03, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Nel caso di specie la lavoratrice lamenta il fatto che l'*Instituto Nacional de Empleo* (INEM) abbia utilizzato come base di calcolo per l'indennità di disoccupazione, dovutale per il licenziamento per motivi di organizzazione aziendale, la media della base retributiva dei 180 giorni precedenti tale licenziamento, stabilita in relazione allo stipendio decurtato a causa della riduzione dell'orario di lavoro concordato come congedo parentale (in base all'art.211 del *Real Decreto Legislativo* n. 1/1994).

#### I QUESITI

1. – Se un'adeguata trasposizione della clausola 2, n. 8, dell'accordo quadro contenuto nella direttiva 96/34 nell'ordinamento giuridico degli Stati membri, in particolare in quello spagnolo, avrebbe imposto nell'ambito della normativa previdenziale, specificamente in materia di indennità di disoccupazione, l'adozione di disposizioni che ovviassero – qualora il periodo di riferimento per la base di calcolo dell'indennità di disoccupazione coincidesse con il godimento della riduzione dell'orario di lavoro e di stipendio per la cura di un figlio minore – alla diminuzione di contribuzione al sistema derivante dalla riduzione dello stipendio ricevuto dal lavoratore che esercita tale diritto, al fine di evitare una diminuzione delle sue indennità di disoccupazione.

2. – Se l'inadempimento del compito stabilito dalla clausola 2, n. 8, dell'accordo quadro contenuto nella direttiva 96/34, una volta superato il termine di trasposizione previsto dall'art. 2 della stessa, possa essere compensato dal giudice nazionale e, ai fini della controversia nell'ambito della quale sorge la presente questione pregiudiziale, nella decisione che viene adottata per risolverla.

**C – 319/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Concorsi pubblici – Limiti di età – Discriminazione in base al sesso – Direttiva 76/207/CEE – Ordinanza del «*Tribunal administratif*» (Francia) emessa il 3 luglio 2003 e notificata il 3 settembre 2003 (cs. 17925/03, avv. dello Stato A. Cingolo).**

#### IL FATTO

Il ricorrente lamenta la illegittimità della sua esclusione da vari concorsi pubblici per motivi di età, in quanto la normativa nazionale prevede in linea

generale il limite di 45 anni, ritenendola incompatibile con il diritto comunitario per la natura discriminatoria delle sue tassative eccezioni, fra cui non rientra la sua situazione di vedovo (non rimaritato) con figlio a carico. La legge francese prevede infatti che i limiti di età per l'accesso ai pubblici impieghi non si applichino «alle madri di tre o più figli, alle vedove non maritate, nonché alle donne e agli uomini non sposati con almeno un figlio a carico, che si trovino nella necessità di lavorare».

#### IL QUESITO

Se le norme della direttiva 9 febbraio 1976, 76/207/CEE ostino a che la Francia mantenga in vigore le disposizioni dell'articolo 8 della legge 3 gennaio 1975, n. 75-3, come modificate dalla legge 7 luglio 1979 n. 569 e successivamente dalla legge 9 maggio 2001 n. 397, relative alle vedove non rimaritate.

#### **Cause C-327/03 e C-328/03 (domande di pronuncia pregiudiziale) – Servizi di telecomunicazione – Riscossione di tasse di concessione di numeri telefonici da parte dell'autorità nazionale competente – Direttiva 97/13/CE.**

#### IL FATTO

La ricorrente, un'impresa di telecomunicazioni tedesca, contesta l'applicazione della tassa relativa alla concessione di numeri telefonici ai sensi del paragrafo 43, terzo comma della legge nazionale in materia di telecomunicazioni nel combinato disposto con il regolamento in materia di tasse relative alla concessione di telecomunicazioni.

#### I QUESITI

1. – Se la direttiva 97/13/CEE debba essere interpretata nel senso che possa essere legittimamente riscossa per la concessione di numeri telefonici da parte dell'autorità nazionale di regolamentazione del settore una tassa commisurata al valore commerciale dei numeri concessi, ancorché un'impresa di telecomunicazioni, operante sullo stesso mercato in posizione dominante, abbia rilevato a costo zero dal proprio predecessore, vale a dire dall'ex impresa statale operante in regime di monopolio, un vastissimo portafoglio di numeri telefonici e la normativa nazionale escluda l'applicazione a posteriori di tasse su tale portafoglio.

2. – In caso di soluzione affermativa della questione *sub a)*: se in una fattispecie così delineata, le nuove imprese che facciano ingresso sul mercato possono essere assoggettate, ai fini della concessione di un numero telefonico, a prescindere dagli altri costi di accesso al mercato su di essa gravanti ed in assenza di una connessa analisi delle loro possibilità concorrenziali nei confronti dell'impresa dominante sul mercato stesso, ad una tassa *una tantum* pari ad una determinata percentuale (nella specie, lo 0,1%) del fatturato annuo stimato realizzabile in caso di ulteriore cessione del numero medesimo ad un utente finale.

#### NOTA

*Alla base della controversia che ha innescato le due cause pregiudiziali stanno, da un lato, la valutazione della misura della tassa di concessione in que-*

*stione e, dall'altro, la compatibilità di quest'ultima con la situazione di mercato in cui un'impresa operante in condizioni di posizione dominante non sia de facto tenuta al pagamento della tassa stessa. Sul primo aspetto, il giudice di rinvio rileva che la tassa prevista dalla normativa tedesca in materia di telecomunicazioni nel caso di concessione di «blocchi» di mille numeri telefonici ad un'impresa di telefonia fissa risulta conforme a quanto previsto dall'articolo 11 della direttiva 57/13/CEE. Ai sensi di tale disposizione, gli Stati membri devono commisurare i diritti richiesti dalle imprese per le procedure di licenza – fra le quali ricadono le attribuzioni di numeri telefonici – ai soli costi amministrativi sostenuti per il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione della licenza, salvo quando vengono utilizzate le c.d. «risorse rare»; in tal caso, è consentito agli Stati membri di riscuotere tasse determinate in funzione del valore commerciale della licenza individuale concessa, al fine di orientare la domanda delle risorse stesse e di assicurarne lo sfruttamento ottimale nel superiore interesse pubblico e di buon andamento dei servizi di telefonia fissa. Ora, i numeri telefonici per la telefonia fissa sarebbero «risorse rare», in ragione della loro disponibilità limitata e della conseguente necessità di regolamentarne l'uso, per cui l'imposizione di una tassa correlata al loro valore commerciale (quantificata nello 0,1% del fatturato annuo stimato realizzabile mediante l'allaccio telefonico con un nuovo numero, ossia circa 1 DM. a numero) sarebbe pienamente giustificata all'atto della loro concessione all'impresa utilizzatrice. Quanto al secondo aspetto, il giudice di rinvio dà conto del fatto che la Deutsche Telecom, compagnia telefonica tedesca che opera attualmente in condizione di posizione dominante sul mercato della telefonia fissa in Germania, controllando circa il 95% di quest'ultimo, non è stata assoggettata di fatto al pagamento delle tasse di concessione per il vastissimo portafoglio di numeri telefonici (circa 3,6 milioni di blocchi da mille numeri) e ereditato dal suo predecessore, ossia dall'ex impresa telefonica statale operante in regime di monopolio, in quanto tale compagnia non ha presentato alcuna domanda di concessione di tali numeri, già in suo possesso. Tale situazione sarebbe suscettibile di falsare la concorrenza nel settore considerato, in quanto privilegia l'impresa egemone fungendo da deterrente alle nuove imprese telefoniche, che non solo partono da situazioni di indubbio svantaggio, potendo contare solo su quote marginali di mercato, ma devono anche sobbarcarsi il pagamento della tassa di concessione per acquisire la disponibilità dei numeri da attribuire all'utenza.*

**Causa C-330/03 (domanda di pronuncia pregiudiziale) – Sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore – Riconoscimento del titolo italiano di ingegnere civile al fine di esercitare la professione in Spagna** – Ordinanza del «Tribunal Supremo» (Spagna) emessa il 21 luglio 2003 e notificata il 9 settembre 2003 (cons. 18608/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

#### IL FATTO

Il «Tribunal Supremo» spagnolo pone due quesiti sull'interpretazione della direttiva 89/49/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1998, relativa ad

un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, con particolare riferimento al caso di un ingegnere civile italiano (con specializzazione in ingegneria idraulica) il cui titolo, conseguito in Italia secondo la disciplina localmente applicabile, non corrisponde pienamente all'analogo titolo spagnolo di «*Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos*» per quanto riguarda il contenuto e la durata delle rispettive formazioni universitarie.

In seguito alla constatata differenza delle formazioni che stanno alla base dei titoli italiano e spagnolo, dovrebbero trovare applicazione le disposizioni di cui all'art. 4, n. 1, lett. a) e b) della predetta direttiva 89/48, che prevedono - in deroga al principio generale del libero accesso ad una professione regolamentata - la possibilità che lo Stato membro ospitante esiga dall'interessato il possesso di un'esperienza professionale adeguata o, in determinate circostanze, il compimento di un tirocinio di adattamento o di una prova attitudinale.

#### I QUESITI

1. — Se l'interpretazione del combinato disposto degli articoli 3, lett. a), e 4, n. 1, della direttiva 21 dicembre 1988, 89148/CEE, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, consenta allo Stato ospitante di procedere a un riconoscimento limitato delle qualifiche professionali di un richiedente in possesso del titolo di ingegnere civile idraulico (rilasciato in Italia) che intenda esercitare la professione in un altro Stato membro la cui legislazione riconosce come professione regolamentata quella di *Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos*. Si parte dal presupposto che quest'ultima professione comprende nello Stato ospitante attività non sempre corrispondenti con il titolo del richiedente e che la formazione riconosciuta in capo a quest'ultimo non comprende materie fondamentali richieste, a carattere generale, al fine di ottenere il titolo di *Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos* nello Stato ospitante.

2. — In caso di soluzione affermativa alla questione *sub* 1) se sia conforme agli artt. 39 CE e 43 CE il fatto d'imporre restrizioni ai richiedenti che intendano esercitare la loro professione, per conto proprio o di terzi, in uno Stato membro diverso da quello nel quale hanno conseguito la qualifica professionale, nel senso che il detto Stato ospitante possa escludere, con le sue norme interne, il riconoscimento limitato delle qualifiche professionali, qualora una tale decisione, conforme in linea di principio all'art. 4 della direttiva 89/48/CEE, implichi l'imposizione di requisiti supplementari sproporzionati ai fini dell'esercizio della professione. Per riconoscimento limitato s'intende, in questa sede, quello che autorizzerebbe il richiedente ad esercitare la propria attività di ingegnere soltanto nel settore corrispondente (quello idraulico) della professione, più ampia, di *Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos*, regolamentata nello Stato ospitante, senza imporgli i requisiti supplementari di cui all'art. 4, n. 1, lett. b), della direttiva 89/48/CEE.

## LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

*«Il Governo Italiano ritiene che la prima delle questioni pregiudiziali poste dal giudice spagnolo debba essere risolta in senso positivo. Decisivo in tal senso appare il rilievo, espresso nel punto undicesimo dell'ordinanza di rimessione, secondo il quale lo scopo della direttiva è quello di agevolare – attraverso la possibilità di esercitare una professione per conto proprio o di terzi – uno degli aspetti della libera circolazione delle persone e si fonda sul disposto dell'art. 3, lett. c) del Trattato CE secondo la giurisprudenza Dreessen (sent. 22 gennaio 2002, causa C-31/00), infatti, scopo delle direttive in materia è di facilitare il riconoscimento reciproco dei diplomi, certificati ed altri titoli stabilendo regole e criteri comuni che comportano, nei limiti del possibile, il riconoscimento automatico dei detti diplomi, certificati ad altri titoli, e di non rendere più difficile il loro riconoscimento nello Stato ospitante.*

*Tale inconfutabile ratio della Direttiva di cui si discute consente di ritenere compatibile con il testo della medesima, ancorché non esplicitamente prevista, la possibilità che il titolare di una laurea svolga in altro Stato membro la sua professione limitatamente al settore specifico che costituisce oggetto della preparazione professionale conseguita nello Stato di provenienza, ma non negli altri ambiti coperti dal corrispondente titolo di studio dello Stato ospitante.*

*Da un lato, infatti, la Direttiva non contiene espresso divieto in tal senso, dall'altro la soluzione prospettata dal giudice spagnolo appare invece coerente con lo spirito della direttiva e del Trattato, laddove un riconoscimento sia pure limitato e parziale della qualifica professionale di origine si pone come elemento certamente agevolativo della libertà di circolazione e di prestazione professionale all'interno della Comunità.*

*Circa il secondo quesito posto dal giudice di rinvio, il Governo italiano ritiene che ad esso debba darsi risposta negativa, nel senso che gli Stati membri non possano escludere, nelle loro norme interne di recepimento, l'alternativa del riconoscimento parziale, sempre che – peraltro – questa sia oggettivamente resa compatibile all'esito del raffronto tra il contenuto dei rispettivi diplomi di istruzione superiore.*

*E così, mentre appare in contrasto con i principi e le libertà tutelate dalla direttiva il diniego di riconoscimento automatico parziale del titolo di studio specie allorquando l'integrazione richiesta dallo Stato ospitante sia particolarmente gravosa, è invece essenziale il previo accertamento che il contenuto professionale assicurato dal diploma di istruzione superiore conseguito dal richiedente nello Stato di origine sia oggettivamente equipollente ad almeno uno degli ambiti professionali ricompresi nel rispettivo titolo di studio dello Stato ospitante.*

*In ragione di ciò, il Governo Italiano suggerisce di rispondere ai quesiti posti dal Tribunal Supremo spagnolo nei seguenti termini.*

*Quanto al primo quesito: “È compatibile con le finalità e il testo della direttiva 89/48/CEE il riconoscimento limitato delle qualifiche professionali di un richiedente in possesso del titolo di ingegnere civile idraulico (rilasciato in Italia) che intende esercitare la professione in un altro Stato membro (la Spagna) la cui legislazione riconosce come professione regolamentata quella di Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos”.*



*Quanto al secondo quesito: “Lo Stato ospitante non può escludere, con le sue norme interne di recepimento, il riconoscimento limitato delle qualifiche professionali conseguite dal richiedente nello Stato membro di provenienza, sempre che il contenuto delle stesse corrisponda ad almeno uno degli ambiti professionali che connotano il corrispondente titolo di studio dello Stato ospitante”.*

*Avv. Antonio Cingolo, Avvocato dello Stato».*

**Causa C-381/03 (Commissione c. Repubblica italiana) – Ricorso per inadempimento – Equipaggiamento marittimo** – Direttiva 2001/53/CE della Commissione del 10 luglio 2001, recante modifica della Direttiva 96/98/CE del Consiglio (ct. 33936/03, avv. dello Stato A. Cingolo).

#### IL RICORSO

Con il detto ricorso la Commissione chiede alla Corte di Giustizia di constatare che la Repubblica italiana, non avendo adottato le misure legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per confermarci alla direttiva 2001/53/CE della Commissione del 10 luglio 2001 recante modifica della direttiva 96/98/CE del Consiglio sull’equipaggiamento marittimo o, comunque, non avendo comunicato tali disposizioni alla Commissione, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi di tale direttiva.

La Commissione fa valere di non disporre di alcun elemento che le consenta di ritenere che le misure necessarie all’attuazione della direttiva in questione siano state adottate dal Governo italiano successivamente alle informazioni fornite nel dicembre 2002 (vedi all. 4) in merito all’*iter* legislativo del provvedimento attuativo della direttiva.

#### LA POSIZIONE ASSUNTA DAL GOVERNO ITALIANO

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

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

*Infatti il competente Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha predisposto uno schema di decreto interministeriale, in relazione al quale è stato necessario acquisire il concerto dei Ministeri dell’Ambiente e della Tutela del Territorio, delle Comunicazioni e dell’Interno nonché, successivamente, il parere della Sezione consultiva del Consiglio di Stato per gli atti normativi, la quale ha suggerito modifiche di carattere formale, inserite nel testo in itinere.*

*Tale schema di decreto è stato comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che a propria volta ha proposto alcune modifiche di drafting, anch’esse recepite ed attualmente integranti lo schema definitivo del provvedimento.*

*All’attualità l’atto di cui sopra, già firmato dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e da tutti i Ministeri concertanti, è stato inviato al Ministero della Giustizia in data 9 settembre 2003, per la pubblicazione di rito nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.*

*Il provvedimento in parola pertanto, seppur non ancora materialmente pubblicato, è ad ogni effetto esistente e perfezionato quanto al suo iter formativo.*

*Potendosi pertanto ritenere venuta meno, soprattutto nella sostanza, la materia del contendere, il Governo italiano, invita la Commissione a rinunciare al proposto ricorso, nel consueto spirito di collaborazione. In diversa ipotesi conclude chiedendo che il ricorso stesso sia respinto, perché non fondato.*

*Roma, 13 ottobre 2003*

*Avv. Antonio Cingolo, Avvocato dello Stato».*

# IL CONTENZIOSO NAZIONALE

*Dossier*

## **L'ambito di operatività del condono di cui all'art. 12 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 e successive modifiche: la nozione di ruoli statali**

L'articolo 12 della legge 27 dicembre 2002 n. 289, e successive modifiche, ammette a definizione i «ruoli statali» emessi fino ad una certa data; la definizione consiste nel pagamento di una somma pari al 25 per cento dell'importo del ruolo. È possibile che la norma vada intesa nel senso che la definizione riguardi qualunque credito, purché iscritto a ruolo? Se la risposta fosse affermativa, bisognerebbe includere nell'area delle situazioni definibili anche i crediti di diritto comune (per i canoni di locazione, ad esempio, o per il risarcimento dei danni riconosciuto dal giudice ordinario) e per qualsiasi credito di natura pubblica (si pensi alla pena della multa o all'ammenda).

Si pubblicano i pareri resi in argomento dall'Avvocatura Generale, in una con l'atto di intervento nel giudizio di costituzionalità che un giudice penale ha promosso.

*Avv. Antonio Palatiello*

**Avvocatura Generale dello Stato – Parere del 30 aprile 2003 n. 51575.** *Applicabilità del condono ai crediti del ministero delle Attività Produttive, già Ministero dell'Industria del Commercio e dell'Artigianato, relativi alla mancata restituzione di contributi indebitamente percepiti* (cons. 6973/03, avv. Stato A. Palatiello).

«Con la nota in riferimento codesta Amministrazione chiede il parere della Scrivente sul punto se il condono previsto dall'art. 12 della legge finanziaria n. 289 del 27 dicembre 2002 sia applicabile anche ai crediti per recupero di contributi indebitamente percepiti dalle ditte; espone al riguardo codesto Ministero che, a seguito del provvedimento definitivo di revoca ed in mancanza di restituzione spontanea da parte della ditta del contributo indebitamente percepito, viene avviata la procedura di recupero di cui all'art. 24, comma 32, della legge n. 449/1997: il provvedimento definitivo di revoca è titolo per l'iscrizione a ruolo, e dunque l'A. procede formando il ruolo e consegnandolo per la riscossione al competente concessionario.

L'art. 12 della legge 27 dicembre 2002, come modificato dall'art. 5 *bis* del d.l. 24 dicembre 2002, n. 282, nel testo integrato dalla legge di conversione 21 febbraio 2003, n. 27, ammette a definizione «i carichi di ruolo pregressi», disponendo che i debitori «possono estinguere il debito senza corrispondere gli interessi di mora e con il pagamento di una somma pari al 25% dell'importo iscritto a ruolo»; è previsto l'onere dei concessionari di informare i debitori di tale possibilità, e coloro che intendono avvalersene sottoscrivono un impegno giusta il modello approvato dal direttore dell'Agenzia delle entrate.

È ora accaduto che alcuni concessionari abbiano invitato i debitori di codesto Ministero per la restituzione dei contributi indebitamente percetti ad esercitare la facoltà di definizione di cui alla ricordata norma, «chiudendo» la pendenza, appunto, con il pagamento del quarto del dovuto e senza corrispondere interessi.

Codesto Ministero è giustamente preoccupato per la falcidia del proprio credito di restituzione, che, dunque, è credito di diritto comune (artt.2033 segg. cod. civ.) e per il danno che l'erario riceverebbe ove la falcidia legale in esame non si riferisse anche ai crediti in questione.

In conclusione, è chiesto il parere della Scrivente sulla legittimità dell'iniziativa assunta da alcuni concessionari, cui pare abbiano già dato favorevole risposta alcuni debitori, e, in caso di ritenuta inapplicabilità della norma, sulla migliore condotta da tenere.

Questa Avvocatura Generale esclude che i crediti di cui trattasi rientrino nelle previsioni dell'art. 12 in esame: si osserva in proposito che il recupero degli incentivi revocati è disciplinato dalle *disposizioni speciali* di cui all'art. 24, comma 32 e 33 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, dove è disposta la natura privilegiata del credito che «prevale su ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante...» e di cui le parti non possono disporre.

Tale specialità sarebbe già di per sé sufficiente ad escludere che il credito rientri nel novero di quelli genericamente contemplati nell'art. 12, specie se si considera il riferimento all'espressa limitazione soggettiva all'«amministrazione finanziaria», oggi contenuta nell'art. 5-*bis*, del d.l. n. 282/2002, convertito in legge n. 27/03.

Ma più in generale occorre escludere che i crediti statali di diritto comune, tali fin dall'origine («aventi causa in rapporti di diritto privato», come si esprime l'art. 21 d.lgvo 26 febbraio 1999, n. 46) o tali divenuti dopo l'esaurimento della vicenda di diritto pubblico, siano riguardati dall'art. 12, come è fatto palese dalle seguenti considerazioni:

a) il *dato testuale* male si attaglia ai crediti di diritto comune (quali, ad esempio, quello per il risarcimento dei danni o per il recupero di somme pagate oltre il dovuto o per la riscossione di prestazioni contrattuali), stante il riferimento ai ruoli affidati in epoca precedente al d.lgvo n. 46/1999, quando l'utilizzo del ruolo era l'eccezione per le entrate di diritto comune, e stante il richiamo alle competenze dell'Agenzia delle entrate, la quale non ha a che vedere con la generalità dei crediti statali di diritto privato;

b) il *contesto nel quale la disposizione è inserita* conforta tale esclusione: la norma è infatti collocata nel capo II del titolo II della legge n. 289/02 dedicato *soltanto* al concordato fiscale, diversamente disciplinato a seconda del tipo di imposta e del momento in cui si trova il rapporto tributario: dal caso in cui esso non sia neppure ancora sorto (art. 6, concordato preventivo) a quello in cui siano già state presentate le dichiarazioni senza che gli uffici finanziari abbiano ancora provveduto a quello in cui vi siano stati accertamenti, o inviti o constatazioni (art. 15), a quello, infine, della lite fiscale pendente (art. 16);

c) la *lettura costituzionalmente orientata* dell'art. 12 impone di escludere che la norma abbia voluto falcidiare per tre quarti qualsiasi credito dello Stato perciò solo che sia iscritto a ruolo; e ciò almeno per quattro ragioni:

c-1) si avrebbe una sorta di esproprio senza indennizzo di crediti di un soggetto dell'ordinamento che, nell'ambito di rapporto privatistici di debito-credito, non rileva in modo diverso dagli altri soggetti;

c-2) mancherebbe la copertura finanziaria di tale abbattimento dell'entrata;

c-3) meramente casuale – e dunque costituzionalmente irrazionale – sarebbe la scelta dei crediti da abbattere, operata non in relazione al loro oggetto o natura o altro dato oggettivo, ma con unico riguardo al mero fatto dell'avvenuta iscrizione a ruolo (che, giova sottolinearlo, non è neppure obbligata: le procedure codicistiche per il recupero dei crediti recati da titolo esecutivo sono tuttora integre);

c-4) di conseguenza, e sotto altro profilo, la disparità di trattamento tra debitori dello Stato a parità di titolo o di tempo di nascita dell'obbligazione sarebbe affidata al solo dato, del tutto esteriore e casuale, della già avvenuta iscrizione a ruolo: così, ad esempio, le sentenze di condanna rese lo stesso giorno da un Tribunale civile per titoli analoghi (responsabilità per incidente stradale, poniamo) dovrebbero essere eseguite per l'intero o soltanto per un quarto a seconda che non sia avvenuta o sia avvenuta la iscrizione a ruolo del debitore (per la sorte e, si badi bene, perfino per le spese di lite).

In conclusione, codesto Ministero vorrà con ogni tempestività invitare i concessionari a revocare subito le comunicazioni già trasmesse.

Si coglie l'occasione per rappresentare alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, e al Ministero dell'Economia e delle Finanze, per gli opportuni interventi, che sono qui pervenute, al momento per le vie brevi, richieste di chiarimenti sulla portata dell'art. 12 per l'individuazione delle entrate di diritto pubblico alle quali la norma fa riferimento.

Una prima lettura, confortata dalla collocazione della norma che è posta dopo gli articoli riferiti alle attuali imposte dirette ed indirette, e prima della disposizione che si occupa dei tributi locali (art. 13) può far pensare che l'art. 12 abbia riferimento ai carichi tributari diversi da quelli altrove previsti (in concreto, ad esempio, i tributi soppressi e le sanzioni relative). Né può dirsi peraltro che il «fatto» dell'iscrizione a ruolo sia stato considerato di per sé giustificativo della definizione di cui all'art. 12, come è reso palese dalle varie norme che, disciplinando le varie ipotesi di condono, si preoccupano di chiarire cosa avvenga nell'ipotesi di avvenuta iscrizione a ruolo (ad es. art. 16, c. 5).

Altra possibile interpretazione è quella secondo cui l'art. 12 ha riguardo ai carichi fiscali (non strettamente tributari), secondo la definizione che di essi si trae dall'art. 16 della stessa legge 27 dicembre 2002, n. 289, nel testo novellato, e dall'art. 2 del d.lgvo 31 dicembre 1992, n. 546 come modificato dall'art. 12 della legge finanziaria del 2002: la lite fiscale è definita come quella «dinanzi alle commissioni tributarie o al giudice ordinario...» «in cui è parte l'amministrazione finanziaria dello Stato...» (art. 16 c.3-l novellato dal d.l. n. 282/02): il «rimbalzo» all'art. 12, c. 2, della legge finanziaria del 2002, dove si riscrive la norma sulla competenza delle Commissioni tributarie, in una con il riferimento all'amministrazione finanziaria, chiarisce che le liti fiscali condonabili sono oggi quelle aventi ad oggetto «i tributi (statali) di ogni genere e specie...»: l'art. 12 riguarderebbe, in definitiva, ogni situazione fiscale (e non solo strettamente tributaria) *dell'amministrazione finanziaria diversa dai rapporti relativi alle imposte menzionate negli artt. 6 e segg. della legge 27 dicembre 2002, n. 289.*

La Scrivente si riserva di esprimere il proprio definitivo parere in argomento dopo aver acquisito le valutazioni della Presidenza del Consiglio nonché del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dell'Agenzia delle Entrate (la circolare 21 febbraio 2003, n. 12, accenna al problema dei «ruoli ammessi alla definizione» — *ex art. 12*, ma non fornisce conclusive soluzioni, mentre il provvedimento 28 febbraio 2003 dell'Agenzia delle Entrate è del tutto generico).

*L'Avvocato incaricato: Antonio Palatiello  
Il Vice Avvocato Generale: Oscar Fiumara».*

**Avvocatura Generale dello Stato — Parere del 5 gennaio 2004 n. 541.** *Applicabilità del condono ex art. 12 legge n. 289/02 ai crediti del Ministero delle Attività Produttive, già Ministero dell'Industria del Commercio e dell'Artigianato, relativi a mancata restituzione di contributi indebitamente percepiti (cons. 6973/03, avv. Stato A. Palatiello).*

«A seguito del parere reso dalla Scrivente in data 30 aprile 2003, n. 51575, l'art. 2 *nonies* decreto-legge 24 giugno 2003, n. 143, introdotto in sede di conversione dalla legge 1° agosto 2003, n. 212, ha disposto che «ai fini dell'art. 12 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successive modificazioni, per ruoli emessi da uffici statali si intendono quelli relativi ad entrate sia di natura tributaria che non tributaria».

In relazione a ciò, codesto Ministero chiede se possa essere confermato il parere della Scrivente soprariocordato, giusta il quale l'art. 12 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, «si

riferisce ad ogni situazione fiscale (e non solo strettamente tributaria) dell'Amministrazione finanziaria, diversa dai rapporti relativi alle imposte menzionate negli artt. 6 e segg. della legge 27 dicembre 2002, n. 289».

Occorre premettere che dai lavori preparatori della norma in questione non si evincono elementi utili ai fini dell'interpretazione: la disposizione risulta inserita dal Senato in sede di conversione del decreto, su proposta dei senatori Salerno e Kappler, che non forniscono alcuna spiegazione sul significato dell'espressione, parte di un più ampio emendamento contenente norme sicuramente relative al solo condono tributario. Nel dibattito parlamentare, tanto in Senato quanto alla Camera, nessuno degli intervenienti, né della maggioranza, né dell'opposizione, indicò nell'emendamento un'estensione del condono alla materia diversa da quella «fiscale»; ed è significativo che neppure negli interventi più appassionati contro la «logica dei condoni fiscali» e contro la loro «ingiustizia» si denunci l'estensione dell'istituto a materie diverse da quelle fiscali; l'opposizione critica, invero, la proroga dei termini, l'incoraggiamento all'evasione fiscale, la «confusione normativa in materia fiscale e tributaria», «l'immoralità» di scelte che offendono il «contribuente onesto», e, per converso, la maggioranza sottolinea di aver «migliorato il condono» «introducendo benefici per le responsabilità degli amministratori e dei sindaci e abbiamo allargato le maglie delle liti pendenti (a fronte di) un enorme contenzioso tributario che in qualche maniera doveva essere risolto» (così il senatore Salerno, nella seduta dell'Aula del 23 luglio 2003): ma nessuno critica o loda l'applicazione del condono a qualsiasi somma a ruolo.

E quando si parla, alla Camera, con vivace espressione, di «rottamazione dei ruoli», i deputati Grandi e Lettieri nella seduta dell'Aula del 30 luglio 2003, lanciano i propri strali avverso l'eccessiva parvità della somma richiesta a definizione; nessuno dubita però che non si tratti pur sempre di «prelievo fiscale» e di «contribuenti».

Nella sua oggettività, invece, la norma di cui al citato art. 2 *nonies* non contraddice l'auspicio rivolto dalla Scrivente, tra gli altri, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, e al Ministero dell'Economia e delle Finanze, nel senso dell'opportunità di chiarire il significato dell'originario art. 12, il quale, nell'assolutezza della primitiva stesura, avrebbe potuto condurre a letture ben difficilmente riconducibili a sistema: ed infatti nell'equivoco sono caduti anche alcuni Giudici, che hanno rimesso alla Corte la questione incidentale di costituzionalità sul presupposto che il condono di cui all'art. 12 si riferisca anche alle pene pecuniarie penali (che, pure, vengono riscosse tramite ruolo): interpretazione peraltro esclusa dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (con nota del 14 novembre 2003, n. 2-16103 UCL), che richiama il conforme avviso del Ministero della Giustizia di cui alla nota del Dipartimento degli affari di giustizia del 13 giugno 2003.

Questa Avvocatura Generale, che è intervenuta nei ricordati giudizi di costituzionalità sostenendo l'inapplicabilità del «condono» alle pene pecuniarie penali, non può che confermare il proprio precedente parere del 30 aprile 2003, per le ragioni allora esposte, ed evidenziate nelle difese svolte davanti alla Corte Costituzionale (la cui decisione è prevista tra qualche mese), nel senso che la disposizione ha riguardo ai carichi *fiscali* (non strettamente tributari), secondo la definizione che di essi si trae dall'art. 16 della stessa legge 27 dicembre 2002, n. 289, nel testo novellato, e dall'art. 2 del d.lgvo 31 dicembre 1992, n. 546, come sostituito dall'art. 12 della legge 28 dicembre 2001, n. 448: la lite fiscale è definita come quella «dinanzi alle commissioni tributarie o al giudice ordinario...» «in cui è parte l'amministrazione finanziaria dello Stato...» (art. 16 c.3.1.1 novellato dal d.l. n. 282/02); il «rimbalzo» all'art. 12, c.2, della legge n. 448/01, dove si riscrive la norma sulla competenza delle Commissioni tributarie, in una con il riferimento all'amministrazione finanziaria, chiarisce che le pendenze condonabili sono – come si evidenziò nel precedente parere – quelle relative ad *ogni situazione fiscale (e non solo strettamente tributaria) dell'amministrazione finanziaria diversa dai rapporti* riguardanti le imposte menzionate negli artt. 6 e segg. della legge 27 dicembre 2002, n. 289: e l'art. 2 *nonies* del d.l. n. 143/03 chiarisce appunto che i ruoli sono «quelli relativi alle entrate sia di natura tributaria che non tributaria».

In conclusione si conferma, allo stato, il parere già reso, salve eventuali diverse emergenze normative o diverse indicazioni della Corte Costituzionale».

*L'Avvocato incaricato: Antonio Palatiello  
Il Vice Avvocato Generale: Oscar Fiumara».*

**Avvocatura Generale dello Stato – Corte Costituzionale – Atto di intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri** (cont. 30956/03, avv. Stato A. Palatiello).

« (omissis) Fatto – Il Giudice *a quo* riferisce che a seguito di condanna per decreto, divenuto definitivo, la pena dell'ammenda era iscritta a ruolo. Sopravvenuta la legge 27 dicembre 2002, n. 289, il cui art. 12, modificato dall'art. 5-*bis*, del d.l. 24 dicembre 2002, n. 282, ammette a condono i «carichi inclusi in ruoli emessi da uffici statali e affidati ai concessionari del servizio nazionale di riscossione... con il pagamento di una somma pari al 25% dell'importo iscritto...» l'interessato chiese di avvalersi di tale agevolata definizione; pagò il 25% del dovuto; chiese al G.I.P. competente di dichiarare estinta la pena residua. Il giudice *a quo*, rilevato che «non è dubbio che la norma abbia carattere residuale e si applichi a qualsiasi debito iscritto nei ruoli statali, ivi comprese le spese processuali e le pene pecuniarie», dubita della legittimità costituzionale della disposizione per contrasto con l'art. 79 Cost.; l'agevolazione avrebbe, infatti, la sostanza dell'indulto che, però, può essere concesso solo con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera in ogni suo articolo e nella votazione finale, procedura che non è stata seguita nell'approvazione della norma in esame.

Interviene in giudizio il Presidente del Consiglio dei Ministri in carica, che osserva quanto segue in *diritto*.

La questione è infondata perché la norma denunciata *non* ammette a definizione anche le somme dovute a titolo di multa o ammenda inflitte da sentenza penale.

L'art. 12 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, come modificato dall'art. 5-*bis* del d.l. 24 dicembre 2002, n. 282, nel testo integrato dalla legge di conversione 21 febbraio 2003, n. 27, ammette a definizione «i carichi di ruolo pregressi», disponendo che i debitori «possono estinguere il debito senza corrispondere gli interessi di mora e con il pagamento di una somma pari al 25% dell'importo iscritto a ruolo»; è previsto l'onere dei concessionari di informare i debitori di tale possibilità, e coloro che intendono avvalersene sottoscrivono un impegno giusta il modello approvato dal direttore dell'Agenzia delle entrate.

Va escluso che le somme di cui trattasi rientrino nelle previsioni dell'art. 12 in esame: si osserva in proposito che il recupero delle stesse è disciplinato dalle *disposizioni speciali* di cui alle relative norme che presuppongono la natura del credito certamente diversa da quella degli ordinari crediti erariali.

Tale specialità sarebbe già di per sé sufficiente ad escludere che la vicenda rientri nel novero di quelle genericamente contemplate nell'art. 12, e ciò tanto più se si consideri il riferimento all'espressa limitazione soggettiva all'«amministrazione finanziaria», contenuta nell'art. 5-*bis*, del d.l. n. 282/2002, conv. in legge n. 27/03, e tale rimasta anche dopo l'interpretazione autentica di cui all'art. 1, c. 2 *nonies* del d.l. 24 giugno 2003, n. 143, introdotto in sede di conversione dalla legge 1° agosto 2003, n. 212, dove è disposto che «ai fini dell'art. 12 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successive modificazioni, per ruoli emessi da uffici statali si intendono quelli relativi ad entrate sia di natura tributaria che non tributaria».

Ma più in generale occorre escludere che qualunque credito, perciò solo che sia stato iscritto a ruolo, rientri nel catalogo delle situazioni condonabili. Non vi rientrano certo, ad esempio, i crediti statali di diritto comune, tali fin dall'origine («aventi causa in rapporti di diritto privato»), come si esprime l'art. 21 d.lgvo 26 febbraio 1999, n. 46) o tali divenuti dopo l'esaurimento della vicenda di diritto pubblico, come è fatto palese dalle seguenti considerazioni:

a) il *dato testuale* non si attaglia ai crediti di diritto comune (quali, ad esempio, quello per il risarcimento del danno o per il recupero di somme pagate oltre il dovuto o per la riscossione di prestazioni contrattuali), stante il riferimento ai ruoli affidati in epoca precedente al d.lgvo 46/1999, quando l'utilizzo del ruolo era l'eccezione per le entrate di diritto comune, e stante il richiamo alle competenze dell'Agenzia delle entrate, la quale non ha a che vedere con la generalità dei crediti statali di diritto privato:

b) il *contesto nel quale la disposizione è inserita* conforta tale esclusione: la norma è infatti collocata nel capo II del titolo II della legge n. 289/02 dedicato *soltanto* al concordato fiscale, diversamente disciplinato a seconda del tipo di imposta e del momento in cui si trova il rapporto tributario: dal caso in cui esso non sia neppure ancora sorto (art. 6, concordato

preventivo) a quello in cui siano state presentate le dichiarazioni senza che gli uffici finanziari abbiano ancora provveduto, a quello in cui vi siano stati accertamenti, o inviti o constatazioni (art. 15), a quello, infine, della lite fiscale pendente (art. 16);

c) la *lettura costituzionalmente orientata* dell'art. 12 impone di escludere che la norma abbia voluto falciadiare per tre quarti qualsiasi credito dello Stato perciò solo che sia iscritto a ruolo; e ciò almeno per quattro ragioni:

c-1) si avrebbe una sorta di esproprio senza indennizzo di crediti di un soggetto dell'ordinamento che, nell'ambito di rapporti privatistici di debito-credito, non rileva in modo diverso dagli altri soggetti;

c-2) mancherebbe la copertura finanziaria di tale abbattimento dell'entrata;

c-3) meramente casuale – e dunque costituzionalmente irrazionale – sarebbe la scelta dei crediti da abbattere, operata non in relazione al loro oggetto o natura o altro dato oggettivo, ma con unico riguardo al mero fatto dell'avvenuta iscrizione a ruolo (che, giova sottolinearlo, non è neppure obbligata: le procedure codicistiche per il recupero dei crediti recati da titolo esecutivo sono tuttora integre);

c-4) di conseguenza, e sotto altro profilo, la disparità di trattamento tra debitori dello Stato a parità di titolo o di tempo di nascita dell'obbligazione sarebbe affidata al solo dato, del tutto esteriore e causale, della già avvenuta iscrizione a ruolo: così, ad esempio, le sentenze di condanna rese lo stesso giorno da un Tribunale civile per titoli analoghi (responsabilità per incidente stradale, poniamo) dovrebbero essere eseguite per l'intero o soltanto per un quarto a seconda che non sia avvenuta o sia avvenuta la iscrizione a ruolo del debitore (per la sorte, e perfino per le spese di lite).

I suesposti rilievi orientano all'interpretazione, in positivo, della disposizione in esame, nel senso che questa ha riguardo ai carichi fiscali (non strettamente tributari), secondo la definizione che di essi si trae dall'art. 16 della stessa legge 27 dicembre 2002, n. 289, nel testo novellato, e dall'art. 2 del d.lgvo 31 dicembre 1992, n. 546 come modificato dall'art. 12 della legge finanziaria del 2002: la lite fiscale è definita come quella «dinanzi alle commissioni tributarie o al giudice ordinario...» «in cui è parte l'amministrazione finanziaria dello Stato...» (art. 16 c. 3-1 novellato dal d.l. n. 282/02): il «rimbalzo» all'art. 12, c. 2, della legge finanziaria del 2002, dove si riscrive la norma sulla competenza delle Commissioni tributarie, in una con il riferimento all'amministrazione finanziaria, chiarisce che le liti fiscali condonabili sono oggi quelle aventi ad oggetto «i tributi (statali) di ogni genere e specie...»: l'art. 12 riguarda, in definitiva, *ogni situazione fiscale (e non solo strettamente tributaria) dell'amministrazione finanziaria diversa dai rapporti relativi alle imposte menzionate negli artt. 6 e segg. della legge 27 dicembre 2002, n. 289*: ed infatti l'art. 2 *nonies* del d.l. n. 143/03 chiarisce, come si è ricordato, che i ruoli sono «quelli relativi alle entrate sia di natura tributaria che non tributaria».

E pertanto, stante la cennata interpretazione, della proposta eccezione si chiede il rigetto.

Ciò premesso conclude.

Piaccia alla Ecc.ma Corte Costituzionale dichiarare infondata la proposta questione.

Roma, 7 novembre 2003 – *L'Avvocato dello Stato: Antonio Palatiello*».



## **Beni culturali: estensione dei benefici fiscali agli immobili degli enti pubblici**

*(Corte Costituzionale, sentenza del 28 novembre 2003 n. 345)*

Le riduzioni di aliquota sull'I.C.I. spettanti ai privati proprietari e possessori di immobili assoggettati al vincolo storico artistico, ai sensi dell'art. 3 della legge 1 giugno 1939 n. 3, spettano anche agli enti pubblici.

La decisione della Corte va segnalata come un caso esemplare nel quale il giudice costituzionale avrebbe potuto adottare, ad avviso di chi scrive, indifferentemente una pronuncia interpretativa di rigetto (come richiesto dalla difesa erariale) ovvero un pronuncia cosiddetta «estensiva».

Stabilita la sostanziale equivalenza tra il regime giuridico dei beni assoggettati a vincolo storico artistico di pertinenza pubblica o privata, la Corte costituzionale ha scelto di intervenire sulla norma impugnata (l'art. 2 comma 5 della legge 23 gennaio 1993, n. 16 riconducendola a legittimità costituzionale «*attraverso una pronuncia che ne estenda l'applicazione agli immobili di interesse storico o artistico di cui all'art. 4 della legge 1 giugno 1939 n. 1089*»).

G.F.

**Avvocatura Generale dello Stato – Corte Costituzionale – Atto d'intervento** del Presidente del Consiglio dei Ministri (cont. 12714/03, avv. Stato G. Fiengo).

«*omissis*» La Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 13, dubita della legittimità costituzionale della disposizione prevista dall'art. 2, comma 5, del decreto-legge 23 gennaio 1993 n. 16, convertito nella legge 24 marzo 1993 n. 75, in relazione all'art. 3 della Costituzione «*laddove limita l'agevolazione fiscale ai fini ICI solo agli immobili di interesse stanco o artistico ai sensi dell'art. 3 della legge 1 giugno 1939 n. 1089 e successive modifiche*».

La questione è inammissibile per mancanza di rilevanza e comunque infondata.

La disposizione in questione prevede che «*per gli immobili di interesse storico o artistico ai sensi dell'art. 3 della legge 1° giugno 1939 n. 1089, e successive modificazioni la base imponibile, ai fini dell'imposta comunale sugli immobili (ICI), è costituita dal valore che risulta applicando alla rendita catastale, determinata mediante l'applicazione della tariffa d'estimo di minore ammontare tra quelle previste per la zona censuaria nella quale esito il fabbricato, i moltiplicatori di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504.*»

Con tale norma il legislatore dispone quindi un'agevolazione ai fini dell'ICI in relazione alla determinazione della base imponibile a favore degli immobili di interesse storico e artistico ai sensi dell'art. 3 della legge 1° giugno 1939 n. 1089, ovvero per i beni (normalmente) di proprietà privata dichiarati dal Ministro per i beni e attività culturali di «*interesse particolarmente importante*».

Il giudice remittente ritiene che tale trattamento agevolativo riguardi esclusivamente gli immobili di particolare interesse storico-artistico di cui siano possessori o detentori a qualsiasi titolo i privati proprietari, con esclusione quindi degli immobili posseduti da enti pubblici, dato il tenore letterale della norma che espressamente richiama l'art. 3 della legge 1089/1939, non potendosi così estendere il beneficio agli immobili che appartengono ai soggetti dell'art. 4 della legge 1089/1939.

Secondo il giudice *a quo* quindi tale trattamento agevolativo darebbe luogo ad una irragionevole disparità di trattamento per situazioni identiche, collegata esclusivamente alla circostanza che il soggetto proprietario del bene sia un privato anziché un ente pubblico.

In realtà la premessa da cui muove il giudice *a quo* non tiene conto della evoluzione della giurisprudenza in materia che ha ritenuto ammissibile e spesso doverosa, ai fini della sottoposizione a regime vincolistico di beni di appartenenza di enti pubblici, una esplicita

dichiarazione dell'importante interesse storico artistico da parte degli uffici del Ministero per i beni e le attività culturali. In tal senso si è espressa da ultimo la sesta Sezione del Consiglio di Stato (8 gennaio 2003 n. 20), testualmente ritenendo che l'art. 4 della legge 1089 del 1939 *"non contiene ... alcuna statuizione da cui possa escludersi la necessità di un provvedimento costitutivo volto alla verifica dell'interesse storico artistico e alla conseguente imposizione del regime vincolistico"*. Da tali premesse, nel sottolineare l'esigenza di *"dare certezza al regime vincolistico"* anche in relazione a soggetti non qualificabili come privati, il Consiglio di Stato è giunto alla conclusione che *"mentre non vi è traccia di una distinzione tra beni pubblici e privati per quanto afferisce al momento prodromico dell'accertamento circa l'interesse da tutelare la qualificazione di beni sottoposti al regime della legge 1089 presuppone un apposito atto di riconoscimento che accerti l'interesse alla tutela"*.

Alla luce di tale orientamento giurisprudenziale, che costituisce il diritto vivente, il riferimento contenuto nell'art. 2 comma 5 della legge 24 marzo 1993 n. 75 agli *"immobili d'interesse storico o artistico ai sensi dell'art 3 legge 1° giugno 1939 n. 1089"*, assume una valenza del tutto diversa dal riferimento soggettivo ipotizzato dal giudice *a quo*. Il momento discriminativo tra immobili agevolati e immobili assoggettati ad ICI secondo la disciplina generale dovrebbe essere ricondotto alla sussistenza o meno di una verificata idoneità dell'immobile stesso a soddisfare alle esigenze di conservazione, tutela e fruizione collettiva, che connotano gli immobili pubblici e privati dichiarati dall'amministrazione competente d'interesse storico artistico.

Quanto al merito della questione si osserva che la concessione di agevolazioni o benefici fiscali trovano il proprio fondamento nella discrezionalità del legislatore tributario in ordine all'apprezzamento della capacità contributiva evidenziata dal contribuente nelle fattispecie impositive, e che rientra nell'ambito dell'esercizio di tale discrezionalità l'individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie impositiva, tra cui possono essere compresi anche i soggetti passivi dell'obbligazione tributaria.

La concessione di agevolazioni fiscali trova quindi la base in una valutazione discrezionale del legislatore che deve essere esercitata nei limiti della non arbitrarietà e della ragionevolezza, ed in cui si devono coniugare ragionevolmente diverse esigenze, come anche affermato dal giudice *a quo* *"vero è che in tema di entrate tributarie il legislatore ha ampia discrezionalità nell'apprezzamento della capacità contributiva espressa dalle diverse situazioni di fatto; che esigenze di finanza pubblica possono indurlo a limitare, nell'ambito dei singoli tributi, la portata delle agevolazioni fiscali?"*.

Tale disposizione non appare poi lesiva del principio di uguaglianza data la non assoluta omogeneità tra le situazioni poste a confronto derivante appunto dalla differente natura del soggetto contribuente a cui appartengono i beni di interesse storico - artistico e che sono vincolati e sottoposti al regime di tutela della legge 1089/1939 (ora testo unico 490/1999).

Il soggetto detentore o possessore a qualsiasi titolo di un bene sottoposto a vincolo storico - artistico viene ad essere fortemente limitato nella libertà di disposizione del bene in relazione a diverse facoltà e viene ad essere gravato di obblighi a rilevante contenuto economico previsti dalla normativa di tutela dei beni culturali. La sfera giuridica ed economica dei privati, solitamente orientata alla soddisfazione degli interessi privatistici, viene in particolare ad esser fortemente incisa in funzione dell'asservimento di tali beni alla soddisfazione dell'interesse pubblico concernente la tutela e conservazione dei beni di particolare interesse storico - artistico, che si atteggia come una forma di governo di un vero e proprio diritto sulla cosa (C. cost. sent. 28 giugno 1995 n. 309).

E proprio a fronte di tali limitazioni ed oneri della sfera privatistica in funzione di un interesse pubblico il legislatore tributario ha riconosciuto ai privati come contrappeso una agevolazione fiscale ai fini ICI.

Non si può quindi ritenere irragionevole la scelta del legislatore di non riconoscere lo stesso beneficio agli enti pubblici che istituzionalmente ed ontologicamente sono deputati al perseguimento di interessi pubblici e che possono usufruire, per soddisfare detti oneri di conservazione, fruizione e tutela, di contributi statali fino al 100% della spesa. Diverso discorso vale per i privati che, sulla base della legislazione di settore, devono comunque concorrere a tali spese e devono altresì assoggettarsi a misure convenzionali per l'apertura al pubblico dei beni così restaurati.

Si insiste pertanto affinché la questione sollevata dalla Commissione Tributaria Provinciale di Genova con l'ordinanza in epigrafe indicata sia dichiarata inammissibile e comunque infondata.

Roma, 27 maggio 2003 - *L'Avvocato dello Stato: Giuseppe Fiengo*».

**Corte Costituzionale, sentenza 28 novembre 2003 n. 345** – Pres. R. Chieppa – Red. A. Marini – Banca d'Italia (Avv. V. Catalano e A. Fantozzi) c/Comune di Genova (Avv. V. Uckmar), Presidente del Consiglio dei Ministri (cont. 12714/03, avv. Stato G. Fiengo).

«(omissis) Considerato in diritto 1. – La Commissione tributaria provinciale di Genova dubita della legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 5, del decreto-legge 23 gennaio 1993, n. 16 (Disposizioni in materia di imposte sui redditi, sui trasferimenti di immobili di civile abitazione, di termini per la definizione agevolata delle situazioni e pendenze tributarie, per la soppressione della ritenuta sugli interessi, premi ed altri frutti derivanti da depositi e conti correnti interbancari, nonché altre disposizioni tributarie), convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 1993, n. 75, nella parte in cui limita l'agevolazione fiscale ai fini ICI, ivi prevista, agli immobili di interesse storico o artistico, appartenenti a "privati proprietari", di cui all'art. 3 della legge 1 giugno 1939, n. 1089 (Tutela delle cose d'interesse artistico e storico), sostanzialmente trasfuso nell'art. 6 del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352), con esclusione dunque di quelli, appartenenti ad enti pubblici (o persone giuridiche private senza fine di lucro), di cui all'art. 4 della stessa legge (ora art. 5 del testo unico n. 490 del 1999).

2. – La questione è fondata.

2.1. – La *ratio* della agevolazione di cui si tratta va individuata in una esigenza di equità fiscale, derivante dalla considerazione della minore utilità economica che presentano i beni immobili di interesse storico o artistico in conseguenza del complesso di vincoli e limiti cui la loro proprietà è sottoposta.

In relazione a tale *ratio*, occorre, dunque, verificare se la distinzione tra gli immobili di interesse storico o artistico appartenenti a "privati proprietari", di cui all'art. 3 della legge n. 1089 del 1939, e quelli di proprietà di enti pubblici o persone giuridiche private senza scopo di lucro, di cui all'art. 4, sia tale da giustificare un diverso trattamento fiscale, o se invece, sotto questo specifico profilo, essa sia manifestamente arbitraria e, quindi, tale da rendere incostituzionale la limitazione dell'agevolazione fiscale su di essa basata.

Riguardo agli esatti termini di tale distinzione non si rinviene, peraltro, in giurisprudenza, uniformità di ricostruzioni interpretative. In estrema sintesi, secondo una tesi più risalente, la differenza di disciplina si sostanzierebbe essenzialmente nel fatto che i beni di interesse storico-artistico appartenenti ad enti pubblici e persone giuridiche private senza fini di lucro, a differenza di quelli appartenenti a persone fisiche e società, resterebbero soggetti *ex lege* alle disposizioni di tutela, senza necessità di alcuno specifico provvedimento da parte dell'autorità competente ed a prescindere anche dalla loro inclusione negli elenchi previsti dallo stesso art. 4. Secondo un diverso indirizzo, che appare prevalente nella più recente giurisprudenza amministrativa, anche i beni appartenenti agli enti pubblici (ed alle persone giuridiche private senza fini di lucro) sarebbero invece sottoposti alla legislazione vincolistica solo a seguito dell'adozione di un atto formale da parte del Ministero per i beni e le attività culturali, differenziandosi il procedimento, nei due casi, solo quanto alla necessità, non richiesta per i soggetti di cui all'art. 4, di una formale notifica dell'atto amministrativo.

Indipendentemente dall'opinione che si ritenga al riguardo più corretta, risulta, in ogni caso, pacifico che la distinzione tra le fattispecie di cui agli artt. 3 e 4 della legge n. 1089 del 1939 può eventualmente riguardare le modalità attraverso le quali si perviene, nei due casi, all'individuazione dei beni oggetto di tutela, ma di certo non attiene al regime giuridico cui i beni in questione sono assoggettati, in ragione del loro interesse storico o artistico, identica essendo, nei due casi, la disciplina finalizzata alla loro tutela.

Ed è appena il caso di sottolineare che il mancato riferimento, nella norma impugnata, ai beni di cui all'art. 4 della legge n. 1089 del 1939 non può di certo trovare giustificazione

né – come sostiene il Comune di Genova – in una presunta maggiore capacità contributiva degli enti pubblici rispetto ai soggetti privati, trattandosi di una presunzione del tutto irragionevole e della quale comunque non vi è traccia nell'ordinamento tributario, né – come assume l'Avvocatura – nella considerazione che gli enti pubblici sono istituzionalmente chiamati al perseguimento di finalità di ordine generale, in quanto ciò naturalmente non può significare che ciascun ente pubblico debba perseguire, oltre ai propri fini istituzionali, anche quelli di tutela del patrimonio storico-artistico della nazione. E ciò a prescindere dal fatto che l'una e l'altra tesi sembrano completamente trascurare la circostanza che l'art. 4 della legge n. 1089 del 1939 non si riferisce solamente agli enti pubblici ma anche alle persone giuridiche private senza fini di lucro.

Risulta, pertanto, evidente che la distinzione tra i beni di interesse storico o artistico di cui agli artt. 3 e 4 della legge n. 1089 del 1939 rappresenta un elemento di discriminazione manifestamente irragionevole rispetto all'applicazione di un beneficio fiscale che trova – come si è osservato – il suo fondamento oggettivo proprio nella peculiarità del regime giuridico dei beni di cui si tratta. Mentre, d'altro canto, l'esigenza di certezza nei rapporti tributari cui assolve il provvedimento formale previsto dall'art. 3 della legge n. 1089 del 1939 (che, secondo un diffuso orientamento interpretativo, potrebbe mancare, come si è visto, per i beni di cui all'art. 4) ben può essere soddisfatta, per i beni appartenenti agli enti pubblici (o alle persone giuridiche private senza fini di lucro), dalla loro inclusione negli elenchi di cui allo stesso art. 4 della legge ovvero da un atto dell'amministrazione dei beni culturali ricognitivo dell'interesse storico o artistico del bene.

Conclusivamente, la norma impugnata va ricondotta a legittimità costituzionale attraverso una pronuncia che ne estenda l'applicazione agli immobili di interesse storico o artistico di cui all'art. 4 della legge 1 giugno 1939, n. 1089.

*Per questi motivi la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 5, del decreto-legge 23 gennaio 1993, n. 16 (Disposizioni in materia di imposte sui redditi, sui trasferimenti di immobili di civile abitazione, di termini per la definizione agevolata delle situazioni e pendenze tributarie, per la soppressione della ritenuta sugli interessi, premi ed altri frutti derivanti da depositi e conti correnti interbancari, nonché altre disposizioni tributarie), convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 1993, n. 75, nella parte in cui non si applica agli immobili di interesse storico o artistico di cui all'art. 4 della legge 1° giugno 1939, n. 1089 (Tutela delle cose d'interesse artistico e storico), ora art. 5 del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352).*

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 24 novembre 2003 (*omissis*)».

## Il principio «*simul stabunt, simul cadent*» nello Statuto regionale siciliano

(Corte Costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 2)

La sentenza in rassegna appare di particolare interesse, anzitutto perché è la prima pronunciata dalla Corte Costituzionale su impugnativa di uno Statuto Regionale a sensi dell'art 123, secondo comma della Costituzione nel suo testo novellato dalla legge costituzionale 22 novembre 1999 n. 1 e da quella di adozione del nuovo Titolo V della Costituzione; in secondo luogo – ed al di là della prima celebrazione di un nuovo processo costituzionale – perché la questione di «merito» appare di particolare interesse, risolvendosi in quella della perimetrazione del principio «*simul stabunt, simul cadent*». Principio di recente affermazione e di grande rilevanza.

È ben noto come il nostro Paese abbia attraversato, nei primi anni novanta del secolo scorso, una profonda crisi politico-istituzionale, interpretata da molti come reazione all'esasperato pluripartitismo ed alla conseguente instabilità delle maggioranze e quindi degli esecutivi, tanto a livello centrale quanto a livello di autonomie.

Di qui l'esigenza di rafforzamento degli esecutivi attraverso l'introduzione del principio «*simul stabunt, simul cadent*» già operata dal 1993 per Province e Comuni e dal 1999 per le Regioni il cui Presidente, da allora (non a caso) nel lessico corrente ha assunto il titolo di «Governatore».

Nell'impossibilità, quantomeno nei tempi brevi, di passare da un pluripartitismo esasperato al bipartitismo, il Paese si è avviato quindi decisamente, come appare evidente, verso la via del bipolarismo ed uno degli strumenti elettivamente adottati – *de facto o de iure* – è quello del vincolo gravante sulle due coalizioni contrapposte di designare il *leader* di governo nel momento del voto, con conseguente conferimento all'elettore di un potere sostanziale di scelta della formula politica (e del suo programma) e del *leader* chiamato ad incarnarla e conseguente vincolo di interdipendenza fra il Presidente, la sua Giunta ed il Consiglio. Vincolo espresso dal principio «*simul stabunt, simul cadent*» e che è evidentemente posto a garanzia della stabilità dell'esecutivo regionale.

La sentenza in rassegna affronta – risolvendolo negativamente – il problema del se il legislatore statutario possa eludere il principio attraverso un sistema elettorale del Presidente formalmente diverso da quello del suffragio universale e diretto ma con esso sostanzialmente coincidente.

Insieme con la sentenza vengono pubblicati il ricorso e la memoria dell'Avvocatura dello Stato.

Avv. Ignazio Francesco Caramazza

**Avvocatura Generale dello Stato – Corte Costituzionale – Ricorso ex art. 123, secondo comma Costituzione** del Presidente del Consiglio dei Ministri (cons. 16054/03, avv. Stato I. F. Caramazza) c/ Regione Calabria.

*Dichiarazione della illegittimità costituzionale dello Statuto della Regione Calabria approvato dal Consiglio Regionale in prima deliberazione il 13 maggio 2003, in seconda deliberazione*

il 31 luglio 2003 e pubblicato nel supplemento straordinario del B.U.R. n. 4 del 6 agosto 2003, giusta delibera del Consiglio dei Ministri 28 agosto 2003, con riguardo agli articoli 33, 38 comma 1 lettere (a) ed (e); 34 e 43 comma 2; 50 comma 5 e 51.

«La Costituzione italiana, nel suo testo novellato dalle riforme del 1999 e del 2001, ha disegnato con sistematica precisione la potestà statutaria delle regioni, assoggettandola, da un lato, ad un procedimento di formazione «aggravato» dalla doppia deliberazione del Consiglio a maggioranza qualificata e dalla eventuale consultazione referendaria (sul modello delle leggi di revisione costituzionale); attribuendogli, dall'altro, – insieme con l'affrancaamento dell'approvazione parlamentare – una collocazione privilegiata nella gerarchia delle fonti regionali.

Il sistema così delineato dal Costituente se soddisfa appieno l'istanza autonomistica non trascura però, certo, il principio di legalità costituzionale, che riceve adeguata protezione attraverso una rigorosa delimitazione della potestà statutaria ed una specifica disciplina del sindacato di costituzionalità del suo esercizio. Sindacato che, con il presente ricorso, il Governo della Repubblica chiede a codesta Corte.

È avviso del Governo, infatti, che, con le norme denunciate in epigrafe, la Regione Calabria abbia ecceduto dalla propria potestà statutaria in violazione della normativa costituzionale, come si confida di dimostrare in appresso.

1. – *L'art. 33 dello Statuto viola gli artt. 122 e 126 Costituzione.*

La normativa costituzionale richiamata, segnatamente l'art. 122, ultimo comma e 126, terzo comma, sanciscono un vincolo di interdipendenza fra Giunta (e suo Presidente eletto a suffragio universale e diretto) e Consiglio. Vincolo espresso dal principio «*simul stabunt, simul cadent*» e che è evidentemente posto a garanzia della stabilità dell'esecutivo regionale.

Il richiamato terzo comma dell'art. 126 dispone infatti che «L'approvazione della mozione di sfiducia nei confronti del Presidente della Giunta eletto a suffragio universale e diretto, nonché la rimozione, l'impedimento permanente, la morte o le dimissioni volontarie dello stesso comportano le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio».

Tale norma va letta in correlazione con l'ultimo comma dell'art. 122, il quale dispone che il Presidente della Giunta regionale è eletto a suffragio universale e diretto salvo che lo Statuto regionale disponga diversamente.

Da tale combinato disposto si evince il principio che in tanto lo Statuto regionale può discostarsi dal principio del «*simul stabunt simul cadent*» in quanto contestualmente preveda un sistema di elezione del Presidente della Giunta regionale diverso dal suffragio diretto (Corte Cost. sent. 20 giugno 2002, n. 304).

La norma statutaria in epigrafe ha violato le regole ed il principio di cui sopra, in quanto l'articolo 33 richiamato prevede che il Presidente e il Vice Presidente della Giunta regionale, indicati sulla scheda elettorale, siano votati contestualmente agli altri componenti del Consiglio regionale e siano poi nominati dal Consiglio nella seduta di insediamento, nella quale si approva la mozione sul programma di Governo (commi 1 e 2) e che la mancata nomina del Presidente e del Vice Presidente, indicati dal corpo elettorale, comporta lo scioglimento del Consiglio regionale (comma 3).

Peraltro, viene previsto che nei casi di dimissioni volontarie, incompatibilità sopravvenuta, rimozione, impedimento permanente o morte del Presidente della Giunta regionale, subentri il Vice Presidente (comma 4).

La norma statutaria, quindi, dopo aver disciplinato una forma di elezione sostanzialmente diretta a suffragio universale (tanto vero che specificamente prevede lo scioglimento del Consiglio regionale in caso di mancata nomina del Presidente e del Vice Presidente indicati dall'elettorato) viola però l'articolo 126, 3° comma, della Costituzione nella parte in cui non prevede le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio regionale, nei casi espressamente indicati nello stesso articolo 126, sostituendo a tale conseguenza il subentro del Vice Presidente al Presidente.

La medesima norma, statutaria, inoltre, si pone in contrasto con l'articolo 122 della Costituzione andando ad incidere in materia elettorale, che è materia coperta da riserva di legge regionale.

2. – *L'art. 38 dello Statuto, comma 1, lettera (a) ed (e) viola gli artt. 122, 1° comma e 123, 1° comma della Costituzione.*

La norma statutaria richiamata prevede la disciplina del sistema elettorale, in particolare nella parte in cui (comma 1, lettera *a*) prevede un sistema di elezione su base proporzionale con voto di preferenza e premio elettorale di maggioranza. Essa si pone, quindi, in contrasto con l'articolo 122, 1° comma della Costituzione, che demanda la definizione del sistema di elezione alla legge regionale nel quadro unitario dato dai principi fondamentali stabiliti dalla legge della Repubblica.

L'introduzione nello Statuto di disposizioni in materia elettorale viola, pertanto, la riserva di legge regionale e costituisce una forte limitazione dei poteri del Consiglio. Si tratta, all'evidenza, di una illegittimità che trascende il dato meramente formale, determinando un «rafforzamento» della fonte normativa lesivo del principio di democrazia diretta. A tacer d'altro, infatti, la norma avrebbe l'effetto di rendere indisponibili all'iniziativa popolare referendaria le norme elettorali, in quanto, a norma dell'articolo 11 dello stesso Statuto, non è ammesso referendum per l'abrogazione di norme statutarie.

La stessa disposizione risulta, altresì, eccedere la competenza regionale, in relazione all'articolo 123, comma 1, della Costituzione che fissa rigidamente i contenuti ed i limiti dello Statuto stesso.

3. – *L'art. 34 dello Statuto, comma 1 lettera (i) e l'art. 43, comma 2, violano l'art. 121 della Costituzione ed il principio di separazione dei poteri.*

Il combinato disposto statutario in epigrafe attribuisce al Consiglio regionale l'esercizio di una potestà regolamentare nella forma di regolamenti di attuazione e di integrazione in materia di legislazione esclusiva delegata dallo Stato in presenza di una normativa costituzionale che non riconosce (*et pour cause!*) alcuna potestà regolamentare al Consiglio (così come nessuna potestà regolamentare è riconosciuta al Parlamento nazionale).

Non pare, infatti, potersi sostenere che quanto non è consentito al Parlamento nazionale in virtù del principio di separazione dei poteri degli organi dello Stato, possa ritenersi ammesso per quello regionale.

Tanto ciò è vero che prima dell'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Costituzione, in base alle considerazioni suesposte, il Governo ha rinviato a nuovo esame dei Consigli regionali numerose leggi regionali, che avevano attribuito potestà regolamentare al Consiglio Regionale.

4. – *L'art. 50 dello Statuto, comma 5, viola l'art. 117, comma 2, lettera l della Costituzione.*

La norma statutaria in epigrafe sancisce una serie di principi riguardanti i dirigenti regionali e, più in generale, gli incarichi e il rapporto di lavoro dirigenziali.

Recita il testo statutario nei suoi commi 4, 5 e 6 dell'articolo 50:

«4. – *Ai dirigenti sono attribuiti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dal Presidente e dalla Giunta e, limitatamente al Consiglio, dal Presidente e dall'Ufficio di Presidenza.*

5. – *Nell'esercizio della potestà statutaria, legislativa e regolamentare, la Regione provvede a disciplinare il regime contrattuale dei dirigenti, l'attribuzione e la revoca degli incarichi, l'accertamento delle responsabilità e la comminazione delle sanzioni, nonché ad istituire il ruolo dei dirigenti della regione e il ruolo dei dirigenti del Consiglio regionale.*

6. – *Tutti gli incarichi dirigenziali devono essere formalmente conferiti entro 60 giorni dall'insediamento dei nuovi organi regionali».*

Orbene, la norma afferente al regime contrattuale dei dirigenti attribuisce alla Regione competenze riservate allo Stato ai sensi dell'art. 11, comma secondo, lettera *l*), della Costituzione (materia «ordinamento civile»), atteso che «gli aspetti fondamentali del rapporto privato e quindi del rapporto di lavoro pubblico, oltre che la disciplina del diritto sindacale» rientrano pacificamente nella nozione di ordinamento civile, per comune intesa di Stato e Regioni.

Non a caso nel documento approvato dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome il 21 marzo 2002 si precisa che «poiché il rapporto di lavoro pubblico è stato fatto rientrare nella disciplina privatistica, possiamo quindi concludere che, parimenti ai lavoratori privati, anche per quelli alle dipendenze delle pubbliche Amministrazioni, il legislatore regionale trova un limite invalicabile nella contrattazione nazionale, che può a sua volta ricevere una regolamentazione di sostegno da parte del legislatore nazionale».

5. – *L'art. 51 dello Statuto viola l'art. 123, 1 comma della Costituzione.*

La norma statutaria in epigrafe, disciplinando la potestà normativa tributaria della Regione, statuisce su materie che non rientrano tra quelle che l'articolo 123 della Costituzione attribuisce agli Statuti regionali, e che consistono nella forma di governo e nei principi fondamentali di organizzazione e funzionamento. Tale disposizione contrasta pertanto con il citato articolo 123, 1° comma, della Costituzione.

Per le suesposte ragioni si chiede a codesta Corte Costituzionale di dichiarare la illegittimità costituzionale della deliberazione legislativa statutaria impugnata nei termini sopra precisati e di inibirne la promulgazione.

Si esibiranno la predetta deliberazione ed estratto della deliberazione del Consiglio dei Ministri 28 agosto 2003.

Roma, 3 settembre 2003 - *Vice Avvocato Generale dello Stato: Ignazio Francesco Caramazza*».

**Avvocatura Generale dello Stato – Corte Costituzionale – Memoria per il Presidente del Consiglio dei Ministri (cont. 31199/03, avv. Stato I. F. Caramazza) c/ Regione Calabria (Avv. B. Caravita di Toritto, Avv. M. Sanino).**

*Illegittimità costituzionale dello Statuto della Regione Calabria approvato dal Consiglio Regionale in prima deliberazione il 13 maggio 2003, in seconda deliberazione il 31 luglio 2003 e pubblicato nel supplemento straordinario del B.U.R. n. 4 del 6 agosto 2003, giusta delibera del Consiglio dei Ministri 28 agosto 2003, con riguardo agli articoli 33, 38 comma 1 lettere (a) ed (e); 34 e 43 comma 2; 50 comma 5 e 51.*

«Con ricorso in data 3 settembre 2003 il Presidente del Consiglio dei Ministri ha impugnato lo Statuto in epigrafe, denunciandone una serie di norme ai sensi dell'art. 123, 2° comma della Costituzione. Si è costituita la Regione Calabria difendendo la legittimità costituzionale di tutte le norme denunciate con articolate argomentazioni.

Ad illustrazione delle ragioni del ricorrente si osserva quanto appresso.

*1. – Sul primo motivo di ricorso.*

La difesa dello Stato, con il motivo in epigrafe che – numerazione a parte – costituisce l'elemento fondante del ricorso, ha denunciato l'illegittimità dell'art. 33 dello Statuto della Regione Calabria in quanto tale norma, dopo aver disciplinato una forma di elezione del Presidente a suffragio universale e diretto (forma che comporta, per dettato costituzionale, un vincolo assoluto di interdipendenza fra Presidente, Giunta e Consiglio espresso dal principio «*simul stabunt, simul cadent*») non ha però previsto le necessarie dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio regionale in caso di sfiducia, rimozione, impedimento permanente, morte o dimissioni volontarie del Presidente sostituendo a tale conseguenza, costituzionalmente necessitata, il subentro del Vice Presidente al Presidente.

1.1. – La Regione Calabria, nel costituirsi, ha dedotto la piena legittimità dell'operare del legislatore statutario, in quanto il sistema di elezione del Presidente e del Vice Presidente previsto dallo Statuto sarebbe diverso da quello del suffragio universale e diretto.

Infatti l'elezione sarebbe non diretta ma «filtrata» da una successiva elezione consiliare, che contemplerebbe non solo la scelta del nominando ma anche l'approvazione del programma di governo.

Il rapporto fiduciario si instaurerebbe quindi non già fra Presidente e corpo elettorale ma fra Presidente e Consiglio in funzione di un programma elettorale.

1.2. – Tale tesi appare inaccettabile innanzitutto sul piano della esegesi letterale della normativa in esame. In tal senso, depongono sia il dato estrinseco (il Presidente viene indicato nella scheda elettorale e votato contestualmente con gli altri componenti del Consiglio, che lo «*nomina*» e non lo «*elegge*»: art. 32), sia il dato intrinseco (il Consiglio deve «*nominare*» il Presidente indicato e risultato vincitore, pena l'automatico suo scioglimento: non è quindi libero di scegliere, salva ogni responsabilità politica). Un siffatto obbligo al Consiglio non può che derivare dalla investitura popolare del Presidente (espressamente citata al comma 2 dell'art. 33), sia pure sottoposta alla particolare modalità (*non della proclamazione da parte dell'Ufficio elettorale ma della nomina vincolata* da parte del Consiglio. Ma poiché questo non può scegliere diversamente, è evidente che la scelta è considerata come già fatta da parte del Corpo elettorale: trattasi perciò di una investitura diretta.



La norma statutaria inoltre contrasta, a tacer d'altro, con l'art. 121 Cost. che non contempla tra gli organi della Regione la figura del Vice Presidente e con l'art. 122 che non prevede la elezione diretta di quest'ultimo ma solo quella del Presidente. Né va trascurato il contrasto con l'art. 126 Cost. perché attribuisce al Vice Presidente il potere di determinare lo scioglimento del Consiglio, (dimettendosi) in difetto di qualsiasi previsione costituzionale. Nemmeno è esatto, poi, sostenere – come si fa *ex adverso* – che la nomina derivi dal Consiglio regionale (e sarebbe quindi una elezione indiretta), in quanto il Consiglio pur chiamato ad un compito di grande importanza e delicatezza, quale la nomina del Presidente della Giunta Regionale, non ha alcun potere decisionale, dovendo necessariamente nominare quello indicato e risultato vincitore alle elezioni (l'alternativa, essendo sanzionata con lo scioglimento, non è facoltà legittima ma integrerebbe una vera e propria ribellione rispetto alla volontà popolare e all'ordinamento).

Né appare un correttivo adeguato (come però sostenuto nella memoria di costituzione) il fatto che il candidato Presidente sia eletto in una con la discussione e l'approvazione del programma dato che – al contrario – la norma (art. 33, comma 2) prevede prima la nomina del Presidente e del Vice Presidente, sulla base dell'investitura popolare, e poi l'approvazione della mozione sul programma di governo da essi presentato in Consiglio e che solo la mancata nomina comporti lo scioglimento del Consiglio.

Se fosse vero che il Consiglio può valutare effettivamente il programma del Presidente, dovrebbe essergli possibile esprimersi sullo stesso senza incorrere, in caso di disapprovazione, nello scioglimento. Il che non è. Risulta quindi dimostrato per altra via che si è, nella specie, in presenza di una elezione diretta, che come tale non può essere in alcun modo contraddetta dal Consiglio.

In definitiva e per concludere sul punto, sembra pacifico che «elezione a suffragio universale e diretto» altro non possa significare che scelta di un candidato nominativamente indicato ad opera dell'intero corpo elettorale all'uopo consultato.

Il che nella specie sicuramente si verifica a nulla rilevando che fra l'elezione (scelta) e l'insediamento si frapponga un provvedimento di investitura (la nomina ad opera del Consiglio) che non ha alcuno spessore eccedente quello della mera ratifica notarile ed effettivamente analogo ad una proclamazione.

1.3. – Ancor meno accettabile appare, poi, la tesi regionale quando, dal piano dell'esegesi letterale, si passi a quello dell'esegesi logica, storica e sistematica.

È ben noto come il Paese abbia attraversato, nei primi anni novanta, una profonda crisi politico - istituzionale, interpretata da molti come reazione all'exasperato pluripartitismo ed alla conseguente instabilità delle maggioranze e quindi degli esecutivi, tanto a livello centrale quanto a livello di autonomie.

Di qui l'esigenza di rafforzamento degli esecutivi attraverso l'introduzione del principio «*simul stabunt, simul cadent*» già operante dal 1993 per Province e Comuni e dal 1999 per le Regioni (BARTOLE, BIN, FALCON, TOSI, *Diritto regionale dopo la riforma*, 2003, 75 ss.), il cui Presidente, da allora (non a caso) nel lessico corrente ha assunto il titolo di «Governatore».

Nell'impossibilità, quanto meno nei tempi brevi, di passare da un pluripartitismo esasperato al bipartitismo, il Paese si è avviato quindi decisamente, come appare evidente, verso la via del bipolarismo ed uno degli strumenti elettivamente adottati – *de facto o de iure* – è quello del vincolo gravante sulle due coalizioni contrapposte di designare il leader di governo nel momento del voto, con conseguente conferimento all'elettore di un potere sostanziale di scelta della formula politica (e del suo programma) e del leader chiamato ad incarnarla (A. RUGGERI, *Elezione del Presidente e forma di governo regionale fra politica e diritto in Federalismi it.*, *Rivista telematica*, numero 9/2003).

Tale strumento è stato normativamente adottato dalla riforma costituzionale di cui si discute e che lo Statuto impugnato ha tentato di eludere con una norma che, solo adottando un metro assolutamente formalistico, potrebbe ritenersi non configurare un sistema di elezione a suffragio universale e diretto.

Peraltro, come risulta a tutte lettere della sentenza di codesta Corte n. 304/2002, la natura diretta o meno del meccanismo elettorale del Presidente deve essere individuata sulla base di criteri sostanzialistici e non meramente formali. Che così sia e che così non potrebbe altrimenti essere è provato, d'altronde, dalle aberrazioni cui condurrebbe l'opposta tesi, fatta propria dalla regione.

Ove, infatti aderendo a tale tesi, si ritenesse legittima la norma statutaria di cui qui si discute, si depotenzierebbe il Presidente «togliendogli il decisivo deterrente dello scioglimento e spingendolo così «a galleggiare in una stabilità inefficiente o, prima o poi, dimettersi mentre alle sue spalle e già pronto il suo rivale istituzionale, non il Capo dell'Opposizione, come nei Paesi normali, ma il suo Vice-Presidente che disporrebbe invece di quel potere. Peraltro di Presidenti solo indicati e poi "ribaltati" e già piena la storia» (S. CECANTI, *Le forme di Governo regionale oggi in Federalismi.it*, n. 10/2003).

Si frustrerebbe cioè lo scopo politico-istituzionale di stabilizzazione dell'Esecutivo voluto dal legislatore costituzionale per correggere i difetti causati dal pluripartitismo e dalla endemica instabilità dei governi: instabilità indotta più da conflitti interni delle coalizioni di maggioranza che dalla forza dell'opposizione.

1.4. – In via subordinata la difesa della Regione, per l'eventualità che codesta Corte ritenesse che l'art. 33 dello Statuto abbia introdotto una elezione del Presidente a suffragio universale e diretto, chiede che codesta Corte sollevi di fronte a se stessa questione di legittimità costituzionale dell'art. 126 comma 3° Costituzione per violazione degli artt. 3, 97, 123 92 e 94 Costituzione per aver operato una scelta irragionevole e contraria ai principi del parlamentarismo.

La questione appare in parte inammissibile ed in parte manifestamente infondata.

Se è vero, infatti, che anche le leggi di revisione costituzionale sono soggette al sindacato della Corte, vero è anche che tale sindacato deve prendere a parametro non già qualsivoglia norma costituzionale, ma solo quelle che esprimono i «principi supremi dell'ordinamento costituzionale», che sono contenuti, tradizionalmente, nella parte prima della Costituzione.

Orbene, rispetto ai parametri indicati da controparte solo il principio di ragionevolezza è contenuto nella prima parte della Costituzione ed è agevole rispondere che non solo esso non risulta violato dalla normativa in esame ma addirittura che, atteso il fine di stabilizzazione politica perseguito, la «incarnazione» di una formula di coalizione politica in un leader con congiunzione indissolubile di sorti (A. RUGGERI, *op. cit.*) appare mezzo perfettamente congruente con il fine.

Il confronto con gli altri parametri invocati appare, poi, come già detto, inammissibile – attesa la loro equiordinazione alla norma scrutinanda nella gerarchia delle fonti. *Ad abundantiam* si osserva comunque che il richiamo all'art 97 della Costituzione appare quanto mai vago e generico, mentre quello agli artt. 92 e 94 appare fuor di luogo in quanto il «governatorato» regionale appare ispirato assai più al presidenzialismo che al parlamentarismo (F. CUOCOLO, *Le nuove potestà statutarie regionali*, in *Quaderni costituzionali* 2/2003). D'altronde è stato acutamente detto in proposito che «mutato il contesto, per quanto non si sia ancora – come si diceva – approdati ad un sistema di partiti dotato di una sua chiara fisionomia e stabilità, e riconoscendosi agli elettori un potere sostanziale di scelta della formula politica e del leader chiamato ad incarnarla, la stanca riproposizione della vecchia lettura dell'art. 94 entrerebbe fatalmente in rotta di collisione col valore democratico, nella sua più elementare accezione e forma di invernamento». (A. RUGGERI, *op. cit.*).

2. – *Sugli ulteriori motivi di ricorso.*

2.1. – Con il secondo motivo di ricorso è stata impugnata la norma statutaria che vincola tassativamente la legge elettorale regionale emananda.

Tale censura si ribadisce, in quanto con le norme censurate il legislatore statutario regionale invade – alternativamente o cumulativamente – sia la competenza statale in materia di definizione dei principi fondamentali sia quella consiliare, in quanto il Consiglio è titolare di una vera e propria potestà riservata. Con la sentenza n. 196/2003, codesta Corte ha, infatti, puntualmente delineato come in materia elettorale regionale occorra distinguere fra competenze statali, statutarie regionali e consiliari regionali, riservando alla legge statale la posizione dei principi fondamentali ed al Consiglio regionale il sistema di elezione regionale, e conferendo alla *potestà statutaria soltanto quelle norme in materia di organi elettivi che costituiscono parte della disciplina della forma di governo regionale* (così come accade per la *prorogatio* degli organi elettivi regionali).

La norma impugnata, non costituendo parte della disciplina della forma di governo regionale, viola, quindi, all'evidenza, la riserva di legge regionale.

2.2. – In ordine al terzo motivo di ricorso la difesa dello Stato, vista la sentenza di codesta Corte n. 313 del 21 ottobre 2003 non può che rispettosamente prenderne atto.

2.3. – In ordine al quarto motivo di ricorso, relativo alla disciplina contrattuale dei dirigenti, del quale controparte stessa sembra implicitamente riconoscere la fondatezza, quando afferma che la «privatizzazione» del pubblico impiego inserisce la materia nell'ordinamento civile, sembrerà sufficiente ricordare come la recentissima sentenza di codesta Corte n. 314/2003 rafforzi la tesi del ricorrente.

Con detta sentenza codesta Corte ha, infatti, affermato che la disciplina dei rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze di amministrazioni pubbliche mediante contrattazione collettiva è norma fondamentale di riforma economico-sociale della Repubblica.

Tanto include definitivamente la materia nell'ordinamento civile.

2.4. – Sul quinto motivo di ricorso la difesa dello Stato non può che insistere nella prospettazione già formulata. Se è vero, infatti, che la norma statutaria impugnata è in parte meramente riproductiva del dettato costituzionale, vero è anche che l'art. 123 della Costituzione delimita rigorosamente le materie che formano legittimo oggetto della potestà di regolazione statutaria e fra di esse non vi è la imposizione tributaria.

Ciò non significa, certo, che la Regione non abbia autonomia finanziaria: detta autonomia è espressamente sancita e regolata dalla Costituzione con disposizioni che non sembrano però lasciare margini all'intervento di una potestà statutaria.

I poteri regionali in materia andranno quindi esercitati nel rispetto dei principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario di cui all'art. 119 Costituzione (e che sono in corso di elaborazione da parte dell'Alta Commissione di studio prevista dall'art. 3 della legge finanziaria 2003 n. 289 del 2002).

Da ultimo, e per replicare ad una avversa confutazione, sembrano ininfluenti in proposito le disposizioni della legge statale 131/2003, che sarebbe in sintonia con l'ultimo comma dell'art. 51 dello Statuto.

Tale ultima norma (così come quella più sopra citata) attiene indubbiamente a profili organizzativo - funzionali della Regione ma non vale certo a legittimare il precedente dettato dell'art. 51 dello Statuto che regola invece – inammissibilmente – l'autonomia finanziaria della Regione stessa.

Per tutte le suestposte ragioni, richiamato quanto dedotto nel ricorso, si insiste per l'accoglimento delle conclusioni ivi precisate.

Roma, 11 novembre 2003 – *Vice Avvocato Generale dello Stato: Ignazio Francesco Caramazza*».

**Corte Costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 2** – Pres. R. Chieppa – Red. U. De Siervo – Regione Calabria (Avv.ti V. Cerulli Irelli e B. Caravita di Toritto) c/ Presidente del Consiglio dei Ministri (cont. 31199/03, avv. Stato I. F. Caramazza).

«(omissis) Considerato in diritto 1. – Il Governo ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 33; 34, comma 1, lettera i); 38, comma 1, lettere a) ed e); 43, comma 2; 50, comma 5 e 51 dello statuto della Regione Calabria, approvato in prima deliberazione il 13 maggio 2003 e, in seconda deliberazione, il 31 luglio 2003, in riferimento agli artt. 117, secondo comma, lettera l); 121, 122, 123, primo comma e 126 della Costituzione, nonché al principio di separazione dei poteri.

L'art. 33 viene impugnato perché, disciplinando la elezione del Presidente e del Vice Presidente della Giunta da parte del corpo elettorale e la loro necessaria successiva designazione da parte del Consiglio regionale nella prima seduta, a meno di un automatico scioglimento del Consiglio stesso, nonché prevedendo che il Vice Presidente subentri nella carica al Presidente in caso di dimissioni volontarie, incompatibilità sopravvenuta, rimozione, impedimento permanente o morte, violerebbe gli artt. 122, ultimo comma, e 126, terzo comma, della Costituzione. Ciò in quanto, malgrado un meccanismo di elezione sostanzialmente a suffragio universale e diretto, si verrebbe ad eludere il principio *simul stabunt, simul cadent*, che è derogabile solo se a livello statutario si operi una scelta istituzionale diversa dalla elezione a suffragio universale e diretto.

Tale disposizione statutaria violerebbe, inoltre, l'art. 122, primo comma, della Costituzione, perché inciderebbe inevitabilmente sulla materia elettorale, riservata alla legge regionale, nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dal legislatore statale.

Gli artt. 34, comma 1, lettera *i*) e 43, comma 2, nell'attribuire l'esercizio della potestà regolamentare al Consiglio regionale nel caso dei regolamenti di attuazione o di integrazione in materie di legislazione esclusiva dello Stato da questo delegati alle Regioni, violerebbero l'art. 121 della Costituzione, che attribuirebbe l'esercizio del potere regolamentare della Regione alla Giunta regionale; sarebbe violato, inoltre, il principio della separazione dei poteri.

L'art. 38, comma 1, lettere *a*) ed *e*), disciplinando alcuni aspetti della materia elettorale, contrasterebbe con gli artt. 122, primo comma, e 123, primo comma, della Costituzione, in quanto violerebbe la riserva di legge regionale nella suddetta materia e, irrigidendo la disciplina della materia in questione, determinerebbe la sottrazione al corpo elettorale della possibilità di esprimersi mediante *referendum* su di essa.

L'art. 50, comma 5, viene impugnato perché, attribuendo alla potestà statutaria, legislativa e regolamentare della Regione la disciplina del regime contrattuale dei dirigenti regionali, violerebbe l'art. 117, secondo comma, lettera *l*), della Costituzione, che attribuisce alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia «ordinamento civile» a cui sarebbero riconducibili gli aspetti fondamentali del rapporto di lavoro privato e quindi anche dell'attuale rapporto di pubblico impiego, oltre che la disciplina del diritto sindacale.

L'art. 51, infine, viene censurato perché, disciplinando l'esercizio della potestà normativa tributaria della Regione, violerebbe l'art. 123, primo comma, della Costituzione, che non prevede tale materia tra quelle che possono costituire oggetto di disciplina da parte dello statuto regionale.

2. – La Regione Calabria si è ritualmente costituita in giudizio, sostenendo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza di tutte le censure prospettate nel ricorso. Inoltre, la resistente ha chiesto in subordine, nell'ipotesi in cui dovesse essere ritenuta fondata la prima censura proposta dal Governo ricorrente, che questa Corte sollevi dinanzi a sé questione di legittimità costituzionale dell'art. 126, terzo comma, della Costituzione, per violazione degli articoli 3, 97, 123, 92 e 94 della Costituzione e dei principi supremi che da tali disposizioni si deducono. Ciò perché la previsione dello scioglimento automatico del Consiglio regionale anche in relazione ad eventi che colpiscono accidentalmente la persona del Presidente della Giunta, quali la morte, l'impedimento permanente o le dimissioni volontarie non dovute ad una previa mozione di sfiducia, costituirebbe una scelta irragionevole ed in contrasto con il principio del parlamentarismo (desumibile dagli artt. 92 e 94 della Costituzione), dato che si impedirebbe alla maggioranza consiliare di portare ad attuazione il programma di governo, pur in assenza di rotture del rapporto fiduciario.

3. – La risoluzione delle susesposte questioni di costituzionalità rende opportuno premettere alcune considerazioni sull'ampiezza e sui limiti del potere statutario delle Regioni ad autonomia ordinaria dopo l'adozione del nuovo Titolo V della Costituzione, che ha fatto propria, ma anche integrato in un rinnovato contesto, la riforma costituzionale introdotta dalla legge cost. 22 novembre 1999, n. 1 (*Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni*). Ciò anche in considerazione del fatto che il presente giudizio riguarda la prima organica deliberazione legislativa regionale di adozione di uno statuto impugnata dallo Stato.

Questa Corte ha già chiarito in precedenti sentenze alcuni profili relativi alla fonte normativa statutaria, ora speciale legge regionale caratterizzata da una particolare procedura di adozione e di controllo (cfr. sentenza n. 304 del 2002) e meglio definita nella ampiezza delle materie ad essa riservate, indicate nel primo e nel terzo comma dell'art. 123 della Costituzione (la determinazione della «forma di governo» e dei «principi fondamentali di organizzazione e funzionamento», la disciplina dell'«esercizio del diritto di iniziativa e del *referendum* su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione», nonché «la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali»), la disciplina del Consiglio delle autonomie locali).

In questi ambiti la Regione dispone di un autonomo potere normativo per la configurazione di un ordinamento interno adeguato alle accresciute responsabilità delineate dal nuovo Titolo V della Costituzione ed alle attese di un'istituzione regionale decisamente migliorata sul piano della funzionalità e della sua stessa democraticità: dopo la riforma dell'art. 123

della Costituzione e la eliminazione della approvazione dello statuto regionale da parte del Parlamento, i limiti a questa rilevante autonomia normativa possono derivare solo da norme chiaramente deducibili dalla Costituzione, come questa Corte ha già avuto occasione di affermare allorché ha negato che essa sia comprimibile «in mancanza di una disciplina costituzionale chiaramente riconoscibile» o «tramite non controllabili inferenze e deduzioni da concetti generali, assunti a priori» (sentenza n. 313 del 2003).

Al tempo stesso, però, per ciò che riguarda il rapporto fra la potestà statutaria ed i suoi limiti, questa Corte ha chiarito che gli statuti regionali non solo, come tutte le norme giuridiche del nostro ordinamento, devono rispettare puntualmente «ogni disposizione della Costituzione», ma devono anche rispettarne lo spirito, in nome della pure costituzionalmente necessaria «armonia con la Costituzione» (sentenza n. 304 del 2002); ciò che, più recentemente, ha trovato conferma nell'affermazione che gli statuti «dovranno essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione» (sentenza n. 196 del 2003).

Da tali premesse la necessità di una lettura particolarmente attenta dei rapporti e dei confini fra le diverse aree normative affidate agli statuti o alle altre fonti legislative statali o regionali, senza presumere la soluzione del problema interpretativo sulla base della sola lettura di una singola disposizione costituzionale, tanto più ove essa utilizzi concetti che possono legittimamente giustificare interpretazioni tra loro non poco difformi a seconda del contesto in cui sono collocati.

4. – Sulla base di quanto detto, vanno anzitutto affrontati i diversi rilievi di costituzionalità sollevati nei riguardi dell'art. 33 della delibera legislativa di adozione dello statuto calabrese. Le censure prospettate dal ricorrente sono genericamente rivolte alla disposizione nel suo complesso; tuttavia, in considerazione delle motivazioni addotte nel ricorso, l'oggetto del giudizio cui è chiamata questa Corte può essere riferito ai commi 1, 2, 3, 4, 5, e 7 (quindi ne sono esclusi i commi 6 e 8).

Le censure sono fondate.

La legge costituzionale n. 1 del 1999 ha sostituito non solo l'art. 123 della Costituzione, ma ha mutato radicalmente gli artt. 121, 122 e 126 della Costituzione, in particolare prevedendo la elezione del Presidente della Regione «a suffragio universale e diretto» come soluzione prescritta «salvo che lo statuto regionale disponga diversamente», e imponendola (art. 5 della legge cost. n. 1 del 1999) come soluzione transitoria «fino alla data di entrata in vigore dei nuovi statuti regionali e delle nuove leggi elettorali ai sensi del primo comma dell'art. 122 della Costituzione».

L'esame dei lavori preparatori di questa legge costituzionale e la sua titolazione evidenziano con sicurezza la volontà, largamente espressa in sede parlamentare, di imporre tale scelta nella esplicita speranza di eliminare in tal modo la instabilità nella gestione politica delle Regioni e quindi di rafforzare il peso delle istituzioni regionali.

A tal fine la soluzione istituzionale prescelta è stata quella che lo stesso titolo della legge definisce «elezione diretta del Presidente della Giunta regionale», espressione ricorrente nel quinto comma dell'art. 122 della Costituzione e nel terzo comma dell'art. 126 della Costituzione, e poi sostanzialmente sviluppata nell'art. 5 della legge costituzionale n. 1 del 1999 come soluzione provvisoriamente vigente fino all'adozione dei nuovi statuti regionali e delle conseguenti leggi elettorali regionali.

Al di là delle molteplici e differenziate definizioni e classificazioni dottrinali in astratto possibili, specie sulla base della comparazione fra i diversi sistemi di selezione dei vertici degli organi di governo delle varie istituzioni, questa Corte ha già rilevato nella sentenza n. 304 del 2002 con riferimento all'art. 5 della legge costituzionale n. 1 del 1999, che «nella valutazione del legislatore costituzionale l'elezione del Presidente della Giunta è assimilabile, quanto a legittimazione popolare acquisita dall'eletto, ad una vera e propria elezione a suffragio diretto». Può inoltre aggiungersi che analogo sistema, anch'esso definito elezione «a suffragio universale e diretto» dall'art. 46 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*), è invero da tempo previsto dalla legislazione relativa all'elezione dei Sindaci e dei Presidenti delle Province (questa normativa come ben noto in realtà risale alla legge 25 marzo 1993, n. 81 recante «*Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consigliere comunale, del consigliere provinciale*»), e ha preceduto largamente la legge costituzionale n. 1 del 1999, rispetto alla quale anzi ha sicuramente costituito un importante modello di riferimento.

Mentre senza dubbio non equivale ad un sistema elettorale di tipo diretto ogni meccanismo elettorale di stabilizzazione delle maggioranze di governo o anche di mera indicazione come capolista nella scheda elettorale del massimo esponente politico della lista o dello schieramento politico, il sistema elettorale configurato dall'art. 5 della legge costituzionale n. 1 del 1999 disciplina certamente una forma di «elezione diretta del Presidente della Giunta regionale» (come appunto recita il titolo della legge costituzionale).

Ciò, in primo luogo, attraverso la previsione di una futura «normale» forma di governo espressa sinteticamente con le parole «Presidente eletto a suffragio universale e diretto» e caratterizzata dall'attribuzione ad esso di forti e tipici poteri per la gestione unitaria dell'indirizzo politico e amministrativo della Regione (nomina e revoca dei componenti della Giunta, potere di dimettersi facendo automaticamente sciogliere sia la Giunta che il Consiglio regionale); in secondo luogo, attraverso la analitica disciplina – in via transitoria, in stretto parallelismo e per la prima volta a livello regionale – di un tipo di elezione diretta del Presidente della Giunta, con la previsione dell'elezione del candidato che, inserito a capo di una lista elettorale, consegue il maggior numero dei voti a livello regionale e con il riconoscimento al Presidente eletto degli identici poteri previsti dagli articoli 122, quinto comma, e 126, terzo comma, della Costituzione.

Tale scelta per una radicale semplificazione del sistema politico a livello regionale e per la unificazione dello schieramento maggioritario intorno alla figura del Presidente della Giunta, pur imposta temporaneamente al sistema politico regionale ed anche indicata come «normale» possibilità di assetto istituzionale, può essere però legittimamente sostituita da altri modelli di organizzazione dei rapporti fra corpo elettorale, consiglieri regionali e Presidente della Giunta, che in sede di elaborazione statutaria possano essere considerati più idonei a meglio rappresentare le diverse realtà sociali e territoriali delle nostre regioni o anche più adatti per alcuni sistemi politici regionali. Peraltro, questa possibilità di optare per uno dei tanti possibili modelli diversi di forme di governo regionali non fondate sull'elezione diretta del Presidente della Giunta trova un limite del tutto evidente nella volontà del legislatore di revisione costituzionale di prevedere ipotesi di elezione diretta nel solo caso del Presidente della Giunta, al cui ruolo personale di mantenimento dell'unità dell'indirizzo politico e amministrativo si conferisce ampio credito, tanto da affidargli, come accennato, anche alcuni decisivi poteri politici.

Ciò sembra pienamente condiviso dalla stessa Regione Calabria, che infatti sostiene di aver fatto una scelta istituzionale diversa da quella della elezione a suffragio diretto del Presidente, fondamentalmente perché l'immissione nell'ufficio di Presidente (e di Vice Presidente) avverrebbe solo dopo il voto del Consiglio e solo in ragione di esso, mentre l'approvazione consiliare del programma di governo instaurerebbe tra Presidente della Giunta e Consiglio regionale un rapporto politico diverso rispetto a quello che consegue all'elezione a suffragio universale e diretto. Per tali ragioni la difesa della resistente giunge ad asserire che «lo statuto calabrese si muove (...) nell'ambito della forma di governo parlamentare con i correttivi che l'evoluzione recente del sistema politico italiano ha prodotto».

Peraltro, non può non notarsi che il sistema configurato nell'art. 33 del testo statutario appare invece caratterizzato da un meccanismo di elezione diretta del Presidente e del Vice Presidente della Giunta, del tutto analogo a quello disciplinato per il solo Presidente dall'art. 5 della legge cost. n. 1 del 1999, salva la diversità che la preposizione alla carica consegue non alla mera proclamazione dei risultati elettorali, ma alla «nomina» da parte del Consiglio regionale; questa diversità appare tuttavia essenzialmente formale se si considera che, ai sensi del secondo comma dell'art. 33, il Consiglio regionale procede «sulla base dell'investitura popolare espressa dagli elettori, nella sua prima seduta» e che «la mancata nomina del Presidente e del Vice Presidente indicati dal corpo elettorale comporta lo scioglimento del Consiglio regionale». Ciò porta a ritenere che il Consiglio regionale sia anche giuridicamente vincolato ad uniformarsi alla scelta compiuta dal corpo elettorale, a pena del suo stesso scioglimento.

Al tempo stesso, diversamente da quanto normalmente accade quando si conferisce un potere di nomina, per l'art. 33 nessun altro consigliere eletto può essere nominato Presidente o Vice Presidente: ciò conferma che ci si trova dinanzi ad un procedimento di elezione diretta del Presidente e del Vice Presidente, solo mascherato da una sorta di obbligatoria «presa d'atto» da parte del Consiglio regionale.

Non a caso, al Presidente «nominato» restano alcuni degli speciali poteri attribuiti dalla Costituzione al Presidente eletto (nomina e revoca dei componenti della Giunta, scioglimento del Consiglio regionale se viene adottata una mozione di sfiducia nei suoi riguardi), mentre gli vengono sottratti i poteri di produrre lo scioglimento del Consiglio nei casi in cui si verifichi la sua «rimozione, l'impedimento permanente, la morte o le dimissioni volontarie» (per citare l'elencazione di cui al terzo comma dell'art. 126 della Costituzione).

In particolare, l'eliminazione del potere presidenziale di fare eventualmente venir meno, tramite le proprie dimissioni, la permanenza in carica dello stesso Consiglio regionale, riduce radicalmente i suoi poteri di indirizzo, laddove il Vice Presidente, ne può disporre ove subentri nella presidenza. Ad ulteriore rafforzamento di quest'ultima figura, che appare tutt'altro che marginale nel testo statutario malgrado che non risulti fra gli organi regionali necessari di cui al primo comma dell'art. 121 della Costituzione, vi è inoltre da considerare che la «mozione sul programma di governo» (di cui al secondo comma dell'art. 33) è presentata al Consiglio regionale sia dal Presidente che dal Vice Presidente.

Se si aggiunge che nel sistema dello statuto calabrese deliberato dal Consiglio regionale il Presidente non può nemmeno porre autonomamente la questione di fiducia (così l'art. 34, comma 1, lettera *f*), dal momento che deve previamente conseguire il consenso della Giunta su questa iniziativa, ne emerge una figura politica dai poteri sostanzialmente ridotti rispetto a quelli attribuiti dalla Costituzione al Presidente «eletto a suffragio universale e diretto».

Sul punto può quindi concludersi che il sistema configurato dall'art. 33 della delibera legislativa concernente lo statuto calabrese consiste sostanzialmente nella elezione diretta del Presidente e del Vice Presidente, in violazione degli articoli 122, quinto comma, della Costituzione a causa dell'elezione diretta anche del Vice Presidente, e 126, terzo comma, della Costituzione, a causa della riduzione dei poteri del Presidente della Giunta eletto a suffragio universale e diretto. Al tempo stesso, il primo comma dell'art. 33, prescrivendo analiticamente che «i candidati alle cariche di Presidente e di Vice Presidente della Giunta regionale sono indicati sulla scheda elettorale e sono votati contestualmente agli altri componenti del Consiglio regionale», invade in modo palese l'area legislativa riservata dal primo comma dell'art. 122 della Cost. alla «legge della Regione nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica»; potrebbe anche aggiungersi che comunque è inesistente nella legislazione vigente un principio fondamentale che ammetta una duplice candidatura «a suffragio universale e diretto».

5. – La dichiarazione di illegittimità costituzionale, sotto i profili indicati, dell'art. 33, commi 1, 2, 3, 4, 5 e 7, della delibera legislativa in questione comporta che essa sia estesa, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, all'art. 15, all'art. 16, comma 2, lettere *a*) e *b*), nonché all'art. 38, comma 1, lettera *c*), della medesima delibera legislativa, che disciplinano alcune fasi ulteriori dei procedimenti di cui all'art. 33 o fanno esplicito riferimento agli istituti ivi previsti.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, infatti, la dichiarazione di illegittimità conseguenziale può essere applicata anche ai giudizi in via principale (sentenze n. 20 del 2000, n. 441 del 1994 e n. 34 del 1961), in quanto esprime un principio di diritto processuale che è valido per tutte le questioni di legittimità costituzionale previste dal Capo II della predetta legge n. 87, come si desume anche dalla dizione letterale del citato art. 27.

6. – Occorre affrontare, a questo punto, la richiesta, avanzata in via subordinata dalla Regione resistente, che questa Corte sollevi dinnanzi a sé la «questione di legittimità costituzionale dell'art. 126, comma 3, della Costituzione, per violazione degli articoli 3, 97, 123, 92 e 94 della Costituzione» e, in particolare, del principio del parlamentarismo che ne sarebbe deducibile, secondo il quale un'assemblea elettiva non potrebbe essere sciolta per eventi accidentali in permanenza del rapporto fiduciario.

La Regione sostiene la richiesta sulla base della nota giurisprudenza di questa Corte, che ha riconosciuto la possibilità di sottoporre a giudizio di costituzionalità anche leggi costituzionali che siano ritenute confliggenti con i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale (sentenza n. 1146 del 1988).

Non occorre in questa sede considerare che la Regione Calabria ha prospettato un dubbio di costituzionalità relativo ad una disposizione facente parte del testo costituzionale (l'art. 126, terzo comma), anziché della disposizione contenuta nell'art. 4 della legge costituzionale n. 1 del 1999, sostitutiva del testo precedente.

Peraltro, la questione che si chiede di sollevare risulta manifestamente infondata, dal momento che non solo la stessa forma di governo di tipo parlamentare non sembra costituire in quanto tale un principio organizzativo imm modificabile del sistema costituzionale statale, ma lo stesso titolo V della Costituzione prevede esplicitamente la possibilità di diverse forme di governo a livello regionale, per di più espressamente caratterizzandone quella in certa misura «normale», salva diversa volontà espressa tramite apposite disposizioni statutarie difformi, con l'elezione diretta del Presidente della Giunta. Di certo in sistemi istituzionali nei quali anche il vertice dell'esecutivo sia eletto direttamente dal corpo elettorale non sussiste il tradizionale rapporto fiduciario con il consiglio rappresentativo dell'intero corpo elettorale, tanto che in assetti istituzionali del genere appare tutt'altro che irragionevole che l'organo monocratico eletto disponga anche del potere di dimettersi trascinando con sé l'intero sistema delle istituzioni rappresentative, evidentemente ove valuti come irraggiungibile l'attuazione del programma di governo sulla cui base è stato eletto (e sicuramente una impegnativa scelta politica del genere non appare annoverabile fra gli «eventi accidentali», come invece asserisce la difesa regionale).

7. – Le censure di illegittimità costituzionale relative agli articoli 34, comma 1, lettera *i*), e 43, comma 2, sono infondate.

Questa Corte ha già avuto occasione di affermare che la mera abrogazione, ad opera dell'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1999, nel testo dell'art. 121 della Costituzione della precedente disposizione che attribuiva necessariamente l'esercizio della funzione regolamentare al Consiglio regionale – mentre non sono rinvenibili norme esplicite od anche implicite che limitino sul punto la discrezionalità statutaria – affida pienamente allo statuto la disciplina di tale funzione, che può essere anche alquanto articolata, a seconda delle diverse tipologie di fonti regolamentari (sentenze n. 313 e n. 324 del 2003).

Su questo piano l'art. 43 dello statuto calabrese disciplina diversi tipi di regolamenti regionali, per lo più attribuendone l'adozione alla Giunta, salvo appunto gli speciali regolamenti «di attuazione e di integrazione in materia di legislazione esclusiva» dello Stato che da questo siano stati delegati alle Regioni: attribuzione al Consiglio regionale che appare tutt'altro che irragionevole, in considerazione della probabile maggiore rilevanza di questa ipotetica normazione secondaria regionale di attuazione o integrazione della legislazione esclusiva statale (e ciò anche al di là della specifica particolare importanza dell'una o dell'altra materia).

8. – Le censure di illegittimità costituzionale relative all'art. 38, comma 1, lettere *a*) ed *e*), sono fondate.

Il primo comma dell'art. 122 della Costituzione determina, in parte esplicitamente ma in parte implicitamente, un complesso riparto della materia elettorale fra le diverse fonti normative statali e regionali.

Anzitutto dispone che la legge della Repubblica stabilisce i principi fondamentali in tema di «sistema di elezione» e di determinazione dei «casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale, nonché dei consiglieri regionali»; e sui medesimi temi viene al contempo riconosciuta una competenza del legislatore regionale per tutta la parte residua.

Inoltre, lo stesso primo comma dell'art. 122 prevede che la legge statale «stabilisce anche la durata degli organi elettivi» ed in questo caso sembra trattarsi di una competenza legislativa piena.

In questo quadro la fonte statutaria è chiamata a svolgere un ruolo necessariamente ridotto, seppur significativo: questa stessa Corte, ad esempio, ha riconosciuto che spetta allo statuto regionale «la disciplina della eventuale *prorogatio* degli organi elettivi regionali dopo la loro scadenza o scioglimento o dimissioni», in quanto istituto che «riguarda solo l'esercizio dei poteri nell'intervallo fra la scadenza, naturale o anticipata, di tale mandato, e l'entrata in carica del nuovo organo eletto» (sentenza n. 196 del 2003). Ma poi, più in generale, sono le scelte statutarie in tema di fonti normative (come, ad esempio, la prescrizione, inserita proprio nel primo comma dell'art. 38, che la legge elettorale regionale debba essere approvata a maggioranza assoluta) e di forma di governo regionale che possono indirettamente condizionare la legislazione elettorale regionale.

A questo proposito, peraltro, occorre prendere atto che non si può pretendere, in nome della competenza statutaria in tema di «forma di governo», di disciplinare la materia eletto-



rale tramite disposizioni statutarie, dal momento che il primo comma dell'art. 123 ed il primo comma dell'art. 122 sono disposizioni tra loro pariordinate: anche se sul piano concettuale può sostenersi che la determinazione della forma di governo può (o addirittura dovrebbe) comprendere la legislazione elettorale, occorre prendere atto che, invece, sul piano della Costituzione vigente, la potestà legislativa elettorale è stata attribuita ad organi ed a procedure diverse da quelli preposti alla adozione dello statuto regionale e che quindi lo statuto regionale non può disciplinare direttamente la materia elettorale o addirittura contraddire la disposizione costituzionale che prevede questa speciale competenza legislativa.

Anzi, il fatto che la legge statale è chiamata a determinare i principi fondamentali nelle materie di cui al primo comma dell'art. 122 della Costituzione inevitabilmente riduce la stessa possibilità della fonte statutaria di indirizzare l'esercizio della potestà legislativa regionale in queste stesse materie.

Sono quindi inammissibili norme statutarie che – come nella lettera *a*) del primo comma dell'art. 38 determinino direttamente, almeno in parte, il sistema di elezione che dovrà invece essere disciplinato dalla legge o che – come nella lettera *e*) del primo comma dell'art. 38 – determinino in modo diverso dal primo comma dell'art. 122 della Costituzione, sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo, quanto dovrà essere disciplinato dal legislatore regionale sulla base dei principi fondamentali stabiliti dal legislatore statale.

9. – La censura di illegittimità costituzionale relativa all'art. 50, comma 5, è infondata.

Il Presidente del Consiglio dei ministri impugna tale disposizione dello statuto solo «nella parte in cui attribuisce alla potestà statutaria, legislativa e regolamentare della Regione la disciplina del regime contrattuale dei dirigenti», poiché in tal modo riconoscerebbe alla Regione stessa competenze riservate allo Stato ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lettera *l*), della Costituzione (materia «ordinamento civile»), atteso che gli aspetti fondamentali del rapporto di lavoro privato e quindi del rapporto di lavoro pubblico, oltre che la disciplina del rapporto sindacale, rientrerebbero nella nozione di «diritto civile».

La Regione Calabria riconosce in modo espresso che sicuramente la disciplina sostanziale del rapporto di lavoro, quella contenuta nelle leggi civili, può essere attratta alla competenza legislativa dello Stato nell'ambito della materia «ordinamento civile»; peraltro, la resistente sostiene che andrebbe escluso che a questa materia siano riconducibili le procedure e le modalità della contrattazione collettiva, da ritenersi riservate all'autonomia degli enti direttamente interessati. In ogni caso – sempre secondo la resistente – già oggi parte della contrattazione collettiva si svolge in sede regionale ed in ambito locale. La norma statutaria si limiterebbe quindi a richiamare questa realtà, e cioè che la Regione disciplina con provvedimenti normativi il regime procedimentale della contrattazione con i propri dirigenti, ovviamente per la parte di sua competenza; ma anche se si affermasse la contrattazione a livello nazionale dei dirigenti regionali, «la norma manterrebbe la sua validità relativamente agli aspetti della disciplina contrattuale che restano affidati alla competenza regionale».

Una interpretazione del genere della disposizione statutaria deve essere considerata non implausibile e compatibile con la disciplina costituzionale, nonché con la stessa legislazione statale vigente in materia di ordinamento della dirigenza pubblica; se, infatti, la intervenuta privatizzazione e contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici vincola anche le Regioni (da ultimo, le sentenze n. 314 e n. 274 del 2003), le quali pur sono dotate, ai sensi del quarto comma dell'art. 117 della Costituzione, di poteri legislativi propri in tema di organizzazione amministrativa e di ordinamento del personale, deve rilevarsi che la stessa legislazione statale in materia di ordinamento della dirigenza non esclude una, seppur ridotta, competenza normativa regionale in materia, dal momento che anzi prevede espressamente che «le Regioni a statuto ordinario, nell'esercizio della propria potestà statutaria, legislativa e regolamentare (...) adeguano ai principi dell'art. 4 e del presente Capo i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità (...)» (art. 27, primo comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*).

10. – La censura di illegittimità costituzionale relativa all'art. 51 è infondata.

Il Presidente del Consiglio dei ministri impugna l'art. 51 dello statuto solo perché, «disciplinando la potestà normativa tributaria della Regione, statuisce su materie che non

rientrano tra quelle che l'art. 123 della Costituzione attribuisce agli statuti regionali, e che consistono nella forma di governo e nei principi fondamentali di organizzazione e funzionamento», e violerebbe l'art. 123, primo comma, della Costituzione.

Una tesi del genere, nella sua perentorietà, non può essere condivisa, dal momento che la riflessione dottrinale e la stessa giurisprudenza di questa Corte (cfr. ad esempio, sentenze n. 921 e n. 829 del 1988) riconoscono da tempo la legittimità dell'esistenza, accanto ai contenuti necessari degli statuti regionali, di altri possibili contenuti, sia che risultino ricognitivi delle funzioni e dei compiti della Regione, sia che indichino aree di prioritario intervento politico o legislativo (tra l'altro, non poche disposizioni del genere sono presenti nello statuto calabrese e non sono state impugnate); contenuti ulteriori dei quali semmai è opinabile la misura dell'efficacia giuridica (sentenza n. 171 del 1999).

Peraltro i riferimenti a tale potestà contenuti nell'art. 51 non vanno oltre una parafrasi di quanto contenuto nei commi secondo, terzo e quinto dell'art. 119, nonché nel comma primo dell'art. 120 della Costituzione.

*P.Q.M. la Corte Costituzionale dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, commi 1, 2, 3, 4, 5 e 7, dello statuto della Regione Calabria, approvato in prima deliberazione il 13 maggio 2003 e, in seconda deliberazione, il 31 luglio 2003;

*dichiara* ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dell'art. 15; dell'art. 16, comma 2, lettere *a*) e *b*), e dell'art. 38, comma 1, lettera *c*), del predetto statuto della Regione Calabria;

*dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 38, comma 1, lettere *a*) ed *e*), del predetto statuto della Regione Calabria;

*dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 34, comma 1, lettera *i*), e 43, comma 2, del citato statuto della Regione Calabria, sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'art. 121 della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe;

*dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 50, comma 5, del predetto statuto della Regione Calabria, sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *l*), della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe;

*dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 51 del citato statuto della Regione Calabria, sollevata dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'art. 123 della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe;

*dichiara* la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 126, terzo comma, della Costituzione, in riferimento agli artt. 3, 97, 123, 92 e 94 della Costituzione e, in particolare, al principio del parlamentarismo che ne sarebbe deducibile, che la Regione Calabria ha chiesto a questa Corte di sollevare dinnanzi a sé con la memoria di costituzione in giudizio.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 18 dicembre 2003».

## Effetti del provvedimento di fermo amministrativo ed esigibilità della pretesa creditoria nel giudizio ordinario

(Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 21 maggio 2003 n. 7945)

Con sentenza 7945/03 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno deciso il ricorso proposto dall'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato contro I. s.r.l. ed Ente Tabacchi Italiani s.p.a., con pronuncia di rigetto.

I giudici di merito, sia in primo che in secondo grado, negavano effetto nei rispettivi giudizi al provvedimento di fermo disposto dall'Amministrazione a ragione di credito verso l'avente diritto a somme dovute dalla stessa.

La Corte d'Appello di Napoli, in particolare, con sentenza 2686/00 statuiva la non incidenza del fermo sul diritto del privato alla azionabilità ed esigibilità della pretesa creditoria dinanzi al giudice ordinario e, unitamente, considerava irrilevante e privo di effetto il provvedimento non opposto in compensazione, non avendo l'Amministrazione agito in riconvenzionale per far valere il suo credito.

Sul presupposto della natura cautelare del provvedimento di fermo, la Corte d'Appello giudicava gli effetti provvedimenti funzionali all'accertamento del credito, assumendo la strumentalità e, sembrerebbe, la prodromicità del fermo al giudizio ordinario di accertamento del credito come *condicio sine qua non* della sua legittimità.

Per tale, non avendo l'Amministrazione chiesto l'accertamento del proprio credito, né con azione autonoma né nel giudizio proposto dal creditore, la Corte disapplicava il provvedimento ed accoglieva la richiesta di condanna al pagamento del credito della controparte.

Con ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione, codesta Avvocatura censurava la sentenza della Corte d'Appello di Napoli per vizi attinenti alla giurisdizione (nonché per difetto di interesse ad agire) sostenendo l'incidenza del fermo sulla azionabilità e sulla esigibilità del credito dinanzi al giudice ordinario, potendo il privato chiedere all'Amministrazione la revoca del provvedimento e, avverso eventuale rifiuto, adire il giudice amministrativo per ottenere che tale rifiuto sia dichiarato illegittimo.

La Suprema Corte ha confermato le statuizioni del giudice di merito, condividendone l'argomentazione. In particolare, ha affermato che il fermo «non impedisce al giudice del credito il pieno esercizio della giurisdizione sulla domanda del creditore dell'amministrazione», ma, al contrario, «onera questa di opporre l'eccezione di compensazione», argomentando tale conclusione in base al fatto che, per conservare gli effetti di una misura cautelare, la parte che ne profitta ha l'onere di agire in giudizio per far accertare l'esistenza della situazione soggettiva cautelata.

La sentenza delle Sezioni Unite, traendo origine dalla natura cautelare del potere e dagli effetti che ne derivano, ha quindi statuito che «l'amministrazione non può conservare gli effetti prodotti dall'esercizio del suo potere cautelare, se non spendendoli nel giudizio in cui viene richiesta dell'adempimento».

mento del proprio debito e perciò chiedendo l'accertamento e la liquidazione del suo credito in funzione della dichiarazione di estinzione del proprio debito».

*dott. Marco Fratini*

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 21 maggio 2003 n. 7945** – Pres. A. Grieco – Rel. P. Vittoria – P.M. R. Palmieri – Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (cont. 43302/01, avv. Stato C. Sica) c/I. s.r.l., Ente Tabacchi Italiani s.p.a. (avv. E. Soprano).

*Il fermo amministrativo, di cui all'art. 69, ultimo comma, del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, ha lo scopo di legittimare la sospensione, in via cautelare e provvisoria, del pagamento di un debito liquido ed esigibile da parte di un'amministrazione dello Stato, a salvaguardia della eventuale compensazione legale di esso, con un credito anche attualmente liquido ed esigibile, che la stessa od altra amministrazione statale, considerata nella sua unicità di soggetto di rapporti giuridici, pretenda di avere nei confronti del suo creditore; mentre nell'ordine degli effetti del provvedimento di fermo non rientra quello di impedire al giudice ordinario il pieno esercizio della propria giurisdizione sulla domanda del creditore dell'Amministrazione. Ne consegue che, per un verso, è consentito al creditore di agire per l'accertamento negativo del credito vantato dall'Amministrazione ed oggetto del provvedimento di fermo; per l'altro verso, l'Amministrazione Pubblica statale, convenuta in giudizio per l'adempimento del proprio debito, ove voglia conservare gli effetti prodotti dall'esercizio del suo potere cautelare, ha l'onere di chiedere l'accertamento e la liquidazione del suo credito in funzione della dichiarazione di estinzione del proprio debito, così affidando alle regole del processo, davanti al giudice cui domanda ed eccezione sono state proposte, l'applicazione della disciplina sostanziale della compensazione, quale risultante dall'avenuto esercizio del provvedimento di fermo.*

«(omissis) *Motivi della decisione* 1.- Il ricorso principale e quello incidentale hanno dato luogo a distinti procedimenti che debbono essere riuniti di ufficio.

Riguardano impugnazioni proposte contro la stessa sentenza (art. 335 cod. proc. civ.).  
2. – Il ricorso principale contiene quattro motivi.

Ne vengono presi in considerazione, oltre al primo ed al secondo, perché i vizi della sentenza vi sono stati appunto prospettati come attinenti alla giurisdizione, il quarto, in cui la stessa problematica è riproposta sotto l'aspetto del difetto di interesse ad agire.

2.1. – Col primo mezzo, l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato chiede che la sentenza sia cassata per motivi attinenti alla giurisdizione (art. 360 n. 1 cod. proc. civ., in relazione all'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E ed all'art. 69 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440).

La tesi che sostiene è questa.

In presenza di un provvedimento di fermo, chi avrebbe avuto diritto al pagamento non può proporre una domanda che condanni l'amministrazione debitrice al pagamento della relativa somma.

Invero, la condanna, siccome comporta per chi la subisce l'obbligo di adempiervi e può essere realizzata coattivamente, toglie effetto al fermo e ne provoca così un sostanziale annullamento.

I giudici di merito hanno ritenuto di poter disapplicare il fermo, perché lo hanno ritenuto illegittimo, meglio perché hanno ritenuto che lo fosse divenuto, ma il giudice non può disapplicare un atto amministrativo se gli effetti che esso è volto a produrre incidono appunto sulla protezione dell'interesse del privato come diritto.

2.1.1. – La I. contrappone questi argomenti alla tesi svolta nel ricorso.

Il fermo non riguarda il momento della esistenza del credito, il cui accertamento spetta al giudice ordinario, al quale il titolare del credito può dunque rivolgere la relativa domanda, non solo di accertamento, ma anche di condanna.

Infatti, se al fermo si attribuisce l'effetto di paralizzare l'eseguibilità della condanna, ciò non significa che la parte, per ottenere la condanna, debba attendere che il provvedimento sia rimosso, significa solo che la condanna, pur ottenuta, diverrà eseguibile quando verranno meno gli effetti del fermo.

Se poi il fermo è opposto nel giudizio promosso con la domanda di condanna, il giudice ordinario avrà il potere di dichiarare il fermo privo di effetti, se ritenga il provvedimento illegittimo.

2.2. — Anche il secondo dei motivi per cui è chiesta la cassazione della sentenza attiene alla giurisdizione (art. 360 n. 1 cod. proc. civ., in relazione all'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, all'art. 69 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, all'art. 24 Cost. ed alle norme del codice civile in tema di prescrizione e decadenza).

La ricorrente osserva che, se la pubblica amministrazione non agisce per l'accertamento del suo credito e mantiene il fermo, la parte le può chiedere di revocarlo e contro il rifiuto può agire davanti al giudice amministrativo per ottenere che tale rifiuto sia dichiarato illegittimo.

I giudici di merito, statuendo che il provvedimento di fermo perde effetti se l'amministrazione non agisce per far valere il proprio credito, non hanno solo violato l'art. 69 del R.D. 2440 del 1923, costruito una prescrizione od una decadenza che il codice civile non prevede e posto così la pubblica amministrazione in posizione peggiore rispetto al privato, ma hanno anche spostato dal giudice amministrativo a quello ordinario la giurisdizione a proposito della valutazione circa la opportunità di mantenere il fermo.

2.2.1. — Obietta la resistente che, se nel giudizio di condanna, promosso dal creditore, la P.A. tenuta al pagamento pretende di trarre dal provvedimento di fermo una eccezione per cui la condanna non potrebbe essere pronunciata, il giudice ordinario non compie un sindacato sulla legittimità del provvedimento di fermo, se gli nega tali effetti, si limita ad accertare quali sono secondo la legge gli effetti del provvedimento in relazione alla domanda.

Aggiunge che la decisione della Corte d'appello è conforme a diritto anche nel merito, perché il fermo è una misura di natura cautelare e ad una tale misura, tanto più in quanto è adottata dallo stesso debitore, è logico riferire il principio sistematico, secondo il quale la parte, che profitta di una misura cautelare, ha l'onere di provocare l'accertamento sul merito della situazione soggettiva cautelata, di cui si afferma titolare.

2.3. — Con il quarto motivo, la ricorrente chiede che la sentenza sia cassata per il vizio di violazione di norme sul procedimento (art. 360 n. 4 cod. proc. civ., in relazione agli artt. 100 e 275 e ss. dello stesso codice).

Davanti al giudice di secondo grado gli appellanti avevano sostenuto che si doveva negare alla I. l'interesse ad agire in giudizio, perché il suo credito non era contestato e d'altra parte non poteva ottenere una sentenza di condanna.

La Corte d'appello ha considerato che, esclusa la possibilità del giudice ordinario di emettere solo sentenza dichiarativa e potendosi d'altra parte emettere sentenza di condanna, l'interesse ad agire sussisteva.

La ricorrente osserva che, dato il fermo, non poteva essere pronunciata condanna, in quanto effetto del fermo è paralizzare la esigibilità del credito, mentre una pronuncia dichiarativa in linea di principio poteva essere emessa, ma mancava in concreto l'interesse a chiederla, perché il credito non era contestato.

2.3.1. — Secondo la resistente, invece, l'interesse ad agire esisteva sotto diversi profili.

In primo luogo, sino alla notifica del decreto d'ingiunzione, non era stato ancora disposto alcun pagamento; in secondo luogo, la temporanea inesigibilità del credito oggetto di fermo non esclude per la parte che ne è titolare l'interesse a chiederne un accertamento positivo.

3. — La resistente, nel corpo del controricorso ed a sostegno del suo ricorso incidentale condizionato, svolge due argomenti.

Essa aveva opposto davanti alla Corte d'appello una eccezione di giudicato interno.

Ciò sulla base della seguente tesi.

L'Amministrazione dei monopoli, nel costituirsi in giudizio, in primo grado, non aveva sostenuto che la I. non avesse svolto il servizio e che per questo non avesse diritto al corri-

spettivo. S'era limitata a richiamare gli effetti del provvedimento di fermo, senza però dedurre in compensazione il proprio credito e chiederne l'accertamento e in appello aveva riproposto solo la prima difesa, sul piano del difetto di giurisdizione.

Per questo, sul credito della I. s'era formato il giudicato.

Aggiunge che in ogni caso il provvedimento di fermo può essere adottato solo per un credito certo dell'amministrazione che lo dispone e ne può essere oggetto solo il credito di un'altra amministrazione, sicché il provvedimento era illegittimo ed andava disapplicato.

4. – La Corte osserva, pregiudizialmente, che l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, che è stata parte del giudizio in primo grado e secondo grado, è legittimata a proporre ricorso per cassazione.

Nel corso del giudizio di primo grado è stato bensì istituito l'Ente tabacchi italiani (art. 1.1. D. Lgs. 9 luglio 1998, n. 283), con il compito di svolgere le attività produttive e commerciali già riservate o attribuite all'Amministrazione dei monopoli (art. 1.2.), ed esso le è subentrato nei rapporti attivi e passivi afferenti a tali attività (art. 3).

Siccome, però, l'Amministrazione dei monopoli non è stata soppressa, il fenomeno successorio, nei suoi riflessi processuali, si inquadra nell'art. 111 cod. proc. civ.

Ne segue che essa ha conservato la qualità di parte del processo.

5. – Rispetto alle questioni poste dal ricorso principale, è ancora pregiudiziale quella di giudicato interno, sollevata bensì nel ricorso incidentale condizionato, ma che comunque appartiene all'area delle questioni rilevabili di ufficio, siccome su di essa non c'è stata in appello alcuna pronuncia.

La questione non è fondata.

La sentenza di primo grado è stata, infatti, impugnata dalla Amministrazione dei monopoli per difetto di interesse ad agire in rapporto alla domanda di accertamento e per difetto di giurisdizione in rapporto alla domanda di condanna e ambedue le censure sono state riproposte contro la sentenza di secondo grado.

Ciò esclude che si possa essere formato sin qui un giudicato sul credito della I. e, soprattutto, sulla inesistenza del credito di risarcimento dall'Amministrazione dei monopoli.

Si aggiunga, a quest'ultimo riguardo, che è stato confermato, dalla Corte d'appello, il capo della sentenza di primo grado che aveva dichiarato inammissibile, perché tardiva, la domanda di accertamento negativo di tale credito, proposta dalla I.

Punto questo della sentenza che non ha costituito oggetto di impugnazione.

Si aggiunga, ancora, che, secondo la decisione resa dalla Corte d'appello, la pubblica amministrazione, se non chiede l'accertamento del proprio credito in pendenza della domanda di condanna proposta dall'altra parte, non si può più giovare degli effetti del fermo e, quindi, non può paralizzare l'altrui azione esecutiva fondata sulla condanna, ma non per questo le è precluso di far valere in modo autonomo il proprio credito.

Ed anche questo punto della sentenza non ha costituito oggetto di impugnazione.

6. – La seconda delle questioni poste con il ricorso incidentale, che pure rientra tra quelle attinenti alla giurisdizione, presenta anch'essa da un punto di vista logico carattere pregiudiziale.

La Corte ritiene sia anch'essa priva di fondamento.

È però conveniente esporne le ragioni dopo che saranno stati esaminati i motivi di ricorso principale, i quali investono l'intera conformazione dell'istituto nei suoi rapporti con la giurisdizione.

7. – L'art. 69, ultimo comma, del R.D. 18 novembre 1923, n. 2240 dispone che qualora un'amministrazione dello Stato, che abbia, a qualsiasi titolo, ragione di credito verso aventi diritto a somme dovute da altre amministrazioni, richieda la sospensione del pagamento, questa deve essere eseguita in attesa del provvedimento definitivo.

La Corte costituzionale, nella sentenza 19 aprile 1972 n. 67, dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale della norma, in riferimento agli artt. 3, 25 comma 1, e 102 primo comma Cost., osservò che il cosiddetto fermo amministrativo, disciplinato dall'art. 69, sesto comma, del R.D. del 1923, ha lo scopo di legittimare la sospensione del pagamento di un debito liquido ed esigibile da parte di un'amministrazione dello Stato, a salvaguardia della eventuale compensazione legale di esso, con un credito, anche se non attualmente liquido ed esigibile, che la stessa od altra amministrazione statale, considerata nella unicità di soggetto di rapporti giuridici, pretenda di avere nei confronti del suo creditore.

Aggiunge la Corte costituzionale che il fermo è disposto in via cautelare e fino alla pronuncia di un successivo provvedimento con cui lo si revochi ovvero si disponga che la somma dovuta dallo Stato al creditore venga ritenuta, nei limiti in cui opera la compensazione legale, a soddisfazione del credito erariale.

Da questa descrizione della portata della norma, assunta dalla Corte a base del vaglio di costituzionalità, si desume dunque che l'istituto del fermo amministrativo presenta questi tratti.

La pubblica amministrazione statale è dotata di un potere di natura cautelare, ordinato a rendere possibile la compensazione del proprio credito, con un credito liquido ed esigibile che un altro soggetto vanta verso di lei.

L'esercizio di tale potere produce un effetto che rifluisce sulla disciplina della compensazione, posta dal codice civile.

La disciplina della compensazione, quante volte il credito dello Stato non è a sua volta liquido, potrebbe non consentire allo Stato di utilizzare il proprio credito per estinguere il suo debito, costringendolo prima a pagare e poi, accertato e liquidato il credito, a recuperare quanto abbia pagato.

L'istituto del fermo ha perciò la funzione di far sì che il credito della pubblica amministrazione possa pervenire ad essere parimenti liquido, permettendo alla compensazione di operare.

La pubblica amministrazione deve far seguire al provvedimento di fermo quello con cui, accertatine i fatti costitutivi, liquida il suo credito, col risultato che il proprio debito possa essere dichiarato estinto per compensazione.

7.1. – Le questioni che la giurisprudenza di questa Corte si è trovata ad affrontare in materia di fermo si possono ricondurre a due nuclei.

Si è discusso del fermo come provvedimento amministrativo: per trarne la conseguenza che, annullato il provvedimento dal giudice amministrativo, la pubblica amministrazione debba rispondere della propria mora (Cass. 19 gennaio 1979 n. 391); per affermarne l'inesistenza giuridica, quante volte sia adottato in carenza di potere, con la conseguenza di affermare la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto il diritto al pagamento del credito (Sez. Un. 16 giugno 1984 n. 3611; 25 gennaio 1989 n. 423; 29 luglio 1998, n. 7414; 4 novembre 2002, n. 15382) ed il risarcimento del danno (Sez. Un. 25 gennaio 1989, n. 423).

In altri casi, ciò che è venuto in discussione è stata la possibilità che davanti al giudice ordinario si svolga un giudizio sulla domanda proposta dal privato per l'accertamento del credito, sebbene lo stesso sia stato investito da provvedimento di fermo: la soluzione affermativa è stata enunciata sotto il profilo della giurisdizione (Sez. Un. 25 marzo 1993, n. 3573; Cass. 29 marzo 2000, n. 3796) e sotto quello dei rapporti tra giudizio civile di condanna e giudizio amministrativo di annullamento, negandosi che il secondo rivesta il ruolo di causa pregiudiziale rispetto al primo (ancora, Cass. 29 marzo 2000, n. 3796).

Le questioni affrontate nella sentenza impugnata e riproposte nel motivo non appaiono essere dunque state sin qui esplicitamente affrontate.

7.2. – La soluzione che la Corte d'appello di Napoli ha dato della questione ad essa sottoposta si può riassumere nelle seguenti proposizioni.

Il creditore privato può agire per l'accertamento del proprio credito anche se fatto oggetto di provvedimento di fermo.

L'esistenza di questo consente alla pubblica amministrazione, purché chiedi l'accertamento del suo credito, di non essere condannata a pagare, se non quando e nei limiti in cui il proprio credito risulti non accertato, ma se la pubblica amministrazione non oppone in compensazione il suo credito, il provvedimento di fermo perde i suoi effetti e potrà essere pronunciata in suo confronto condanna al pagamento del credito del privato.

7.3. – Le sezioni unite condividono l'impostazione che risulta dalle proposizioni appena riportate che, del resto, rappresentano lo svolgimento di quanto già affermato nella precedente decisione del 1993.

7.4. – Se si torna a considerare la lettera della disposizione contenuta nel sesto comma dell'art. 69, si nota che, secondo la formula in essa impiegata, l'amministrazione dello Stato

richiesta da un'altra di sospendere il pagamento delle somme da essa dovute al creditore dello Stato, si deve attenere a tale ordine e, aggiunge la norma, vi si deve attenere in attesa del provvedimento definitivo.

Secondo l'interpretazione propugnata dalla Amministrazione dei monopoli ciò significa che il provvedimento di fermo non ha solo un effetto, imporre alla debitrice amministrazione dello Stato di non pagare, ma anche quello di riservare all'amministrazione che si afferma creditrice il potere di procedere all'accertamento dei fatti costitutivi del proprio credito ed alla sua liquidazione senza predeterminati vincoli temporali, sottraendo al giudice del credito il potere di compiere tale accertamento, mentre resterebbe possibile, da parte del giudice amministrativo, un accertamento circa la corretta valutazione delle ragioni che consentirebbero il perdurare del fermo, opposte dalla stessa amministrazione al suo creditore, che gliene abbia chiesta la revoca.

Questo secondo aspetto della ricostruzione proposta dalla amministrazione non appare condivisibile.

La formula della legge descrive la relazione tra le diverse articolazioni dell'amministrazione pubblica statale ed impone, a quella richiesta di sospendere il pagamento, di attendere ad eseguirlo, sino a quando non riceva il diverso ordine di disporlo o di dichiarare compensato e quindi estinto il debito con il credito accertato.

Ma da questa descrizione della relazione interna tra gli uffici della pubblica amministrazione statale non si può trarre la conseguenza che sia impedito al giudice che ha giurisdizione sui diversi crediti, quello del creditore dello Stato e quello dello Stato verso il suo creditore, di esercitarla.

Si è già osservato che lo scopo per cui il potere di fermo è attribuito alla pubblica amministrazione statale è di permetterle di estinguere il suo debito mediante il proprio credito, evitando di essere condannata a pagare perché il proprio credito non è ancora liquido.

Questo scopo si presta ad essere compiutamente realizzato senza impedire al giudice del credito il pieno esercizio della giurisdizione sulla domanda del creditore dell'amministrazione, sia consentendo allo stesso creditore di agire per l'accertamento negativo del credito vantato dall'amministrazione, sia onerando questa di opporre l'eccezione di compensazione ed affidando alle regole del processo, davanti al giudice cui domanda ed eccezione sono state proposte, l'applicazione della disciplina sostanziale della compensazione, quale risultante dall'avvenuto esercizio del provvedimento di fermo.

Negare al giudice od ai giudici dei contrapposti crediti il pieno esercizio della loro giurisdizione, in attesa del previo esercizio di un'attività di accertamento dell'amministrazione debitrice sul proprio credito, in riferimento a qualsiasi tipo di credito di cui possa essere soggetto passivo od attivo, sarebbe in contrasto con i principi in materia di giurisdizione condizionata elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, perché norme di questo tipo in tanto sono legittime in quanto rispondono a specifiche esigenze di più adeguate finalità di giustizia e di concrete esigenze di accertamento tecnico-amministrativo, che debbono poter essere apprezzate in relazione a individuati tipi di rapporti.

Per altro verso, imporre all'amministrazione pubblica statale, convenuta in giudizio per l'adempimento del proprio debito, di opporre in compensazione il suo credito, è conclusione che si argomenta agevolmente in base alla interpretazione sistematica ed in particolare al fatto che, per conservare gli effetti di una misura cautelare, la parte che ne profitta ha di norma l'onere di agire in giudizio per far accertare l'esistenza della situazione soggettiva cautelata.

Non si tratta quindi di imporre all'amministrazione termini di prescrizione o decadenza quanto all'esercizio del proprio credito, come è stato sostenuto nel ricorso.

Si tratta, bensì, di trarre dalla natura cautelare del potere e dagli effetti che ne derivano, effetti destinati ad esplicarsi sul piano della disciplina della compensazione, che l'amministrazione non possa conservare gli effetti prodotti dall'esercizio del suo potere cautelare, se non spendendoli nel giudizio in cui viene richiesta dell'adempimento del proprio debito e perciò chiedendo l'accertamento e liquidazione del suo credito in funzione della dichiarazione di estinzione del proprio debito.

7.5. – Affermare che l'amministrazione pubblica statale, convenuta in giudizio dal suo creditore, deve eccepire in compensazione il proprio credito, altrimenti gli effetti del provve-



dimento di fermo restano definitivamente elisi e il giudice può pronunciare sul credito sentenza di condanna, non significa, d'altro canto produrre lo stesso effetto di un annullamento del provvedimento di fermo né esercitare su tale provvedimento alcun sindacato.

Significa, invece, constatare che nell'ordine degli effetti propri del provvedimento di fermo non rientra quello per cui il giudice non possa esercitare la sua piena giurisdizione sul credito oggetto di fermo, ma solo quello per cui, se il credito cautelato dal fermo gli è opposto in compensazione, lo deve considerare alla stregua di un credito suscettibile di dar luogo a compensazione, anche se non si tratta di un credito liquido.

7.6. – La conclusione cui si è pervenuti non toglie d'altra parte al creditore, che voglia sperimentarla, la via della impugnazione del provvedimento di fermo o di quello di rifiuto a revocarlo.

Che, pure nel caso in cui la giurisdizione sui crediti è del giudice ordinario, tuttavia spetti al giudice amministrativo il sindacato sulla legittimità del provvedimento di fermo o del rifiuto di revocarlo, è conclusione implicitamente presupposta nei modi in cui la Corte ha dal canto suo esercitato i propri poteri in sede di ricorso avverso decisioni dei giudici amministrativi rese in tema di fermo.

L'annullamento del fermo è, del resto, in grado di procurare al creditore un altro tipo di utilità: escludere che il giudice ordinario debba conoscere del credito dell'amministrazione come di un credito capace di estinguere per compensazione l'altro al di là di quanto è previsto dal codice civile in tema di compensazione legale e giudiziale.

7.7. – Si deve dunque concludere nel senso che il giudice ordinario, quanto al credito della I., ha esercitato una giurisdizione che aveva e, quanto al credito dell'Amministrazione dei monopoli, non ha disapplicato il provvedimento di fermo o l'implicito rifiuto di revocarlo, per averli ritenuti illegittimi, ma, interpretando la legge, ha individuato il limite legale degli effetti del primo provvedimento.

Ha, dunque, solo conosciuto degli effetti dell'atto (art. 4, primo comma, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E).

7.8. – Resta da soffermarsi sull'altra questione sollevata nel ricorso incidentale: il provvedimento di fermo potrebbe essere disposto solo in relazione a crediti vantati verso amministrazione diversa da quella che lo chiede e per crediti di questa esigibili e già liquidati.

Alla interpretazione proposta dalla ricorrente incidentale, per quanto riguarda il primo aspetto, si deve opporre la considerazione che, se da un punto di vista delle procedure di spesa, una amministrazione dello Stato che sia al tempo stesso debitrice e creditrice non avrà bisogno di chiedere ad altra amministrazione di soprassedere al pagamento, dal punto di vista dell'evitare alla pubblica amministrazione statale nel suo complesso, di dover pagare il suo creditore quando questo è anche suo debitore, la distinzione non ha ragion d'essere.

Insomma, non si deve confondere l'aspetto contabile della vicenda, interno alla pubblica amministrazione statale, e quello dei rapporti, tra questa ed il suo creditore, facendo dipendere dal primo aspetto l'operatività del particolare regime fatto al debito dello Stato nell'ambito del rapporto obbligatorio.

Quanto al secondo punto, basta considerare che, prescindendo da ogni considerazione su cosa debba intendersi per credito liquido in rapporto all'istituto della compensazione, se il fermo dovesse poter essere imposto solo a cautela di un credito liquido ed esigibile, non si sarebbe in presenza di una particolare disciplina del debito della pubblica amministrazione statale, alla quale, non diversamente da ogni altro debitore, si applicherebbero senza deroga le norme del codice civile sulla compensazione legale (art. 1243, primo comma, cod. civ.).

La disposizione dettata dal sesto comma dell'art. 69 del R.D. del 1923 si risolverebbe nella descrizione di una procedura di contabilità, del come fare per giustificare che un debito, pur liquido ed esigibile, non è pagato.

7.9. – Se una considerazione conclusiva si può fare a proposito delle contrapposte interpretazioni della norma presentate dalle parti è che l'Amministrazione dei monopoli sopravvaluta la portata del fermo nell'ambito del rapporto esterno tra amministrazione dello Stato ed il terzo suo creditore e possibile debitore, traendo dall'aspetto procedimentale e contabile della norma effetti che ne oltrepassano lo scopo, mentre la I. li sottovaluta, finendo con l'attribuire alla norma un rilievo meramente contabile.

8. – Le questioni di giudicato interno e di difetto di potere quanto alla emissione del provvedimento di fermo sollevate con il ricorso incidentale condizionato sono, quindi, decise in senso negativo.

Il primo, secondo e quarto motivo del ricorso principale sono rigettati.

È dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

9. – Il ricorso deve essere per il resto assegnato ad una sezione semplice.

*P.Q.M.* La Corte, riuniti i ricorsi, dichiara infondate le questioni di giudicato interno e di inesistenza giuridica del fermo sollevate col ricorso incidentale condizionato, rigetta il primo, secondo e quarto motivo del ricorso principale, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, dispone che i ricorsi siano trasmessi al primo presidente per l'assegnazione a sezione semplice per l'esame delle residue questioni.

Così deciso il giorno 3 aprile 2003, in Roma, nella camera di consiglio delle sezioni unite civili della Corte suprema di cassazione».

## **Indirizzi di difesa in tema di personale a.t.a. transitato nella scuola**

*(Tribunale di Torino, sezione lavoro, sentenza 9 aprile 2003 n. 1940; Corte d'appello di Firenze, sezione lavoro, sentenza 10 febbraio 2004, n. 115).*

Come richiesto dall'Amministrazione, nelle controversie relative alle domande del personale a.t.a. (assistente tecnico amministrativo), transitato dagli Enti Locali nell'Amministrazione dell'Istruzione, di riconoscimento, ai fini giuridici ed economici, dell'anzianità maturata presso l'Ente locale di provenienza, l'Avvocato Generale ff. (circolare n. 24 del 17 maggio 2003, prot. 8734) ha raccomandato di evitare il passaggio in giudicato delle sentenze sfavorevoli, in attesa che si pronunzi nella materia il Supremo Collegio o che venga emessa una disposizione di interpretazione autentica dell'art. 8 della legge n. 124/1999, sollecitata al Gabinetto del Ministro dell'Istruzione e all'Ufficio Legislativo con nota 16 aprile 2003, n. 277 del Dipartimento per i Servizi del Territorio – Direzione Generale del Personale della Scuola e dell'Amministrazione.

Dalle decisioni dei giudici di merito emergono i seguenti principi interpretativi:

a) in tema di riconoscimento dell'anzianità maturata dal personale a.t.a. transitato da un Ente locale all'Amministrazione dell'Istruzione, l'art. 8 della legge n. 124/1999 non ha portata immediatamente precettiva ma si limita a rinviare la determinazione delle modalità e dei tempi del trasferimento del personale a.t.a. al Ministero dell'Istruzione a decreti da emanarsi;

b) l'accordo tra l'A.R.A.N. e le OO.SS. del 20 luglio 2000, a cui rinvia il decreto ministeriale n. 184/1999 attuativo dell'art. 8 della legge n. 124/1999, assume portata interpretativa e applicativa della legge n. 124/1999 ed ha la valenza e l'efficacia propria dell'accordo sindacale, quale fonte normativa, riconosciuta dall'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001;

c) l'applicazione dell'accordo sindacale tra l'A.R.A.N. e le OO.SS. del 20 luglio 2000, a cui va riconosciuta la forza e l'efficacia prevista dall'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, non comporta una decurtazione del trattamento economico del personale a.t.a. transitato da un Ente locale all'Amministrazione dell'Istruzione.

*Avv. Alessandra Bruni*

**Tribunale di Torino, sezione lavoro, sentenza 9 aprile 2003, n. 1940** – *Giudice:* E. Denaro – C.M. ed altri c/ Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

«(omissis) Con ricorso depositato in data 31 dicembre 2002, notificato il 9 gennaio 2003, i ricorrenti, facenti parte del personale a.t.a., dipendenti della Provincia di Torino fino al 31 dicembre 1999, trasferiti a partire dal 1° gennaio 2000 alle dipendenze del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, per effetto del disposto dell'art. 8 della legge n. 124/1999, convenivano in giudizio il M.I.U.R. per sentirlo condannare al riconoscimento economico in loro favore dell'indennità di anzianità maturata presso l'ente locale di appartenenza dalla data della loro assunzione.

I ricorrenti sostenevano, infatti, di essere stati inquadrati nell'ambito dell'organico del M.I.U.R. attraverso una tabella esemplificativa di corrispondenza tra i profili professionali degli Enti locali e quelli statali, secondo la quale ad alcuni era stato riconosciuto il profilo professionale di "collaboratore scolastico", ad altri quello di "assistente amministrativo". Nell'ambito di tale operazione gli esponenti, attualmente in servizio presso diverse scuole, ove continuano a svolgere le originarie mansioni, lamentavano di ricevere un trattamento che, pur mantenendo inalterato il livello retributivo raggiunto presso l'ente di provenienza, non computava ai fini dell'inquadramento economico, in violazione dell'art. 8 della legge n. 124/1999, l'effettiva anzianità maturata presso l'Ente Provincia. Tale risultato veniva realizzato in conformità a quanto disposto dall'art. 3 del decreto ministeriale 5 aprile 2001, con il quale si recepiva l'Accordo siglato tra l'A.R.A.N. e le OO.SS. il 20 luglio 2000, del quale i ricorrenti chiedevano, pertanto, al giudice la disapplicazione, denunciandone l'aperto contrasto con il dettato della legge 124 (*omissis*).

*Motivi della decisione.* Le domande proposte dai ricorrenti risultano infondate e, pertanto, non accoglibili. Il presente procedimento non involge questioni di fatto, risolvendosi l'oggetto della domanda nella corretta interpretazione del complesso sistema di fonti legislative, pattizie e ministeriali, che ha disciplinato il trasferimento del personale dal comparto Regioni ed Autonomie locali al comparto Scuola. Preliminarmente all'esame degli atti normativi riferiti alla vicenda, va chiarito che in sede di assunzione di informazioni *ex art.* 421 c.p.c. relative all'accertamento dei meccanismi contabili utilizzati dal M.I.U.R. nell'inquadramento stipendiale, nonché di quelli pretesi dai ricorrenti, è emerso come circostanza, pacifica tra le parti, che l'oggetto della pretesa avanzata in sede giudiziale concerne il riconoscimento "ai meri fini economici" dell'anzianità maturata presso l'ente di appartenenza, dal momento che ad altri fini "propriamente giuridici" (graduatorie interne per eventuali trasferimenti d'ufficio, fini pensionistici...), il M.I.U.R. mantiene inalterato il calcolo della anzianità prestata effettivamente dei dipendenti.

Nell'ambito del complesso sistema normativo che sorregge il trasferimento del personale a.t.a., l'art. 8 della legge n. 124/1999 statuisce: "Il personale del ruolo di cui al comma 1, dipendente degli enti locali, in servizio, nelle istituzioni scolastiche statali alla data di entrata in vigore della presente legge, è trasferito nei ruoli del personale A.T.A. statale ed è inquadrato nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali corrispondenti per lo svolgimento dei compiti propri dei predetti profili [...]. A detto personale vengono riconosciuti ai fini giuridici ed economici l'anzianità maturata presso l'ente locale di provenienza nonché il mantenimento della sede in fase di prima applicazione in presenza della relativa disponibilità del posto".

L'Accordo siglato il 20 luglio 2000 dall'A.R.A.N. e dai rappresentanti delle organizzazioni e confederazioni sindacali determina i criteri di inquadramento del personale nell'ambito del comparto scuola. Nella prospettiva attorea, tale accordo, recepito poi nel decreto ministeriale 5 aprile 2001, prevedendo l'inquadramento del lavoratore transitato nei ruoli statali, in base al solo maturato economico, risulterebbe in aperto contrasto col dato normativo e, pertanto, disapplicabile da parte dell'autorità giudiziaria precedente.

Recita l'art. 3 dell'Accordo in questione: "I dipendenti [...] sono inquadrati nella progressione economica per posizioni stipendiali delle corrispondenti qualifiche professionali del comparto scuola indicate nell'allegata tabella B, con le seguenti modalità. Ai suddetti dipendenti viene attribuita la posizione stipendiale, tra quelle indicate nell'allegato B, d'importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999, costituito da stipendio e retribuzione individuale di anzianità [...]. L'eventuale differenza tra l'importo della posizione stipendiale di inquadramento e il trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999, come sopra indicato, è corrisposta 'ad personam' e considerata utile, previa temporizzazione, ai fini del conseguimento della successiva posizione stipendiale. Al personale destinatario del presente accordo è corrisposta l'indennità integrativa speciale nell'importo in godimento al 31 dicembre 1999, se più elevata di quella della corrispondente qualifica del comparto scuola".

Sostiene parte attrice l'immediata precettività dell'art. 8, 2° comma della legge n. 124/1999, dalla quale discenderebbe conseguentemente la contrarietà alla legge del successivo accordo sindacale. Rileva questo giudice la non divisibilità di tale prospettazione.

In primo luogo, dal tenore della legge 124/1999 non si traggono elementi in grado di confermarne l'immediata portata precettiva, essendo piuttosto indicate le linee programmatiche previste a livello normativo primario per il trasferimento del personale e richiamate le fonti normative deputate a disciplinare l'attuazione interpretativa ed applicativa del trasferimento, alla luce delle linee fondamentali indicate a livello primario. Così, infatti, stabilisce il quarto comma dell'art. 8: "il trasferimento del personale degli enti locali verso i ruoli dello Stato avviene gradualmente, secondo tempi e modalità da stabilire con decreto del Ministro della pubblica istruzione, emanato di concerto con i ministri dell'interno, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e per la Funzione pubblica [...]".

La prima fonte ministeriale intervenuta in conformità a quanto previsto dal suddetto comma quarto dell'art. 8 è il decreto ministeriale n. 184/1999 attuativo delle modalità di passaggio richiamate dalla legge n. 124/1999. Dopo aver dettato prescrizioni atte a definire il periodo provvisorio fino al termine dell'esercizio finanziario 1999, l'art. 3 del decreto ministeriale stabilisce: "con successivo decreto, del Ministro della pubblica istruzione, di concerto con i ministri dell'interno, del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica e per la Funzione pubblica, verranno definiti i criteri di inquadramento, nell'ambito del comparto scuola, finalizzati all'allineamento degli istituti retributivi del personale in questione a quelli del comparto medesimo, con riferimento alla retribuzione stipendiale, ai trattamenti accessori e al riconoscimento ai fini giuridici ed economici, nonché dell'incidenza sulle rispettive gestioni previdenziali, dell'anzianità maturata presso gli Enti, previa contrattazione collettiva, da svolgersi entro il mese di ottobre 1999, fra l'A.R.A.N. e le organizzazioni sindacali rappresentative dei comparti Scuola ed Enti Locali [...]".

Ora è evidente che il decreto ministeriale n. 184, nel rinviare alla contrattazione collettiva, delimita l'ambito operativo della stessa avente ad oggetto l'allineamento degli istituti retributivi del personale in questione con riferimento all'aspetto stipendiale. Emerge, per quanto finora detto, la reale natura dell'accordo sindacale del 20 luglio 2000, il quale, attraverso il complesso ed analitico meccanismo contabile descritto dall'art. 3 nell'inquadramento economico del personale, assume una portata interpretativa ed applicativa della legge n. 124/1999. Del resto, in questo intreccio di fonti deputate ad attuare l'inquadramento economico, la circostanza per cui le puntuali modalità di attuazione vengono analiticamente descritte in un atto, che è l'incontro delle contrapposte volontà, sindacale e statale, risulta coerente con la *ratio* voluta dalla riforma, ispirata al principio della contrattualizzazione del pubblico impiego. Se, infatti, la definizione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento ai profili economici, è stata riservata alla contrattazione collettiva, ciò è avvenuto proprio al fine di assicurare che, nell'ambito del passaggio, il personale a.t.a. non subisse decurtazioni relative al complessivo trattamento economico in godimento fino al 31 dicembre 1999 presso l'Ente Provincia. Tale obiettivo è stato realizzato attraverso un meccanismo di particolare complessità, quale quello previsto dall'art. 3 dell'Accordo, poiché si è dovuto individuare un sistema di raccordo tra differenti sistemi retributivi vigenti presso le Amministrazioni originarie e quelle statali. Pertanto, resasi impossibile una puntuale applicazione degli istituti retributivi, comprensivi di indennità, si è proceduto all'inquadramento delle posizioni stipendiali dei ricorrenti nell'ambito delle fasce indicate dalla tabella B, alle quali corrisponde una anzianità fittizia, non corrispondente a quella effettiva maturata dagli stessi. Si è in oltre previsto, nel caso di differenza tra la posizione stipendiale di inquadramento e il trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999, la corresponsione di un assegno *ad personam*. Questa operazione si è resa necessaria, in ragione del diverso rilievo dell'anzianità di servizio nell'ordinamento degli enti locali (non comportante alcuna progressione economica) rispetto a quello della Scuola, la cui applicazione pedissequa avrebbe comportato scatti di retribuzione per anzianità, con conseguente aumento stipendiale. Ne è conseguito, ai fini economici, l'allineamento di posizioni retributive e la carenza di qualunque decurtazione, mentre, ai fini giuridici, si è mantenuta intatta l'anzianità maturata al fine di non precludere posizioni di vantaggio in eventuali graduatorie ecc.

Va, inoltre, rilevata la valenza ed efficacia propria dell'accordo sindacale quale fonte normativa, come previsto dall'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, norma deputata a disciplinare i rapporti tra le fonti in materia di pubblico impiego. Recita, infatti, il secondo comma della sopracitata norma: "[...] Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro, la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle

Amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario". Prosegue ancora il terzo comma: "[...] Le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale [...]".

Da tali disposizioni discende un'ulteriore conferma dell'autonoma forza posseduta dall'accordo sindacale, il quale quand'anche non si fosse limitato, come pare verosimile nel caso di specie, ad assumere una portata meramente interpretativa della legge 124, ma avesse voluto inserire nuove prescrizioni relative all'inquadramento economico, avrebbe avuto l'autorità di fonte idonea allo scopo. Per questi motivi, la pretesa violazione all'art. 8 della legge n. 124/1999, sostenuta da parte attrice, non pare ravvisabile dal momento che l'incisione di norme appartenenti alla fonte contrattuale sulle disposizioni recate dalla fonte primaria non sconvolge il rapporto di gerarchia ed il connesso principio di intangibilità di una fonte superiore da parte di una inferiore. Difatti, la fonte autorizzatrice è comunque una legge (appunto l'art. 2 del T.U.), che consente di derogare a se stessa e ad altre fonti di pari livello. Si impone, infine, la necessità di considerare la totale assenza, nel testo della legge n. 124/1999, della previsione di una copertura finanziaria finalizzata al sostentamento degli oneri economici che graverebbero sullo Stato in ragione del preteso aumento retributivo da corrispondere al personale a.t.a., proveniente dall'Ente locale. Tale silenzio, a fronte della obbligatorietà, per leggi che importano nuove o maggiori spese, di indicare i mezzi per farvi fronte (art. 81 u.c. Cost.), induce a ritenere con ragionevolezza che l'intento del legislatore fosse quello di assicurare a detto personale il mantenimento dello *status* retributivo fruito in precedenza, in modo che il passaggio ai ruoli dello Stato non comportasse alcuna forma di penalizzazione. Conferma la circostanza la previsione del quinto comma dell'art. 8 della legge n. 124/1999, nella quale viene disciplinata "la progressiva riduzione dei trasferimenti statali a favore degli enti locali in misura pari alle spese comunque sostenute dagli stessi enti nell'anno finanziario precedente a quello dell'effettivo trasferimento del personale". Tale enunciato, nella sua limitata previsione relativa al ridimensionamento del finanziamento statale agli enti locali, dimostra, infatti, la chiara presa di posizione legislativa in ordine ai riflessi sulla economia pubblica del trasferimento del personale a.t.a.

Per quanto finora evidenziato emerge l'infondatezza delle domande attoree che non possono pertanto venire accolte (*omissis*)».

**Tribunale di Pisa, sezione lavoro – Memoria difensiva dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze per il Ministero dell'Istruzione (cont.452/03, avv. Stato P. Marchini) c/C. + 31 (avv.ti M. Esposito e M. Ferretti).**

«(*Omissis*) I ricorrenti in epigrafe, tutti appartenenti al personale c.d. a.t.a. (assistente tecnico amministrativo) transitato dai vari enti locali di appartenenza alle autorità scolastiche statali con decorrenza 1 gennaio 2000 in virtù dell'art. 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, hanno convenuto il Ministero in epigrafe per sentirlo condannare:

1. — al riconoscimento, ai fini economici e giuridici, dell'effettiva anzianità maturata alle dipendenze degli enti locali di provenienza dalla data di assunzione al 31 dicembre 1999;
2. — al pagamento delle differenze maturate dall'1 gennaio 2000 in poi tra lo stipendio tabellare da calcolarsi ai sensi del C.C.N.L. 26 maggio 1999 del comparto scuola in base alla categoria e all'anzianità acquisita ed ogni minor importo corrisposto;
3. — al pagamento delle differenze tra la i.i.s. di provenienza e quella minore corrisposta dal Ministero dell'Istruzione dall'1 gennaio 2000;
4. — al pagamento dell'indennità di qualifica sotto forma di assegno personale non riassorbibile;
5. — al pagamento dell'indennità di rischio prevista dal d.P.R. n. 347/1983;
6. — al pagamento dell'indennità di turno nella misura stabilita dall'art 13 del d.P.R. 268/1987;
7. — al pagamento dell'indennità di mensa o all'erogazione dei *ticket* sostitutivi;
8. — alla dotazione del vestiario di servizio;

9. — al pagamento delle differenze tra il compenso di produttività collettiva e il compenso individuale accessorio nelle misure indicate, a mezzo assegno personale non riassorbibile;

10. — al pagamento su tutti i capi di domanda di rivalutazione e interessi.

Si costituisce in giudizio il Ministero dell'Istruzione contestando integralmente tutte le domande per i seguenti motivi.

*Sul riconoscimento dell'anzianità progressa.*

Prima di delineare gli astratti sistemi adottabili dal legislatore ai fini della valutazione dell'anzianità di servizio, occorre subito bene evidenziare che quest'ultima nell'ordinamento del personale degli enti locali non comporta alcuna progressione economica, mentre nell'ordinamento del personale della scuola tale progressione è in vigore in relazione al maturare di determinati periodi di servizio; perciò l'inquadramento per anzianità di un dipendente ex E.L. nell'ordinamento della scuola comporterebbe l'attribuzione al medesimo di alcuni 'gradoni' di retribuzione di anzianità, con un consistente incremento stipendiale (così la nota direttoriale n. 629 del 19 novembre 2001, doc. 1).

Ciò premesso, il nostro ordinamento sull'impiego alle dipendenze della pubblica Amministrazione prevede due sistemi di valutazione dell'anzianità:

a) *metodo del «maturato economico»*, secondo il quale si considera la retribuzione di fatto percepita al momento del cambio di ruolo, transito in altra Amministrazione ecc., indipendentemente dall'anzianità giuridica maturata nelle varie qualifiche e l'operazione di inquadramento si risolve in una collocazione di tale trattamento complessivo in godimento nella classe stipendiale corrispondente. Nel caso di collocazione in classe stipendiale inferiore, viene usualmente riconosciuta la differenza con l'attribuzione di assegno *ad personam*;

b) *metodo della «rivalutazione dell'anzianità effettiva»*, con cui si tiene conto dell'anzianità complessiva maturata nella precedente carriera, o ruolo di provenienza, applicando il nuovo regime di progressione come se il servizio fosse stato prestato fin dall'origine presso l'Amministrazione destinataria. In base a tale sistema, non rileva la retribuzione globale di fatto goduta, bensì si considera la progressione della «carriera», rivalutata secondo i medesimi criteri riconosciuti ai dipendenti già in servizio presso la nuova Amministrazione.

Contrariamente a quanto si afferma in ricorso, non esiste una norma giuridica a carattere generale che imponga, salvo ai fini pensionistici, di considerare il servizio presso altra Amministrazione o ente, nel caso in cui l'impiegato transiti da un ente all'altro. Né, a monte, si rinviene un principio generale di diritto che imponga di riconoscere agli impiegati pubblici che accedono ad un diverso impiego, l'anzianità acquisita nel precedente rapporto (1).

Anzi, è vero il contrario.

Si veda l'art. 228 dell'abrogato t.u. com. prov. del 1934 che vieta la riconoscibilità dei servizi prestati presso enti diversi da quelli sanitari agli effetti dell'anzianità e dell'attribuzione degli aumenti periodici di stipendio.

È accaduto, invece, che il legislatore, settorialmente sia intervenuto in deroga (es., l'art. 15 del d.P.R. 9 giugno 1981, n. 310), spesso adottando il sistema del maturato economico in ragione dell'insostenibile aggravio finanziario che l'erario avrebbe dovuto sostenere qualora si fosse rivalutata l'anzianità effettiva.

Ora, il punto è se il secondo comma dell'art. 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124 abbia adottato il sistema del *maturato economico* o quello della *rivalutazione dell'anzianità effettiva*.

A favore della prima soluzione gioca l'interpretazione sistematica della legge n. 124 del 1999.

Il comma quinto del citato art. 8 recita: *A decorrere dall'anno in cui hanno effetto le disposizioni di cui ai commi 2, 3 e 4 si procede alla progressiva riduzione dei trasferimenti statali a favore degli enti locali in misura pari alle spese comunque sostenute dagli stessi enti nell'anno finanziario precedente a quello dell'effettivo trasferimento del personale.*

(1) Cons.St., sez. 4<sup>a</sup>, 670/1987; Cons.St., sez. 6<sup>a</sup>, 37/1992.

Il comma due contempla il personale a.t.a., pertanto il legislatore ha inteso finanziare le retribuzioni nuove per tale personale con le stesse spese a tale titolo che gli enti locali sopportavano e che si vedevano restituite dallo Stato. Il che sta a significare che lo Stato continuerà a corrispondere lo stesso di quanto corrispondevano gli enti locali, con evidente esclusione di qualsiasi aumento stipendiale derivante dal riconoscimento dell'anzianità effettiva.

Ciò il legislatore non ha anche previsto in relazione al personale docente per il quale all'art. 12 della legge n. 124 del 1999 ha previsto una copertura delle spese con risorse proprie aggiuntive.

In conclusione, dall'interpretazione dei combinati disposti dai commi 2 e 5 dell'art. 8, con l'art. 12 della legge n. 124/1999 si desume agilmente come il legislatore abbia inteso non aggravare le casse dello Stato ricorrendo al metodo della rivalutazione dell'anzianità effettiva: il riconoscimento di quest'ultima avrebbe determinato rilevanti oneri economici cui non si sarebbe potuto far fronte in assenza di specifiche disponibilità finanziarie.

Se si volesse obiettare, diversamente, che il tenore letterale della norma depone in senso contrario, si può offrire un'altra interpretazione fondata sulla *ratio legis* delle norme di cui alla legge n. 124 del 1999.

Il comma quarto dell'art. 8 di detta legge afferma che il trasferimento del personale degli enti locali verso i ruoli dello Stato avviene gradualmente, secondo tempi e modalità da stabilire con decreto del Ministro della pubblica istruzione, emanato di concerto con i Ministri dell'Interno, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e per la funzione pubblica (*omissis*).

L'art. 8, pertanto, non è norma completa, essa necessitando di attuazione per mezzo di norma secondaria volta a disciplinare le modalità di svolgimento del trasferimento del personale. La norma secondaria, allora, tramite il suddetto rinvio ricettizio operato dall'art. 8, si sostituisce all'art. 8, secondo comma, stesso in funzione attuativo-integrativa, che come è noto può apportare modifiche innovative alla norma primaria.

L'integrazione, nella fattispecie, è intervenuta tramite l'art. 3, comma 2, del decreto interministeriale n. 184 del 23 luglio 1999 il quale ha rinviato ad un successivo decreto per la definizione dei criteri di inquadramento, nell'ambito del comparto scuola, finalizzati all'allineamento degli istituti retributivi del personale in questione a quelli del comparto medesimo, con riferimento alla retribuzione stipendiale, ai trattamenti accessori e al riconoscimento ai fini giuridici ed economici, nonché dell'incidenza sulle rispettive gestioni previdenziali, dell'anzianità maturata presso gli enti.

Il decreto, poi, disponeva la previa contrattazione collettiva, da svolgersi entro il mese di ottobre 1999, fra l'ARAN e le organizzazioni sindacali rappresentative dei comparti scuola ed Enti Locali.

Con successivo decreto interministeriale 5 aprile 2001 venne recepito l'accordo A.R.A.N. e OO.SS. sottoscritto il 20 luglio 2000, accordo che costituisce proprio la fonte integrativa contemplata dall'art. 3 del decreto interministeriale n. 184/1999, a sua volta integrativo del comma due dell'art. 8 della legge 124/1999. Nel disciplinare l'allineamento degli istituti retributivi al personale transitato dagli enti locali a quelli del comparto scuola, il decreto interministeriale 5 aprile 2001 ha recepito l'art. 3 dell'accordo collettivo siglato il 20 luglio 2000, la definizione dell'inquadramento sulla base del solo maturato economico, senza l'anzianità effettiva, a ciò ostando una diversità di disciplina della progressione economica per anzianità, impeditivi dell'allineamento.

In base a tale interpretazione, in definitiva, sarebbe stato lo stesso articolo a permettere la sua attuazione modificativa.

Ma si può giungere a negare fondamento alla tesi dei ricorrenti, ancora per altra via interpretativa *last but not least*, sostenendosi che la contrattazione collettiva abbia sposato il sistema del maturato economico, ciò in deroga all'art. 8 della legge n. 124/1999, secondo il principio di competenza che regola il conflitto tra legge e contratto collettivo scolpito dal secondo comma dell'art. 2 del d.lgs., 3 febbraio 1993, n. 29, come sostituito dall'art. 2 del d.lgs., 31 marzo 1998, n. 80 ed ora ribadito dall'art. 2 del t.u. sul pubblico impiego n. 165 del 2001.

Così suona la norma: «Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle pubbli-



*che amministrazioni, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario».*

Che il meccanismo ora descritto dalla norma riconosca capacità derogatoria alle norme contrattuali, è fuori discussione, nessuna dottrina o giurisprudenza ha mai affermato il contrario: la fonte derogatoria è pur sempre la legge (l'art. 2 del d.lgs. n. 29/1993 come modificato), che consente di derogare a se stessa e ad altre fonti di pari rango, costituendo il contratto collettivo solo lo strumento che realizza un evento già previsto dalla legge, nel pieno rispetto del principio di gerarchia delle fonti.

Calando tali principi nella fattispecie concreta si ha che:

la legge n. 124 del 1999 è intervenuta dopo il d.lgs., n. 80/1998 ed introduce una disciplina dell'anzianità dei rapporti di lavoro limitata ad una categoria di dipendenti pubblici (gli a.t.a.);

il contratto collettivo 20 luglio 2000 all'art. 3 deroga al sistema del riconoscimento dell'anzianità effettiva, stabilendo il diverso principio del c.d. «maturato economico»;

l'art. 8 della legge n. 124 del 1999 non contiene alcuna clausola espressa di ultrattività rispetto al C.C.N.L. o accordo collettivo successivo, sicché la legge può essere derogata da tali fonti collettive successive.

A ciò si aggiunga l'ulteriore e confermativa disciplina contenuta nel terzo comma dell'art. 2 del t.u. sul pubblico impiego n. 165/2001 secondo cui «L'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi... Le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale. I trattamenti economici più favorevoli in godimento sono riassorbiti con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi...».

Si può pertanto concludere per la centralità del C.C.N.L., anzi, per la sua esclusività nel disciplinare tutti gli istituti che ridondano sul trattamento economico dei pubblici dipendenti.

La tesi secondo cui l'art. 8, secondo comma, della legge n. 124/1999 sarebbe inderogabile è, dunque, palesemente infondata (2).

Né potrebbe obiettarsi che dal mancato riconoscimento dell'anzianità pregressa non si sarebbe mantenuta l'intera retribuzione acquisita presso l'ente di provenienza e si avrebbe, quindi, perso diritti acquisiti per legge e per contratto.

Ciò non corrisponde al vero. Infatti, si è già visto come nell'ordinamento degli enti locali non esista una relazione economica tra anzianità e retribuzione: è pertanto falso che il personale a.t.a. transitato abbia perso diritti quesiti.

Vero è, al contrario, che il trattamento economico di cui il personale fruiva presso gli enti locali non ha subito alcuna decurtazione (3).

D'altro canto, non sussisterebbe nemmeno una disparità di trattamento tra gli ex a.t.a. enti locali e gli a.t.a. statali: i primi sarebbero immessi in posizioni stipendiali inferiori rispetto a quelle dei secondi, così perdendo in modo permanente l'anzianità acquisita. Ne conseguirebbe, in ipotesi, che, a parità di categoria, mansioni ed anzianità, gli a.t.a. ex enti locali verrebbero a perdere una parte della loro retribuzione annua spettante in base alla loro anzianità, anche in punto di ratei di 13<sup>a</sup>.

L'ipotetica tesi, pur suggestiva, è nondimeno giuridicamente infondata. In primo luogo, ed in fatto, essa è infondata perché si è visto che l'attore non ha perso ciò che retributiva-

---

(2) In tal senso Trib. Firenze, sez. lav., 31 gennaio 2002, n. 273; Trib. Torino, 1° aprile 2003, n. 1940; Trib. Terni, n. 132 del 30 gennaio 2003. *Contra* la sentenza 1241 del 5 marzo 2002 del Trib. di Milano, la quale, però, non affronta il problema della deroga all'art. 8 operata dal C.C.N.L. 20 luglio 2000. Anche la sentenza del Trib. di Torino n. 134 del 27 maggio 2002 non si pronuncia sul punto, sollecitata, invece, sulla tesi del rinvio ricettizio — anche in questa sede alternativamente sostenuta — dell'art. 8 dell'Avvocatura dello Stato.

(3) Trib. Firenze, *cit.*

mente percepiva, inoltre l'attribuzione delle classi stipendiali inferiori è dipesa dalla non corrispondenza degli inquadramenti; in secondo luogo, anche a voler ritenere ancora vigente l'art. 227 del t.u. 3 marzo 1934 n. 383 - unica norma di legge che riconosce il principio dei diritti quesiti - il sistema del maturato economico tiene conto della retribuzione di fatto in godimento come presupposto per far conseguire all'impiegato ulteriori classi stipendiali in virtù del meccanismo del riconoscimento del surplus *ad personam* previa temporizzazione, proprio ai fini del «*conseguimento della successiva posizione stipendiale*» (art. 3, comma 3 dell'accordo collettivo 20 luglio 2000).

Quanto alla disparità di trattamento con gli a.t.a. già statali, essa, pur sussistendo di fatto, non può rilevare giuridicamente perché si tratta di accesso a nuovo inquadramento in un regime giuridico del tutto diverso. Ben diversamente andrebbe affrontato il caso di mutamento di regime tra appartenenti allo stesso ruolo, come avvenne in occasione dell'abolizione del sistema delle promozioni e della istituzione della qualifica unica. In quella fattispecie l'iniustizia del sistema del maturato economico era evidente perché, tenendosi conto ai fini dell'inquadramento della sola retribuzione di fatto, si trascuravano le vicende di una lunga carriera che avevano condotto all'acquisizione di un'elevata qualifica. Inoltre, disparità si provocava tra gli impiegati di nuova nomina che per semplice anzianità potevano facilmente conseguire la massima classe stipendiale e, una volta raggiunta, godere di un elevato numero di scatti periodici, e gli impiegati più anziani che, in prossimità della pensione, non potevano più conseguire la più elevata classe stipendiale.

Ciò nonostante, non venne ritenuta sussistente la violazione del canone di eguaglianza dell'art. 3 della Carta fondamentale, poiché si affermò non esistere un imperativo costituzionale che imponesse «*di ricollegare all'anzianità accumulatasi sotto il precedente ordinamento gli stessi effetti che, nel tempo, potranno scaturire da quella che sarà venuta totalmente a maturazione sotto l'impero della nuova disciplina*» (4).

Nel nostro caso, invece, non si tratta di impiegati della stessa Amministrazione, bensì di appartenenti a comparti diversi, a ruoli diversi, a discipline del tutto diverse, con ciò apparendo ancora più evidenti le ragioni di non omologabilità di situazioni giuridiche.

Una disparità di trattamento, per la verità, si avrebbe se si seguisse la tesi contraria: infatti, si verrebbe a trattare in modo differente medesimi impiegati a.t.a. enti locali che, rispettivamente, abbiano optato di rimanere negli enti locali e quelli che, invece, abbiano preferito il trasferimento allo Stato.

Infatti, questi ultimi si avvantaggerebbero dell'eventuale riconoscimento dell'anzianità, né gli optanti avrebbero la possibilità di «ripensamento», stante il termine perentorio di esercizio dell'opzione ex art. 6 del d.m. n. 184 del 23 luglio 1999.

È proprio dall'istituto dell'opzione, inoltre, che in via interpretativa si può ulteriormente suffragare la prima tesi da noi sostenuta, ossia che l'art. 8 della legge n. 124/1999 non intendeva avvantaggiare il personale a.t.a. rispetto a quanto economicamente già non percepisse dagli enti locali.

L'art. 6 del d.m. citato recita: «*Il personale degli Enti Locali, in servizio nelle istituzioni scolastiche al 25 maggio 1999, data di entrata in vigore della legge n. 124/1999, la cui qualifica o profilo di appartenenza - in base a quanto stabilito nei precedenti commi - non trovino corrispondenza nel ruolo del personale a.t.a. statale, può optare, per la permanenza nell'ente locale, entro il termine perentorio del 24 agosto 1999*».

Ora, a ben ragionare, appurata la non corrispondenza tra profili funzionali, alla stregua della tabella di comparazione A, l'opzione ha un senso solo al fine di conservare globalmente un trattamento migliore presso l'ente locale, non un trattamento peggiore derivante dalla non valenza economica dell'anzianità effettiva (che lo Stato - secondo l'avversario - dovrebbe viceversa riconoscere).

---

(4) T.A.R. Lazio, sez. 3<sup>a</sup>, 22 febbraio 1982, n. 209: «le situazioni non sono identiche perché ineriscono rispettivamente a dipendenti in possesso di anzianità maturata prima della nuova normativa e a dipendenti che acquisiranno anzianità di servizio con l'attività di servizio che svolgeranno successivamente».

Né risulta che lo stato di fatto complessivo che politicamente dette luogo alla cessazione della fornitura di personale a.t.a. da parte degli enti locali allo Stato ed al loro inglobamento nei ruoli di quest'ultimo, giustificasse una *ratio* di incentivazione al trasferimento attraverso il miglioramento stipendiale conseguente al riconoscimento dell'anzianità.

Anzi, la logica sottesa alla legge n. 124/1999, e lo si è già rilevato, è nel senso del non aggravio per l'erario di una spesa superiore a quanto già veniva trasferito a titolo di retribuzioni a.t.a. agli enti locali (cfr. il «considerato» del d.m. 184/1999).

Circa l'avvenuta deroga da parte del C.C.N.L. 20 luglio 2000 all'art. 8 della legge 124/1999, giova disattendere la recente determinazione A.R.A.N. del 27 febbraio 2003 emessa a seguito del rinvio *ex art.* 64 del t.u. n. 165/2001, secondo la quale detto accordo non avrebbe natura contrattuale.

Infatti, non si riesce a comprendere quale altra natura possa avere detto accordo, dal momento che, a parte la natura formale propria dell'accordo collettivo, esso promana necessariamente dal rinvio alla fonte collettiva operato dal d.m. 23 luglio 1999 (5).

La natura di accordo collettivo, del resto, è ulteriormente ribadita dal C.C.N.L. 8 marzo 2002 il quale nasce proprio in attuazione dell'accordo 20 luglio 2000, e tale legame è espressamente richiamato dal primo comma dell'art. 1: «*In attuazione di quanto previsto dall'art. 3 dell'accordo 20 luglio 2000*».

Non crediamo che la stessa A.R.A.N. firmi il C.C.N.L. 8 marzo 2002 di attuazione del citato accordo, e poi neghi il potere normativo proprio sulla materia in lite, si tratterebbe di contraddizione insanabile e, comunque, non spetta all'A.R.A.N. qualificare un atto negoziale collettivo all'infuori della procedura interpretativa delineata dall'art. 64 del t.u. sul pubblico impiego: all'agenzia spetta solo la interpretazione delle singole clausole, non l'identificazione della natura del C.C.N.L., che spetta, invece, al giudice.

A questo proposito, pertanto, occorre approfondire la esattezza della tesi dell'A.R.A.N.

L'A.R.A.N. sostiene che l'accordo 20 luglio 2000 *non ha natura contrattuale* ai sensi del d.lgs. n. 29/1993 e del d.lgs. n. 165/2001, ma sarebbe un accordo solo di primo inquadramento, tant'è che è stato necessario recepirlo con decreto interministeriale del 5 aprile 2001. Secondo l'A.R.A.N. in detto accordo non esistono norme contrattuali sull'inquadramento, né lo potrebbero, poiché «diversi e definitivi inquadramenti del personale stesso trovano ragioni nella legge n. 124/1999».

Un primo rilievo di contraddittorietà già può muoversi: se l'accordo 20 luglio 2000 ha come oggetto esclusivo il primo inquadramento, non si può sostenere la riserva di legge per «diversi e definitivi inquadramenti».

Tant'è che il quinto comma dell'art. 3 dello stesso accordo recita: «L'inquadramento definitivo nei profili professionali della scuola, del personale di cui al presente accordo dovrà essere disposto tenendo conto della tabella *A* di equiparazione allegata»: quindi, non è vero che l'inquadramento definitivo sarà o dovrà essere disposto in base all'art. 8 della legge n. 124/1999.

Peraltro, se si dovesse utilizzare tale legge, nessun inquadramento verrebbe operato, ciò perché nulla la norma dispone all'infuori della laconica direttiva secondo cui «l'inquadramento dovrà avvenire nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali corrispondenti per lo svolgimento dei compiti propri dei predetti profili», non tenendo conto della necessità di classificare tutti i profili (sono cinque per la scuola statale e un centinaio circa per gli enti locali) ed equiporarli, come è avvenuto proprio ad opera dell'accordo del luglio 2000 con la tabella *A*.

Veniamo ora alla prima asserzione dell'A.R.A.N.:

1. - *l'accordo non rientra tra i C.C.N.L. previsti dal d.lgs. n. 29/1993 e n. 165/2001, perché trae causa dall'art. 3 del d.m. n. 184 del 23 luglio 1999.*

In primo luogo si obietta che il d.m. n. 184/1999 richiama l'art. 47 della legge n. 428/1990 il quale al secondo comma contempla l'ipotesi di accordo collettivo sui seguenti oggetti: conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori trasferiti; eventuali

---

(5) Così Trib. Firenze, lav., n. 394 del 19 marzo 2003, dott. Bazzoffi.

misure previste nei confronti di questi ultimi. Come si vede, non potrebbe negarsi la natura collettiva ad un simile accordo, neppure laddove dispone anche sulle conseguenze economiche, *id est* le retribuzioni da conservare o modificare.

Ciò posto, il d.m. di recepimento non ha la natura dei pregressi d.P.R. (e non d.m.!) previsti dalla legge quadro del 1983 sul pubblico impiego, ossia quella di rendere normativi gli accordi collettivi ed i C.C.N.L., ciò perché nel nuovo regime introdotto con il d.lgs. n. 29/1993 questi hanno acquisito *ex se* natura ed efficacia esclusiva di fonte immediata, senza necessità di recepimento in atto normativo del Presidente della Repubblica; il d.m., in realtà, anziché disciplinare le modalità con cui attuare il trasferimento, come gli imponeva il quarto comma dell'art. 8 della legge 124/1999, si è limitato a recepirle dall'accordo stesso, incorporando, quindi le norme collettive.

Quindi, è vero che l'accordo collettivo origina dal d.m., ma ciò non impedisce all'accordo stesso, proprio in virtù dell'art. 2, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 29/1993, di disciplinare anche aspetti economici che derogano alla norma di legge.

In conclusione, falsa è l'affermazione dell'A.R.A.N. che l'accordo 20 luglio 2000 non rientri nella previsione del d.lgs. 29/1993 e successive modifiche.

Che si tratti vero e proprio C.C.N.L. è, inoltre, dimostrato, dall'art. 2 dell'accordo 20 luglio 2000 che è norma sulla individuazione dei C.C.N.L. da applicare, giacché dispone la cessazione di efficacia dal 1° gennaio 2000 del C.C.N.L. 1° aprile 1999 del comparto Regioni-autonomie locali e l'applicazione del C.C.N.L. 26 maggio 1999, *ivi compreso tutto quanto si riferisce al trattamento accessorio*, SALVO QUANTO DIVERSAMENTE PREVISTO negli articoli successivi.

## 2. - Non esistono norme contrattuali.

Tale affermazione dell' A.R.A.N. suscita perplessità. È sufficiente scorrere i dieci articoli dell'accordo per riscontrare tutti i caratteri di una norma contrattuale con effetto normativo, ossia l'astrattezza, la generalità e la innovatività.

L'astrattezza, perché vi sono disposizioni che regolano per il futuro le modalità di inquadramento; la generalità, perché si tratta di norme precettive riguardanti la generalità di tutti i dipendenti A.T.A. ex enti locali; la innovatività, perché alcune norme introducono modifiche al trattamento che gli enti locali non attribuivano al personale A.T.A. (cfr. art. 9, primo comma, sull'estensione dei trattamenti del C.C.N.L. scuola).

Infine, proprio la deroga sul riconoscimento dell'anzianità ai fini economici costituisce migliore dimostrazione di novità.

Va, infine, fugato il dubbio se l'accordo A.R.A.N.-OO.SS del 20 luglio 2000 rientri tra i contratti collettivi stipulati secondo i criteri e le modalità previste nel titolo III del d.lgs. n. 165 del 2001, artt. 40 e ss., perché, in realtà - si obietta - esso è stato stipulato in base all'art. 3 del decreto interministeriale 23 luglio 1999 con i limiti di applicazione alle materie di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 29/1993 ed all'art. 47 della legge n. 428/1990.

Invero, «*quello realizzato dall'art. 3 dell'accordo 20 luglio 2000 nei confronti dell'art. 8, 2° comma, legge 124/1999 non è l'effetto abrogativo previsto dall'art. 2, 3° comma, 4° periodo, del d.lgs. n. 165/2001 in relazione alle disposizioni di legge, regolamento o atto amministrativo 'che attribuiscono incrementi retributivi' e che, in effetti, può essere determinato solo dai contratti collettivi stipulati 'secondo i criteri e le modalità previste nel Titolo III' del d.lgs. n. 165/2001; nel caso in esame - dovendosi escludere che l'art. 8, 2° comma, legge 124/1999 sia norma che attribuisce direttamente un incremento retributivo - si tratta, invece, del diverso effetto derogatorio previsto dall'art. 2, 2° comma, 2° periodo, del d.lgs. n. 165/2001, che riguarda ogni disposizione di legge che introduca discipline dei rapporti di lavoro limitate ai dipendenti delle Amministrazioni pubbliche o a categorie di essi, e che può essere determinato da qualsiasi contratto o accordo collettivo successivo, anche se stipulato secondo procedure diverse da quelle previste dal Titolo III del d.lgs. n. 165/2001» (Corte di Appello Torino, 3 luglio 2003, n. 877).*

Va negata, infine, l'applicazione dell'art. 2112 c.c. perché non si tratta della fattispecie di passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività.

Il ragionamento avversario potrebbe essere il seguente: poiché l'art. 8, comma terzo della legge n. 124 del 1999 altro non sarebbe che la riproduzione della disciplina generale di

cui all'art. 30 del t.u. sul pubblico impiego n. 165/2001 e poiché tale disciplina richiama espressamente l'art. 2112 c.c., vanno riconosciuti tutti i diritti goduti alle dipendenze degli enti locali di provenienza.

La tesi è palesemente infondata sotto un triplice profilo.

a) il richiamo del d.m. 5 aprile 2001 all'art. 34 del d.lgs. n. 29/1993, ora art. 31 del t.u.p.i. non è corretto e, peraltro, non è sufficiente a richiamare per ricezione detta norma, ciò in quanto nella fattispecie non si verte su trasferimento di attività: le attività erano già esistenti presso le scuole statali: nulla si aggiunge, nulla si sostituisce.

b) Semmai, è l'art. 30 del t.u.i.p. a rilevare nel caso del passaggio *ex art.* 8 della legge n. 124/1999, ossia il passaggio diretto di personale tra Amministrazioni diverse.

Infatti, ben diversa è la fattispecie: il presupposto fondamentale è costituito dalla vacanza del posto in organico ed abbiamo visto che il transito del personale A.T.A. è subordinato dallo stesso articolo 8 della legge n. 124 alla *revisione delle tabelle organiche del personale statale da effettuare ai sensi dell'art. 31, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 29/1993, nonché alla ricognizione delle eventuali disponibilità di personale statale conseguenti alla razionalizzazione della rete scolastica.*

La lettera c) del citato art. 31 recita: «...le Amministrazioni pubbliche procedono: alla revisione delle tabelle annesse al d.P.R. 31 maggio 1974 n. 420, al fine di realizzare, anche con riferimento ai principi ed ai criteri fissati nel Titolo I del presente decreto ed in particolare negli artt. 4, 5 e 7, una più razionale assegnazione e distribuzione dei posti delle varie qualifiche per ogni singola unità scolastica, nel limite massimo della consistenza numerica complessiva delle unità di personale previste nelle predette tabelle».

Pertanto, proprio perché la ricollocazione del personale a.t.a. «prestato» allo Stato dagli enti locali non sarebbe potuta avvenire prima della rideterminazione delle piante organiche, la legge ha voluto che il trasferimento avvenisse in modo graduale e con le modalità stabilite con d.m. della P.I. di concerto con il Tesoro, il Bilancio e la Funzione Pubblica (per i risvolti economico-finanziari).

Tale procedimento si impone perché il passaggio riguarda comparti diversi e quindi presenta tutte quelle complicazioni in relazione alla non omogeneità delle qualifiche, delle funzioni, dei trattamenti complessivi giuridici ed economici, complicazioni che solo l'attività concertata, prima, e l'accordo collettivo, poi, possono risolvere in ragione delle finalità pubblicistiche che si intendono raggiungere.

c) Ciò posto, non rileva l'art. 2112 c.c., vuoi perché non si verte nell'ipotesi di cui all'art. 31, bensì in quella di cui all'art. 30 t.u.p.i., che non richiama la disciplina civilistica del mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda, vuoi perché lo stesso art. 2, comma secondo, dell'accordo 20 luglio 2000, deroga all'art. 2112 c.c. allorché dispone che «*I crediti dei lavoratori transitati conseguenti a prestazioni rese a qualsiasi titolo entro il 31 dicembre 1999, restano e sono esigibili con spesa a carico dei rispettivi enti locali*».

Quindi i diritti economici non si trasferiscono allo Stato (6).

Inoltre, anche volendo applicare l'art. 2112 c.c., il terzo comma imporrebbe l'applicazione proprio dell'accordo collettivo dello Stato, ossia quello del 20 luglio 2000 che non riconosce l'anzianità pregressa.

Sarebbe, quindi, controproducente per controparte richiamare la disciplina dell'art. 2112 c.c.

#### SULLE DIFFERENZE DI I.I.S.

Non deve essere esaminato l'importo erogato di i.i.s., bensì il trattamento retributivo globale e se quest'ultimo sia inferiore a quello percepito dall'ente di provenienza.

---

(6) Inoltre la direttiva n. 77/187/CEE del Consiglio del 14 febbraio 1977, come sostituita dalla direttiva 98/50/CE del Consiglio del 29 giugno 1998, all'art. 1, lett. c) esclude l'applicazione della direttiva, in particolare l'art. 3, alle riorganizzazioni amministrative di enti amministrativi pubblici ed ai trasferimenti di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici, fatti, questi, non costituenti trasferimento di imprese.

Infatti, l'avversario non dimostra la mancata conservazione complessiva dell'intera retribuzione. Ben potrebbe il minor importo dell'i.i.s. essere stato compensato con l'assegno *ad personam*. Non a caso l'art. 3 dell'accordo 20 luglio 2000 fa la differenza tra «trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999» ed importo relativo alla posizione stipendiale derivante dal nuovo inquadramento: se differenza esiste, questa viene compensata con l'assegno personale. Se nel trattamento annuo non fosse ricompresa l'i.i.s., si produrrebbe una spesa per lo Stato non contemplata, secondo gli argomenti sopra esposti. Pertanto, interpretando i commi 3 e 4 dell'accordo citato ponendo attenzione alla *ratio* finanziaria che domina l'intera operazione nazionale di inquadramento, deve inferirsi che, se fosse vera la tesi avversaria, i ricorrenti trarrebbero un arricchimento rispetto agli stessi colleghi statali e rispetto ai colleghi che hanno optato per rimanere nei ruoli degli enti locali.

SU TUTTI GLI ALTRI ISTITUTI (*indennità di qualifica, di rischio, di turno, compenso produttività collettiva, indennità di mensa o ticket, dotazione di vestiario di servizio*).

Anche tali domande sono infondate, non essendo previsti i relativi istituti dalla contrattazione collettiva del comparto scuola e non esistendo una norma che consenta di cumulare il trattamento economico previsto dal C.C.N.L. degli enti locali con quello previsto dal C.C.N.L. scuola.

Al contrario, il secondo comma dell'art. 3 dell'accordo collettivo 20 luglio 2000 limita il trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999 al solo stipendio (quindi, il tabellare), alla r.i.a. ed alle indennità specifiche ivi indicate, escludendo ogni altro trattamento accessorio.

Si contesta, altresì, la domanda di *cumulo degli interessi e rivalutazione*, stante il divieto posto dall'art. 22, comma 36, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, ritenuto costituzionalmente legittimo dalla Corte delle leggi con sentenza n. 82 del 12 marzo 2003.

*P.q.m.* si conclude per il rigetto di tutte le domande, con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa.

Si producono:

— nota dirigente del c.s.a di Firenze 11 gennaio 2002;

— nota dirigente M.I.U.R. 19 novembre 2001;

Firenze, 12 settembre 2003 - *Avvocato dello Stato: Paolo Marchini*.

**Corte d'appello di Firenze, sezione lavoro, sentenza 10 febbraio 2004, n. 115** – Pres. L. Bartolomei – Rel. F. Nisticò – Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca c/M.D. ed altri (Avv. S. Catanzariti).

«*Svolgimento del processo.* Con sentenza 27 maggio 2003, il Tribunale di Arezzo accoglieva la domanda avanzata da D.M. ed altri undici ex dipendenti dell'Amministrazione provinciale transitati *ex lege* n. 124/1999 al Ministero dell'Istruzione, dichiarando il loro diritto a vedersi riconosciuta l'anzianità maturata presso il primo datore di lavoro o condannando il dicastero statale al pagamento delle differenze stipendiali.

Il primo giudice riteneva che il computo dell'anzianità maturata secondo il criterio del "maturato economico" – stabilito in un decreto attuativo della legge n. 124 del 1999 – risultava peggiorativo rispetto al criterio della "rivalutazione dell'anzianità effettiva" annunciato nella fonte primaria.

Avverso la sentenza interponeva appello il Ministero dell'Istruzione argomentando per l'efficacia derogatoria del criterio contenuto nel decreto interministeriale 5 aprile 2001, che aveva recepito la regola fissata nell'accordo collettivo 20 luglio 2000 intervenuto fra l'A.R.A.N. e le OO.SS. Concludeva chiedendo il rigetto della domanda avanzata in prima grado in totale riforma della sentenza gravata.

I lavoratori resistevano nel giudizio d'appello chiedendo il rigetto dell'impugnazione sulla base degli argomenti svolti dal primo giudice.

All'udienza del 6 febbraio 2004 la causa veniva discussa e decisa come da dispositivo del quale veniva data pubblica lettura.

*Motivi della decisione.* L'appello è fondato.

La questione sottoposta alla valutazione del Collegio si risolve nella corretta interpretazione della sequenza normativa che la regola, avuto riguardo alla fonte primaria ed alle fonti secondarie o negoziali successivamente intervenute.

Le parti, infatti, non fanno questione sulla esatta interpretazione dell'art. 8 della legge n. 124 del 1999 che, anche a tenore delle difese dell'appellante, ha enunciato la valutazione dell'anzianità pregressa secondo un criterio sicuramente più favorevole rispetto a quello recepito nel decreto interministeriale di ricezione della pattuizione collettiva. Sinteticamente si può dire, dunque, che la fonte primaria aveva stabilito il criterio dell'anzianità effettiva (come se i transitati fossero stati alle dipendenze del Ministero sin dalla data della loro assunzione) e quella secondaria ha concretamente enunciato un criterio diverso (e svantaggioso per i lavoratori) consistito nella valutazione *una tantum* dell'anzianità maturata. Tale ultimo criterio si risolve, come è pacifico fra le parti, nel determinare quale retribuzione iniziale quella risultante dal coacervo del maturato, eventualmente mediante una quota retributiva *ad personam*.

Ciò posto, occorrerà solo verificare se la fonte successiva (d. intr. 5 aprile 2001) fosse autorizzata a derogare alla fonte legislativa.

La materia è regolata dall'art. 2, comma 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (“*norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”).

Occorre subito rilevare che la disposizione in esame era già vigente al momento dell'entrata in vigore della legge n. 124 del 1999: essa, infatti, riproduce (secondo la tecnica del testo unico) quanto già stabilito dal d.lgs. n. 80 del 1998 modificativo del d.lgs. n. 29 del 1993).

La norma stabilisce: “*i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario*”.

La disposizione in esame, nel regolare il rapporto fra fonti di efficacia diversa, distingue fra le norme generali che regolano i rapporti di lavoro e quelle che abbiano efficacia limitata al pubblico impiego o ad una singola categoria di pubblici impiegati. Le prime (quelle che regolano indifferentemente il rapporto di lavoro privato e quello pubblico e siano quindi di generale applicabilità) rimangono soggette alla regola fondamentale secondo la quale le fonti di rango inferiore o le fonti collettive non possono derogare se non *in melius*. Le seconde (norme che si applicano solo al pubblico impiego od ad una categoria di pubblici impiegati), in ragione del criterio generale stabilito dal d.lgs. n. 29/1993, sono assoggettate ad un diverso regime che assegna la prevalenza della volontà collettiva rispetto alla volontà normativa. In tal modo al contratto collettivo è assegnato il ruolo di fonte esclusiva con efficacia derogatoria – *in parte qua* – anche della fonte primaria. Si tratta di una scelta legislativa coerente con il sistema, perché fatta salva la inderogabilità delle fonti che regolano in via generale tutti i rapporti di lavoro (pubblici privatizzati e privati), quelle destinate ad incidere sul rapporto di pubblico impiego (o solo, come nella specie, su una categoria di pubblici impiegati) possono essere derogate (meglio: abrogate) dalla pattuizione collettiva. All'evidenza si tratta di assegnare alla volontà negoziale un ruolo significativo in linea con il ripudio – sul piano dei principi – della regolamentazione unilaterale del rapporto di pubblico impiego.

La garanzia della inderogabilità di quelle altre norme che sono destinate a regolare tutti i rapporti di lavoro – senza distinguere fra pubblico e privato – assegna al sistema così delineato anche una sicura coerenza costituzionale, nella parte in cui realizza la provvista di tutela minima *ex art. 36 Cost.* in favore della parte debole del rapporto.

La ricostruzione fin qui operata trova, poi, una ulteriore conferma se si rapporta al regime transitorio (art. 69 d.lgs. n. 165/2001). Qui il legislatore ha previsto che le norme in materia di pubblico impiego – generali o speciali che siano – siano inapplicabili – limitatamente alla materia regolata ed ai soggetti destinatari – con la stipula dei contratti collettivi del quadriennio 1994/1997 e siano *tout court* abrogate stipula dei contratti collettivi per il quadriennio successivo.

Se ne ricava agevolmente il principio fondamentale in tema di nuova regolamentazione del pubblico impiego secondo il quale alla fonte collettiva è conferito un ruolo normativo

privilegiato rispetto alla fonte legale e che, in definitiva, l'impianto regolatorio sia realizzato attraverso le enunciazioni normative contenute nelle fonti primarie destinate a regolare tutti i rapporti di lavoro (pubblici e privati) con il connotato della sola derogabilità *in melius* e quelle contenute nelle fonti collettive (stante il carattere peculiare della fonte negoziale in materia di pubblico impiego). In tale sistema, dunque, l'enunciazione legislativa che intervenga a regolare un rapporto privatizzato (od una sola categoria di dipendenti privatizzati) ha, per definizione, carattere provvisorio, perché è destinata ad operare in mancanza di una diversa determinazione negoziale e fino quando questa non intervenga.

Ovviamente, quando il legislatore intenda conferire anche alla fonte specifica del pubblico impiego il carattere della inderogabilità (e dunque equiparala nel sistema alla fonte generale di tutti i rapporti di lavoro) può farlo qualificando come inderogabile l'atto normativo (art. 2, comma 2).

Venendo, ora, alla fattispecie concreta, si ha che l'art. 8 della legge n. 124 del 1999 – intervenuta quando già l'art. 2, comma 2, del t.u. n. 165 era in vigore per effetto del d.lgs. n. 80 del 1998 –, è sicuramente norma destinata al solo pubblico impiego ed in particolare destinata a regolare una specifica categoria di pubblici impiegati (il c.d. personale a.t.a. transitato dalle Amministrazioni provinciali a quella statale). Essa, dunque, non è norma generale e non si qualifica come inderogabile, di tal che le fonti negoziali successivamente intervenute a dare contenuto alla regola enunciata dalla legge sono fornite di efficacia derogatoria (meglio, abrogativa) anche *in peius*.

In realtà, a parere del Collegio, non si tratta neppure di deroga *in peius* perché, come si è visto, la fonte collettiva sostituisce la fonte normativa e quindi enuncia la regola che tiene luogo integralmente di quella contenuta nella legge. Non si ha, dunque, un concorso di fonti da verificare sulla base del principio della derogabilità, ma una sostanziale sostituzione di fonti.

E sul punto la motivazione resa del primo giudice – che non si è dato carico della questione – appare del tutto sfornita di congruità, perché omette di parametrare la disciplina del concorso alle regole specifiche dettate in tema di pubblico impiego privatizzato.

Dunque la fonte collettiva può “derogare” al criterio stabilito nell'art. 8 della legge n. 124 del 1999.

Sul punto occorrerà verificare, ancora, se la diversa regola (e cioè quella del maturato economico, più sfavorevole per i lavoratori) sia regola negoziale (ex art. 2, comma 2, t.u. n. 165/2001 o regola dettata unilateralmente dell'amministrazione (mediante decreto interministeriale).

Si sostiene, infatti, da un lato che la fonte sia rappresentata da un decreto e non da un contratto e che, comunque, l'accordo del luglio 2000 non possa qualificarsi come “contratto collettivo” “secondo le modalità previste nel titolo III” del decreto n. 165/2001. Entrambi i rilievi sono infondati.

Occorre esaminare, come enunciato in premessa, la sequenza delle fonti che hanno interessato la materia.

L'art. 8 della legge n. 124 *cit.* demandava ad un decreto interministeriale di fissare la modalità del trasferimento del personale a.t.a. dalle amministrazioni locali allo stato. La prima fonte misteriale intervenuta in conformità alla previsione normativa è stata il d.interm. 23 luglio 1999 che ha rimandato ad un successivo intervento per la specifica regolamentazione del rapporto di lavoro, “*previa contrattazione collettiva... fra l'A.R.A.N. e le OO.SS.*” La contrattazione collettiva si è avuta (Accordo 20 luglio 2000) ed è stata recepita con il d.interm. 5 aprile 2001 che, all'art. 3, ha enunciato quella regola sulla valutazione della anzianità pregressa che i lavoratori oggi menano in discussione.

Così stando le cose, è opinione del Collegio che sia del tutto irrilevante la veste formale che direttamente disciplini la fattispecie: vero è che si tratta di un decreto interministeriale, ma è altrettanto incontestabile che il suo contenuto corrisponda alla regola formata in sede di contrattazione collettiva fra l'A.R.A.N. e le OO.SS. e che, dunque, il risultato sia quello di una determinazione negoziale ex art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001. La circostanza dell'avvenuta ricezione in un decreto interministeriale, poi, rappresenta all'evidenza una mera conseguenza del procedimento normativo imposto dall'art. 8 della legge n. 124 *cit.* (che, come si è visto rimandava ad un d.m., che a sua volta rimandava ad altro d.m., previa contrattazione collettiva).



Si ha, in definitiva, che il principio di valutazione dell'anzianità del personale a.t.a. transitato allo stato è principio formato in sede di contrattazione collettiva e come tale sostitutivo di quello enunciato dall'art. 8 della legge n. 124.

Nell'affermare, poi, che comunque non si tratti di contrattazione collettiva autorizzata a derogare la legge, si confonde la regola di cui all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 con quella subito dopo enunciata al comma 3. È vero che secondo tale ultima disposizione solo il C.C.N.L. in regola con le previsioni del titolo III del t.u. n. 165 (tale non essendo quello in esame) possa costituire la fonte del rapporto, ma è altrettanto vero che questo si ha nei soli casi nei quali si tratti di "*attribuire trattamenti economici*". La disciplina in esame, dunque, si riferisce ai soli aumenti retributivi che la legge assegna alla contrattazione collettiva *ex art. 45 t.u. n. 165*; e nel caso di specie non di aumenti retributivi si tratta, ma diversamente, della valutazione – ai fini giuridici ed economici – dell'anzianità pregressa.

La domanda avanzata dai ricorrenti nel corso del giudizio di primo grado va, pertanto, rigettata. La particolarità della questione e l'esistenza di precedenti di segno contrario, giustificano la compensazione delle spese per entrambi i gradi del giudizio.

*P.Q.M.* – In accoglimento dell'appello ed in riforma dell'appellata sentenza rigetta la domanda avanzata dai ricorrenti in primo grado. Compensa le spese processuali del doppio grado.

Firenze 6 febbraio 2004».

## Su alcune questioni relative all'impugnazione dei bandi di gara

(Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 27 gennaio 2003, n. 1)

La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si segnala per alcune questioni attinenti all'impugnazione dei bandi di gara, piuttosto dibattute dalla giurisprudenza e dalla dottrina amministrativa.

Le vicende che hanno dato origine alla controversia in esame sono le seguenti. Con deliberazione di contrattare e successivo bando il Comune di Aversa indiceva una gara per l'aggiudicazione dell'appalto per un'opera pubblica; con ulteriore lettera di invito, veniva stabilito che sarebbero state «considerate anomale le offerte che [avessero presentato] una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementate dai valori del 7%».

Successivamente all'aggiudicazione dell'appalto, una delle quattro imprese ammesse alla gara, la cui offerta era stata giudicata «anormalmente bassa» dalla Commissione tecnico-amministrativa, impugnava con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale della Campania tutti gli atti e i provvedimenti relativi alla detta gara di appalto. Il T.A.R. della Campania accoglieva nel merito il ricorso, sulla base della considerazione che l'esclusione automatica dell'offerta anomala, ai sensi del normativa valida in materia, può essere ordinata solo in presenza di almeno quindici offerte valide.

Con ordinanza n. 2406 del 6 maggio 2002, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato disponeva la rimessione all'Adunanza Plenaria della decisione dell'appello presentato dal Comune di Aversa, al fine di risolvere le seguenti questioni giuridiche (1) ritenute di particolare importanza:

1. — se le clausole relative ai bandi di gara o alle lettere di invito non attinenti ai requisiti per l'ammissione dei concorrenti debbano essere impugnate immediatamente ovvero se possano essere impugnate con l'atto applicativo che conclude la procedura selettiva;

2. — se l'avvenuta esecuzione dell'appalto renda inammissibile il ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione, nonostante la proponibilità dell'azione risarcitoria.

Quanto al primo quesito, il Consiglio di Stato, sulla base della considerazione che in caso di ricorso giurisdizionale (e amministrativo) l'interesse ad agire nonché la lesione dell'interesse sostanziale subita dal ricorrente devono presentare i caratteri della personalità, dell'attualità e della concretezza, afferma che i bandi di gara o di concorso e le lettere di invito possono essere impugnati soltanto assieme agli atti conclusivi del procedimento concorsuale (ad es. atto che nega l'aggiudicazione). Difatti, è solo con il provvedimento che fa applicazione del bando di gara che si rende attuale e concreta

---

(1) Le questioni in esame costituiscono il primo ed il secondo motivo d'appello; entrambe le questioni erano state proposte in primo grado come eccezioni preliminari e rigettate dal T.A.R. della Campania.

la lesione della situazione giuridica soggettiva facente capo all'interessato e, di conseguenza, sorge in capo allo stesso un interesse attuale ad impugnare il bando.

Facendo applicazione dei medesimi principi in tema di interesse a ricorrere, il Consiglio ritiene che le clausole del bando di gara siano immediatamente impugnabili solo allorché, richiedendo requisiti soggettivi di ammissione preesistenti alla gara ovvero oneri irragionevoli ai fini della partecipazione, impediscano concretamente l'ammissione dell'interessato alla selezione, manifestando in modo immediato e concreto la propria attitudine lesiva dell'interesse sostanziale del soggetto che richiede di partecipare alla gara.

Nel caso di specie, dunque, il ricorso era stato tempestivamente proposto, poiché la clausola relativa alla valutazione automatica dell'anomalia dell'offerta non aveva precluso la partecipazione alla procedura concorsuale e, pertanto, andava impugnata solo unitamente all'atto che dichiarava l'anomalia stessa.

In relazione al secondo quesito, l'Adunanza Plenaria statuisce che l'esecuzione, integrale o parziale, di un'opera pubblica oggetto di una gara d'appalto non determina il venir meno dell'interesse a ricorrere in capo al partecipante non aggiudicatario. Infatti, in capo a costui non solo persiste un interesse cosiddetto morale all'accertamento dell'illegittimità della gara, ma è altresì riscontrabile l'interesse ad ottenere non già la rinnovazione del procedimento di aggiudicazione (impossibile nel caso in cui sia stata realizzata l'opera pubblica), bensì il risarcimento del danno in conseguenza della pronuncia di illegittimità della procedura concorsuale, stante il principio attualmente vigente nel nostro ordinamento della generale risarcibilità della lesione degli interessi legittimi.

Infine, quanto al terzo motivo d'appello, il Consiglio conferma la statuizione del giudice di prime cure, affermando che la clausola di esclusione automatica delle offerte contenuta nella lettera di invito vada letta nel quadro della normativa che disciplina la fattispecie. Ai sensi dell'art. 2 *bis* del decreto legge 2 marzo 1989 n. 65 – convertito nella legge 26 aprile 1989 n. 155 – la facoltà di esclusione automatica non può operare se non in presenza di almeno quindici offerte valide, mentre nell'ipotesi di specie erano solo quattro le offerte presentate.

*Dott.ssa Daria Fortuna*

**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 27 gennaio 2003, n. 1** - Pres. A. de Roberto - Est. A. Pajno - Comune di Aversa (Avv.ti A. Romano e E. Luponio) c/ Z.C. S.p.a. ed altri.

*Le prescrizioni illegittime contenute nei bandi di gara o di concorso, salvo che siano attinenti ai requisiti di ammissione dei singoli concorrenti, possono essere impuginate soltanto contestualmente all'atto applicativo che conclude la procedura selettiva, perché è solo con tale atto che si manifesta la concreta lesione della situazione soggettiva del partecipante, la quale determina a sua volta la sussistenza di un interesse (processuale) a ricorrere.*

*L'avvenuta esecuzione dell'opera pubblica non determina il venir meno dell'interesse all'annullamento giurisdizionale degli atti dei bandi di gara che contengano prescrizioni illegittime;*

*infatti, la statuizione giurisdizionale di annullamento della procedura concorsuale assume comunque rilevanza in un successivo giudizio risarcitorio volto a ristorare il ricorrente dell'eventuale pregiudizio patito.*

«(omissis) 1. — Deve, innanzi tutto, essere osservato che con l'ordinanza n. 2406 del 6 maggio 1992 la Quinta Sezione, investita della decisione dell'appello interposto dal Comune di Aversa avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, ha rimesso all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato una serie di importanti questioni, concernenti la portata dell'onere di immediata impugnazione delle clausole dei bandi di gara diverse da quelle riguardanti i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva, la possibilità per il giudice amministrativo di disapplicare clausole del bando di gara o di concorso eventualmente in contrasto con il diritto comunitario, e la rilevanza dell'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica oggetto dell'appalto ai fini della procedibilità del ricorso proposto avverso l'esclusione od il diniego di aggiudicazione.

Si tratta di questioni, in relazione alle quali si sono già verificati o potrebbero verificarsi contrasti giurisprudenziali, e la cui soluzione appare collegata alle questioni preliminari risolte negativamente nella sentenza del T.A.R. della Campania, riproposte nel secondo grado del giudizio del Comune appellante con i primi due motivi di gravame.

2. — Nell'ordine logico, deve innanzi tutto essere esaminato il primo motivo dell'appello, con cui il Comune di Aversa ripropone sostanzialmente l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado a causa dell'omessa tempestiva impugnazione delle clausole del bando di gara concernenti l'esclusione automatica delle offerte che presentino una percentuale di ribasso superiore alla media delle offerte ammesse, incrementata del 7%; eccezione, questa, disattesa dal giudice di primo grado.

(omissis) 4. — Ai fini della decisione sul primo motivo dell'appello proposto dal Comune di Aversa appare, invece, rilevante la generale questione, individuata nell'ordinanza di remissione concernente «l'esatta delimitazione dell'ambito oggettivo dell'onere di immediata impugnazione dal bando di gara o di concorso».

a) In proposito la Quinta Sezione, dopo avere provveduto ad un'ampia rassegna delle opinioni di recente manifestatesi in giurisprudenza, ha segnalato che, accanto al consolidato indirizzo interpretativo volto a richiedere l'immediata impugnazione del bando solo con riferimento alle clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione, si sono sviluppati orientamenti di segno diverso e tra di loro contraddittori.

La Quinta Sezione ha fatto presente che la soluzione tradizionale appare preferibile, in quanto utile ad individuare un criterio normalmente di facile applicazione, e che, tuttavia, i principi generali potrebbero autorizzare un parziale ampliamento delle ipotesi di impugnazione immediata, con particolare ed esclusivo riguardo alle clausole relative alle modalità oggettive di partecipazione alla gara.

5. — L'Adunanza condivide l'avviso espresso dalla Quinta Sezione con l'ordinanza n. 2406 del 2002, e ritiene di conseguenza, che l'onere di immediata impugnazione del bando di gara debba, normalmente, essere riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione. L'Adunanza ritiene, tuttavia, che, non possa essere escluso un dovere di immediata impugnazione delle clausole del bando in quei limitati casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino, manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale.

In proposito, si osserva che i problemi affrontati e risolti dalle numerose decisioni richiamate dall'ordinanza della Quinta Sezione, dai diversi indirizzi in cui le stesse possono essere inquadrate e sistematizzate, attengono tutti alla più generale questione riguardante la determinazione del momento della tempestiva impugnazione degli atti generali e delle clausole e prescrizioni in essa contenuti; problema questo che, in linea di principio si pone proprio per la natura ed il contenuto degli atti in questione.

Per gli atti amministrativi a carattere generale, destinati alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti nei confronti di una pluralità di destinatari, non determinati nei provvedimenti, ma chiaramente determinabili, si pone il problema della loro lesività immediata prima dell'adozione degli atti applicativi: prima cioè che gli atti puntuali che delle clausole degli atti generali fanno applicazione, identifichino in concreto i destinatari da essi effettivamente lesi nella loro situazione soggettiva.

Poiché il problema è destinato ad avere rilievo specifico con riferimento alla tutela (giurisdizionale ed amministrativa) nei confronti di tali tipi di provvedimenti, esso è stato tradizionalmente (e correttamente) risolto alla luce dei principi che regolano l'ammissibilità del ricorso giurisdizionale (o amministrativo).

Tali principi richiedono che sia l'interesse sostanziale (a tutela del quale si agisce) che l'interesse ad agire siano caratterizzati dai requisiti della personalità e della attualità. Tali interessi devono, cioè, essere propri del soggetto ricorrente e devono avere riferimento ad una fattispecie già perfezionatasi; diversamente, infatti, si sarebbe di fronte ad interessi meramente potenziali.

Anche la lesione subita dall'interesse sostanziale del ricorrente (ed in conseguenza della quale egli agisce in giudizio) deve, in linea di stretta consequenzialità, essere contrassegnata dai caratteri della immediatezza, della concretezza e dell'attualità.

La lesione deve, cioè, costituire una conseguenza immediata e diretta del provvedimento dell'Amministrazione e dell'assetto di interessi con esso introdotto, deve essere concreta e non meramente potenziale, e deve persistere al momento della decisione del ricorso.

Applicando tali principi consolidati al problema riguardante l'identificazione del momento della tempestiva impugnazione degli atti generali, è stato così affermato, con indirizzo giurisprudenziale ormai risalente, che i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare. D'altra parte, ove l'esito negativo della procedura concorsuale dovesse effettivamente verificarsi, l'atto che chiude tale procedura facendo applicazione della clausola o della disposizione del bando di gara o di concorso, non opererà nel senso di rinnovare (con l'atto applicativo) una lesione già effettivamente prodottasi, ma renderà concreta ed attuale (ed in questo senso, la provocherà per la prima volta) una lesione che solo astrattamente e potenzialmente si era manifestata, ma che non aveva ancora attitudine (per mancanza del provvedimento conclusivo del procedimento) a trasformarsi in una lesione concreta ed effettiva.

In questa prospettiva, ciò che, quindi, appare decisivo ai fini dell'affermazione dell'esistenza di un onere di tempestiva impugnazione è la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, che determina, a sua volta, la sussistenza di un interesse attuale all'impugnazione; e quindi, con riferimento al bando di gara o di concorso o alla lettera di invito, l'attitudine (sua o di alcune clausole in essi contenute) a provocare una lesione di tal genere.

6. — È per tale ragione che è stato, pertanto, tradizionalmente affermato che il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono tuttavia, essere considerati immediatamente impugnabili allorché contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione.

In tale ipotesi, infatti, la clausola del bando o della lettera di invito, precludendo essa stessa la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, appare idonea a generare una lesione immediata, diretta ed attuale, nella situazione soggettiva dell'interessato, ed a suscitare, di conseguenza, un interesse immediato alla impugnazione, dal momento che l'interesse all'impugnazione sorge al momento della lesione (Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2001 n. 3264). È stato, così, correttamente affermato che l'onere dell'immediata impugnativa degli atti preliminari costituenti la *lex specialis* della gara è ipotizzabile soltanto quando questa contenga prescrizioni dirette a precludere la stessa partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale (Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2001 n. 3507; Sez. VI, 18 dicembre 2001 n. 6260). In tale prospettiva, è stato osservato che le clausole del bando che debbono essere immediatamente impugnate sono, di norma, quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione, dal momento che

la loro asserita lesività non si manifesta e non opera per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì nel momento anteriore nel quale tali requisiti sono stati assunti come regole per l'amministrazione (Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2002 n. 1747).

Ciò che quindi, appare decisivo, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione delle clausole che prescrivono requisiti di partecipazione è pertanto non soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara od alla procedura concorsuale.

Clausole così caratterizzate riguardano, in primo luogo, *requisiti soggettivi* degli aspiranti partecipanti al concorso. Val quanto dire che esse riguardano direttamente ed immediatamente i soggetti stessi (e non le loro offerte o le ulteriori attività connesse con la partecipazione alla gara), e per tale ragione producono nei loro confronti effetti diretti, identificando immediatamente i soggetti che, in quanto privi dei requisiti richiesti, da tali clausole sono immediatamente e direttamente incisi.

Esse fanno pure riferimento ad una *situazione* (di norma, una situazione di fatto) che è preesistente rispetto al bando, e totalmente indipendente dalle vicende successive della procedura e dei relativi adempimenti, e non richiede valutazioni o verificazioni particolari. Sotto questo profilo, non è la procedura concorsuale ed il suo svolgimento a determinare l'effetto lesivo (come avviene nel caso della valutazione dell'anomalia dell'offerta), ma direttamente il bando, che prende in considerazione una situazione storicamente ad esso preesistente e totalmente definita.

In terzo luogo, le clausole ricollegano alla situazione di fatto presa in considerazione un effetto giuridico diretto (l'impossibilità di prendere parte alla gara o alla procedura concorsuale) che appare immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale degli aspiranti. È quindi il bando, e non il successivo svolgimento della procedura concorsuale, a determinare esso stesso la lesione dell'interesse degli aspiranti, escludendo per i medesimi, con la partecipazione alla procedura concorsuale, la possibilità di conseguire l'aggiudicazione ovvero (nel caso di concorso in materia di pubblico impiego) la collocazione utile in graduatoria.

Sotto questo profilo, acquista un rilievo significativo la tradizionale opinione dottrinale e giurisprudenziale che vede nei bandi di gara e di concorso (e più ampiamente, negli atti generali) dei provvedimenti destinati (a differenza degli atti normativi) alla cura concreta degli interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti dei destinatari: e, in effetti, le clausole che identificano requisiti soggettivi di partecipazione degli interessati, provvedono esse stesse direttamente alla cura dell'interesse pubblico per la realizzazione del quale il bando è stato emanato, escludendo immediatamente dalla platea dei partecipanti – e quindi dalla possibilità dell'aggiudicazione o della collocazione utile nella graduatoria del concorso – quei soggetti il cui esito positivo nella procedura concorsuale non sembra realizzare, con una valutazione formulata direttamente con il bando, l'interesse pubblico perseguito.

L'eventuale atto dell'Amministrazione precedente, volto ad escludere l'interessato privo dei requisiti previsti dal bando dalla procedura concorsuale avrà, pertanto, valore meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto e di una lesione già prodottasi nei confronti di chi, avendo comunque chiesto di partecipare alla procedura, attraverso la presentazione della domanda, appare già identificato come destinatario direttamente inciso dal bando di gara o di concorso. La presentazione della domanda di partecipazione, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, fa del soggetto che ha provveduto a tale adempimento un destinatario identificato, direttamente inciso del bando.

L'orientamento giurisprudenziale che prevede la normale impugnabilità del bando di gara o di concorso unitamente agli atti applicativi, con l'eccezione del caso che si sia di fronte a clausole riguardanti requisiti di partecipazione alla procedura concorsuale fa, pertanto, corretta applicazione, nell'ipotesi generale ed in quella configurata come eccezione, dei principi in tema di interesse a ricorrere, dal momento che, sia con riferimento all'una che all'altra, afferma l'esistenza dell'onere dell'impugnazione in relazione all'esistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, alla sua chiara ed immediata percepibilità, ed alla correlativa sussistenza di un interesse (processuale) a ricorrere.

7. — Anche gli altri orientamenti giurisprudenziali, diversi da quello che circoscrive l'onere di immediata impugnazione del bando alle sole clausole riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione, e ricordati nell'ordinanza di rimessione, intendono, peraltro, fare applicazione dei principi consolidati di tema di interesse a ricorrere. Tali orientamenti operano o affermando che l'interesse ad impugnare il bando sorge sempre ed unicamente con l'atto applicativo, perché solo esso genera una lesione attuale, ovvero (e secondo una impostazione di segno opposto) postulando l'esistenza, in certe situazioni, e con riferimento esclusivo al bando di gara, di un interesse, diverso dall'interesse a conseguire l'aggiudicazione o ad essere collocato in posizione utile in graduatoria, che sarebbe immediatamente leso dal bando, senza necessità di atti applicativi, e che giustificerebbe di conseguenza, l'onere di immediata impugnazione del bando. Così è, ad esempio, quando si afferma la sussistenza di un autonomo interesse (eventualmente immediatamente leso da alcune clausole del bando) delle ditte partecipanti a vedere limitato il numero delle ditte che possano prender parte alla gara; così, ancora, quando si sottolinea l'autonomia dell'interesse dell'impresa alla preventiva definizione dei parametri di valutazione delle offerte o si postula un autonomo interesse delle imprese (diverso da quello all'aggiudicazione) a partecipare ad una gara le cui regole siano legittime; così, avviene, più in generale, allorché si dà rilievo, ai fini dell'immediata impugnazione, ad interessi di carattere procedimentale e che individuano utilità di tipo strumentale.

Alla postulazione di tali autonomi interessi (e dell'immediata lesione di essi che sarebbe operata dal bando) si accompagna, talvolta — implicitamente o esplicitamente — un modo di intendere i rimedi giurisdizionali che fanno di essi strumenti posti e riconosciuti a tutela dell'interesse generale alla legittimità dell'azione amministrativa o che assegna, comunque, ai medesimi, scopi e finalità ulteriori e diversi rispetto a quello della soddisfazione della situazione soggettiva fatta valere.

L'Adunanza Plenaria, pur apprezzando le esigenze che sono alla base della loro formazione, ritiene che non possano essere condivisi gli esiti di tali indirizzi giurisprudenziali, dal momento che essi conducono ad una non esatta applicazione del principio generale che connette l'onere di immediata impugnazione all'esistenza in capo al ricorrente di una lesione non potenziale, ma concreta ed attuale, ed alla sussistenza di un altrettanto attuale interesse ad impugnare. Essi, infatti, o posticipano erroneamente all'atto applicativo la sussistenza di una lesione già, in certe specifiche situazioni, prodotta attualmente dal bando, ovvero si risolvono — quando affermano l'onere di immediata impugnazione del bando anche con riferimento a clausole diverse da quelle concernenti i requisiti di partecipazione — in una impropria frammentazione e polverizzazione, in una serie di interessi diversi, dell'unico interesse sostanziale protetto.

(*omissis*) 12. — L'Adunanza Plenaria ritiene, poi, opportuno ribadire l'indirizzo tradizionale, che normalmente esclude l'onere dell'immediata impugnazione del bando, anche nei riguardi delle clausole che definiscono gli oneri formali di partecipazione.

A tale esito sembra necessario pervenire considerando che non sempre le cennate clausole appaiono in realtà assimilabili, quanto alla struttura ed al modo di operare, a quelle che, definendo requisiti soggettivi di partecipazione sono tradizionalmente considerati immediatamente impugnabili.

Si è visto sopra come tali clausole riguardino direttamente qualità dei soggetti partecipanti e non le loro attività connesse alla partecipazione alla gara, e come esse facciano riferimento a situazioni preesistenti rispetto al bando. Al contrario, le clausole che introducono oneri formali di partecipazione sembrano riguardare proprio l'attività dei soggetti interessati alla procedura concorsuale, devono essere poste in essere in vista della partecipazione alla gara ed in relazione ad essa, non paiono fare riferimento a situazioni oggettive definite prima della gara e da essa indipendenti, e possono richiedere con riferimento soprattutto al loro effettivo rispetto, alla possibilità di adempimenti equivalenti ed alla loro incidenza concreta rispetto alla conclusione negativa della procedura concorsuale per l'interessato accertamenti e valutazioni dall'esito non scontato.

Riguardate, poi, nel loro modo di operare, le clausole che richiedono adempimenti formali, quali la presentazione di documenti, non sembrano agire in modo diverso dalle ordinarie clausole del bando, impugnabili insieme all'atto applicativo.

Esse, infatti, possiedono una astratta potenzialità lesiva, la cui rilevanza e concreta capacità di provocare una lesione attuale può essere valutata solo con l'atto applicativo. Si tratta, in particolare, di clausole che, imponendo un certo comportamento alle imprese ed ai soggetti interessati alla procedura concorsuale, potranno produrre un concreto effetto lesivo soltanto dopo che tale comportamento sia stato posto in essere e nei limiti della concreta rilevanza di esso ai fini della determinazione dell'esito negativo della medesima procedura. Clausole del genere potrebbero essere ritenute immediatamente impugnabili soltanto affermando l'esistenza di un autonomo interesse dell'impresa a conformare le modalità di partecipazione alla gara indipendentemente dall'aggiudicazione ed a prescindere da essa: esito questo, obiettivamente non divisibile per le ragioni già diffusamente illustrate.

13. — Non può, invece, essere escluso un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito con riferimento a clausole, in essi contenute, che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale. Fra le ipotesi sopra richiamate può, sul piano esemplificativo, essere ricompresa quella di un bando che, discostandosi macroscopicamente dall'onere di clare loqui, al quale, per i suoi intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione.

L'esistenza in concreto di clausole del genere costituisce, come è ovvio, accertamento di fatto e non può che essere rimesso all'apprezzamento del giudice della controversia. In ordine alle medesime, per altro, non può essere negato, l'esistenza di un onere di immediata impugnazione proprio perché esse sembrano sostanzialmente comportarsi come le clausole riguardanti i requisiti soggettivi o di partecipazione, per le quali l'esistenza di tale onere è tradizionalmente affermato.

Le clausole in questione, infatti, manifestano immediatamente la loro lesività, appaiono sostanzialmente idonee a precludere immediatamente la stessa partecipazione alla procedura concorsuale e ricollegano alle prescrizioni introdotte un effetto giuridico diretto (l'impossibilità di prendere atto alla gara) che appare immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale degli aspiranti.

14. — Non appare, infine, rilevante ai fini della definizione della controversia, la questione — pure prospettata con l'ordinanza di rimessione — attinente alla possibilità di disapplicare le disposizioni del bando di gara contrastanti con norme inderogabili, quanto meno nell'ipotesi in cui esse siano di derivazione comunitaria ((par. 58, lett. C dell'ordinanza di rimessione).

La rilevanza di tale questione suppone, infatti, che si sia di fronte ad una omessa o tardiva impugnazione della clausola del bando: esito, questo, che non si verifica nel caso in esame, nel quale il bando di gara è stato impugnato con un ricorso che appare tempestivo.

15. — Alla stregua delle superiori osservazioni, il primo motivo dell'appello del Comune di Aversa deve essere rigettato. La clausola contenuta nel bando, in forza della quale «saranno considerate anomale le offerte che presenteranno una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementate dei valori del 7%», attenendo alla valutazione automatica dell'anomalia dell'offerta e non ai requisiti di partecipazione alla gara, doveva, infatti, essere impugnata non immediatamente, ma unitamente all'atto che dichiarava l'anomalia dell'offerta.

Nella specie, infatti, le disposizioni di gara impuginate non precludevano la partecipazione alla procedura concorsuale, mentre il meccanismo di esclusione automatica era destinato ad operare nell'eventualità in cui risultassero prodotte offerte con un ribasso superiore di sette punti alla media aritmetica di tutte le offerte ammesse. Il bando non poteva, pertanto che essere impugnato unitamente al provvedimento che accertava l'anomalia dell'offerta e disponeva l'esclusione dell'associazione temporanea di imprese interessata dalla gara.

16. — Deve, adesso, essere esaminato il secondo motivo del gravame, con cui il Comune deduce che erroneamente il Tribunale avrebbe rigettato l'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado, proposto dall'ATI Z., essendo stata ormai realizzata l'opera pubblica oggetto della gara impugnata. Con riferimento alla decisione di tale motivo di gravame, la Quinta Sezione ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se l'intervenuta esecuzione



integrale dell'appalto renda inammissibile il ricorso per l'annullamento della aggiudicazione, ferma restando la proponibilità e la procedibilità dell'azione risarcitoria. In particolare, la Quinta Sezione ha rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione concernente la rilevanza dell'intervenuta esecuzione dell'opera pubblica, ai fini dell'ammissibilità o della procedibilità del ricorso proposto contro l'aggiudicazione dell'appalto e contro i connessi atti del procedimento, e con esso il più generale problema del rapporto tra l'azione di annullamento e la domanda di risarcimento del danno, al fine di stabilire se, nel quadro delineato dal decreto legislativo n. 80 del 1998 e dalla legge n. 205 del 2000, la tempestiva domanda di annullamento del provvedimento amministrativo che si assume lesivo della situazione soggettiva dell'interessato, costituisca, o meno, presupposto di ammissibilità della domanda risarcitoria.

17. — L'Adunanza osserva che tale ultima questione, riguardante il rapporto tra azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi impugnati e domanda di risarcimento del danno, non è rilevante, nei suoi termini generali, ai fini della controversia in esame.

La rilevanza di tale questione per la definizione della controversia suppone, infatti, che si sia di fronte ad una domanda di risarcimento proposta nell'assenza di una tempestiva impugnazione dei provvedimenti amministrativi in relazione all'illegittimità dei quali si assume, appunto, l'esistenza di un danno da risarcire. Una situazione del genere non si verifica, invece, nel caso in esame, nel quale, anzi, si è di fronte ad una tempestiva impugnativa dell'atto di esclusione e del diniego di aggiudicazione, e delle clausole del bando di gara, ed in cui la questione della tutela risarcitoria è stata prospettata in via meramente eventuale, ai diversi fini della valutazione della permanenza dell'interesse, avverso il diniego di aggiudicazione conseguente alla dichiarazione di anomalia dell'offerta, pur dopo l'esecuzione dell'opera pubblica oggetto dell'appalto. La circostanza che l'azione di annullamento sia stata nella fattispecie effettivamente proposta (ed anzi si discuta della sua perseguibilità pur dopo l'esecuzione dell'opera pubblica) sembra escludere, in concreto, ogni pratica rilevanza della questione riguardante la sussistenza di una generale e necessaria pregiudizialità, della domanda di annullamento rispetto alla domanda di risarcimento, in tutti i casi in cui si sia di fronte (o addirittura se ne prospetti solamente la possibilità, come nel caso in esame) ad una richiesta risarcitoria in conseguenza dell'illegittimo esercizio della funzione pubblica.

18. — Poiché, invece è pacifico fra le parti che l'opera pubblica cui si riferisce la gara oggetto del giudizio è stata integralmente realizzata, appare rilevante, ai fini della pronuncia sul secondo motivo di gravame, la questione se l'avvenuta esecuzione dell'opera pubblica renda improcedibile il ricorso proposto contro l'aggiudicazione dell'appalto e contro i connessi atti del procedimento. È stato, in proposito, sia pure in un contesto diverso da quello attuale caratterizzato dall'affermazione della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, affermato che deve essere considerato improcedibile il ricorso proposto contro l'aggiudicazione di un contratto di appalto di opere pubbliche, qualora le relative opere siano state realizzate nelle more del giudizio e non venga provata la permanenza di uno specifico interesse morale all'annullamento (Cons. Stato, Sez. IV, 11 dicembre 1998, n. 1627).

Anche la tesi di segno opposto è stata, peraltro, affermata in giurisprudenza: è stato, così, ritenuto che l'integrale esecuzione dell'appalto oggetto di una gara non determini il venir meno dell'interesse a ricorrere in capo al partecipante non aggiudicatario, e ciò non solo per la persistenza di un interesse morale, ma anche in relazione ad un eventuale giudizio risarcitorio volto a ristorare il ricorrente dal pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità (Cons. Stato, Sez. VI, 20 dicembre 1999 n. 2117).

L'Adunanza ritiene di dover propendere per quest'ultima tesi, ed è, pertanto, dell'avviso, conforme a quello della Quinta Sezione, che l'esecuzione, in tutto o in parte, dell'opera pubblica oggetto di una gara indetta dall'Amministrazione non determini il venir meno, in capo al partecipante non aggiudicatario, dell'interesse a ricorrere avverso gli atti della procedura concorsuale. Tale esito appare, peraltro, riferibile non tanto al semplice interesse morale all'accertamento dell'illegittimità della gara, quanto, piuttosto, alla persistenza, pur dopo l'esecuzione della opera pubblica, dell'interesse a conseguire l'eventuale risarcimento dei danni volti a ristorare il pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità della gara e della sua conclusione.

Va, in proposito, ricordato che, attraverso l'impugnazione del diniego di aggiudicazione e dell'atto con cui è stata dichiarata l'anomalia dell'offerta di un partecipante, il ricorrente

mira a conseguire il bene della vita costituito dall'aggiudicazione; l'interesse sostanziale leso da tali atti, ove illegittimi è, appunto, quello a conseguire l'aggiudicazione, e tale utilità sostanziale il ricorrente intende tutelare con la rimozione, con effetto *ex tunc*, dei provvedimenti assunti dall'Amministrazione e con la riedizione, ove necessario, del potere amministrativo esercitato. In questa prospettiva, l'annullamento degli atti di gara e l'eventuale (ove necessario) esercizio del potere amministrativo costituiscono una tecnica o una modalità di tutela dell'interesse leso, al fine di conseguire l'utilità sostanziale che l'interessato intende ottenere con la partecipazione.

Deve, altresì, essere ricordato che la dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse in ordine al ricorso giurisdizionale è, in via di principio, ricollegabile al verificarsi di una situazione oggettivamente incompatibile con la realizzazione dell'utilità o della situazione di vantaggio alla quale mira il ricorso giurisdizionale medesimo, di modo che il suo esito eventualmente positivo per il ricorrente non potrebbe più giovare a quest'ultimo. La dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse al ricorso certifica che nessun effetto utile può essere conseguito dal ricorrente con l'accoglimento del ricorso.

Un esito del genere non si verifica allorché viene realizzata l'opera pubblica oggetto della gara impugnata, dal momento che tale realizzazione non si risolve in una situazione incompatibile con il conseguimento delle possibili utilità che il ricorrente si riprometteva di conseguire con il ricorso.

In particolare, l'avvenuta esecuzione dell'opera pubblica non determina il venir meno dell'interesse all'annullamento giurisdizionale degli atti di gara, ma trasforma l'interesse a tale forma di tutela in quello ad una tecnica di tutela di tipo risarcitorio, il cui esercizio è volto a ristorare l'interessato dell'eventuale pregiudizio patito.

La statuizione giurisdizionale di annullamento della procedura concorsuale assume, infatti, comunque un rilievo decisivo in un successivo giudizio risarcitorio volto a ristorare l'originario ricorrente dell'eventuale pregiudizio patito (e nei limiti del danno effettivamente configurabile in relazione alle diverse fattispecie).

19. — Alla luce delle superiori osservazioni, deve essere rigettato il secondo motivo dell'appello proposto dal Comune di Aversa, e con esso, la riproposta eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse. E, infatti, la possibilità di iniziative ulteriori volte a soddisfare e tutelare l'interesse fatto valere con il ricorso giurisdizionale proposto avverso gli atti di gara pur dopo la realizzazione dell'opera, tutte nella fattispecie sicuramente assumibili dall'Associazione di imprese appellata, avendo la medesima tempestivamente proposto la propria impugnativa giurisdizionale (senza che, quindi, assunta specifica rilevanza la questione della sussistenza o meno, in astratto, di una necessaria «pregiudiziale amministrativa») evidenzia ampiamente la persistenza dell'interesse al ricorso.

Né in contrario, possono assumere rilievo le ulteriori osservazioni dell'appellante. Ai fini, infatti, della valutazione della persistenza dell'interesse al ricorso che costituisce l'oggetto del presente giudizio appare sufficiente l'affermazione della esistenza della possibilità di future iniziative, anche di tipo risarcitorio, mentre ogni accertamento circa la loro fondatezza, la loro ampiezza ed il loro collegamento con la procedura concorsuale annullata non potrà che essere effettuato, dopo la proposizione della relativa domanda, dal (futuro) giudice del risarcimento.

20. — Deve, infine, essere esaminato il terzo motivo dell'appello, con cui il Comune di Aversa deduce che erroneamente il Tribunale avrebbe ritenuto fondata la censura concernente la mancanza del numero minimo di offerte richieste dalla legge per l'esclusione automatica dell'offerta anomala, avendo l'Amministrazione, nel caso in esame, fatto applicazione della clausola contenuta nel bando e nella lettera di invito, che sancisce la procedura automatica indipendentemente dal numero di offerte ammesse.

La doglianza è infondata e deve, di conseguenza essere rigettata.

Va, in proposito ricordato che sia il bando di gara, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 14 agosto 1991 che la lettera di invito del 7 novembre 1991, stabiliscono, per quel che in questa sede rileva, che «saranno considerate anomale» le offerte che presenteranno una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementate del 7%.

Sia il bando che la lettera di invito contenevano, pertanto, una clausola di esclusione automatica delle offerte, comportanti una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse incrementate di un valore percentuale del 7%.

Tale essendo il tenore della clausola della *lex specialis* della gara, il Collegio osserva che la stessa non può che essere letta nel quadro della disciplina, comunitaria e nazionale, concernente la fattispecie.

Giova in proposito ricordare che il criterio di esclusione automatica delle offerte anomale, introdotto con l'art. 17, della legge 11 marzo 1988 n. 77, ritenuto in contrasto con la direttiva CEE n. 71/305 (sentenza n. 103/1988 del 28 giugno 1989 della Corte di Giustizia), è stato abbandonato dal legislatore nazionale con l'art. 2 *bis* del decreto legge 2 marzo 1989 n. 65 convertito dalla legge 26 aprile 1989 n. 155, che ha stabilito l'obbligo, per l'Amministrazione, di procedere alla valutazione dell'anomalia delle offerte ai sensi dell'art. 24 della legge 8 agosto 1977 n. 584 e dell'art. 5 della legge 2 febbraio 1973 n. 14.

La stessa norma ha, peraltro, previsto, in via transitoria (fino al 31 dicembre 1992) la possibilità per le pubbliche amministrazioni di procedere alla esclusione automatica, senza necessità di rispettare le apposite procedure stabilite dalla legge, delle «offerte che presentano una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementate di un valore percentuale non inferiore al 7 per cento». Il successivo art. 2 *bis*, comma 3, precisa che la facoltà di esclusione automatica, nonché il valore percentuale di incremento della media debbono essere indicati nel bando e nell'avviso di gara, e che la medesima facoltà non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a quindici.

È appunto alla luce e nel contesto di tale disciplina legislativa che va letta la disposizione della *lex specialis* della gara, di cui nel caso in esame è stata fatta applicazione. Da una parte gli atti di gara che contengono la clausola di esclusione automatica delle offerte anomale appaiono del tutto conformi alle norme contenute nel decreto legge n. 65 del 1989, dal momento che essi contengono sia l'esplicita indicazione della predetta clausola di esclusione automatica, sia del valore percentuale di incremento della nuova, come richiesto dall'art. 2 *bis*, comma 3, del medesimo decreto legge; dall'altra, tali atti non possono che essere letti, interpretati ed applicati nell'ambito delle disciplina di legge che li riguarda e che regola in via generale l'esercizio delle facoltà cui essi fanno riferimento. Se ne deduce che la facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale, prevista nel bando di gara e nella lettera di invito della gara oggetto del presente giudizio, poteva essere esercitata dall'Amministrazione, come richiede il cennato art. 2 *bis*, comma 3, del decreto legge n. 65 del 1989, soltanto in presenza di un numero di offerte valide non inferiore a quindici. La disposizione del bando, riguardante il ricorso al criterio dell'esclusione automatica delle offerte anomale, che costituisce applicazione del potere (temporaneamente) riconosciuto dall'art. 2 del decreto legge n. 65 del 1989, non può che essere applicata conformemente alle disposizioni contenute nello stesso art. 2 *bis*, comma 3, del medesimo decreto legge, che ne prevedono la praticabilità soltanto in presenza di quindici offerte valide.

Non può, d'altra parte, ritenersi che tale previsione dovesse essere espressamente contenuta nel bando o nella lettera di invito, dal momento che lo stesso art. 2 *bis*, comma 3, del decreto legge indica esplicitamente quali dovevano essere le previsioni esplicite contenute nel bando, limitandole a quella concernente la facoltà di esclusione automatica, ed all'altra, riguardante la percentuale di incremento della media.

Deriva da ciò che il primo giudice ha correttamente accolto la doglianza prospettata dall'associazione temporanea di imprese, essendo state, nella fattispecie, presentate soltanto quattro offerte, ed essendo stata, di conseguenza, esercitata la facoltà di esclusione automatica al di fuori del presupposto che, per legge, ne condizionava l'esercizio (*omissis*)».

## **Rivalutazione ed interessi: accessori «dipendenti» dal principale obbligo risarcitorio**

(Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 14 febbraio 2003, n. 2).

Con rituali ricorsi, rispettivamente principale ed incidentale, il Comune di Catania e la società D. adivano il Consiglio di Giustizia per la Regione siciliana avverso la sentenza n. 1559/00 del T.A.R. Catania.

Con tale pronuncia, il Giudice di prime cure aveva parzialmente accolto la domanda della società in parola di risarcimento del danno derivante dalla sua esclusione (con conseguente aggiudicazione dell'appalto ad altro concorrente) – già ritenuta illegittima dallo stesso, in accoglimento di un precedente ricorso della società, con una decisione del 1995 n. 2120, dipoi confermata in appello ed infine passata in giudicato – da una gara indetta dall'Amministrazione comunale per l'appalto triennale di un lotto del servizio pubblico di spazzatura, raccolta e trasporto della nettezza urbana.

In particolare, nella sentenza impugnata, il T.A.R. Catania aveva ritenuto insussistenti sia il danno per il mancato conseguimento di contributi previsti dalla regione Sicilia per l'assunzione di manodopera, sia quello derivante dall'inattività dei mezzi meccanici destinati all'appalto; in applicazione del criterio di cui all'art. 345 della legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, n. 2248, allegato *F*, in materia di indennizzo dell'appaltatore in caso di recesso della pubblica amministrazione committente, aveva riconosciuto il lamentato danno da lucro cessante per illegittimo espletamento parziale del servizio; aveva accordato alla società il diritto agli interessi ed alla rivalutazione sulla somma liquidata a titolo di risarcimento del danno.

Teso alla riforma di tale decisione, il comune di Catania si appellava al Consiglio di Giustizia amministrativa lamentando che il giudice di primo grado, preso atto del ritardo con cui la società pretermessa aveva agito in giudizio avverso la propria esclusione dall'appalto e la conseguente aggiudicazione del servizio ad altro concorrente, avrebbe dovuto applicare alla fattispecie in esame il principio di cui all'art. 1227 c.c. in materia di evitabilità del danno da parte del creditore danneggiato. Deduceva, tra l'altro, la mancata applicazione al caso *de quo* della compensazione tra il vantaggio ottenuto dalla società per la qualificazione tecnica derivante dalla esecuzione del servizio, sia pure per un breve periodo, ed il pregiudizio subito; assumeva, poi, che gli accessori rispetto al capitale riconosciuto all'originaria ricorrente a titolo risarcitorio erano stati fatti decorrere dalla data di illegittima aggiudicazione del servizio al terzo controinteressato, piuttosto che dalla data della domanda giudiziale risarcitoria.

Costituitasi in giudizio l'appellata società – che riproponeva, in via incidentale, la domanda relativa alle voci di danno, già respinta dal T.A.R. Catania – il Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione Sicilia deferiva il ricorso all'adunanza plenaria, ritenendo la decorrenza dei suddetti accessori (interessi e rivalutazione), altrimenti determinabile – dal momento del fatto illecito aquiliano (illegittima aggiudicazione a terzi) ovvero dal momento della domanda giudiziale risarcitoria, promossa dal concorrente

pretermessi – in base all'orientamento seguito circa la natura – rispettivamente aquiliana *ex art. 2043 c.c.* o contrattuale *ex art. 1218 c.c.* – della responsabilità patrimoniale dell'ente pubblico per mancato, illegittimo affidamento di contratto.

Investiti della questione, i giudici di Palazzo Spada declinano ogni presa di posizione, quale che sia, intorno alla natura del pregiudizio sofferto dal partecipante ad una gara, nell'ipotesi d'illegittima aggiudicazione a terzi dell'appalto, essendo l'obbligo di pagamento della rivalutazione e degli interessi maturati sulle somme dovute a titolo risarcitorio dei danni, inscidibilmente connesso alla dichiarazione dell'obbligo al risarcimento logicamente presupposto; pertanto è inammissibile, in sede d'appello, l'impugnativa in via autonoma del capo della sentenza con cui si è disposto il pagamento degli accessori, ove non sia stato contestualmente impugnato anche il punto contenente la dichiarazione dell'obbligo al risarcimento, stante il patente collegamento tra le obbligazioni accessorie di rivalutazione ed interessi con l'obbligazione risarcitoria principale.

Ciò implica che rivalutazioni ed interessi si pongano – secondo il Consiglio di Stato che richiama precedenti conformi della Cassazione – come questione «dipendente», successiva e presupponente, rispetto a quella sul risarcimento, che si configura in termini di questione «principale», antecedente e presupposta.

Quanto agli altri motivi di ricorso, l'Adunanza Plenaria stabilisce che, ai fini della determinazione del danno derivante dalla lesione dell'interesse legittimo che il partecipante ad una gara d'appalto ha al suo corretto svolgimento, non può costituire motivo imputabile alla società ricorrente la maggior durata del giudizio – determinata da incumbenti istruttori disposti dal giudice di primo grado.

Si oppugna la censura concernente all'asserita mancata applicazione giudiziale della *compensatio lucri cum damno* che, operando solo quando lo stesso fatto (nella specie, l'aggiudicazione illegittima) sia produttivo del danno e del vantaggio conseguito, non è configurabile tra il vantaggio ottenuto dalla ditta per la qualificazione tecnica derivante dall'esecuzione del servizio oggetto della gara d'appalto, sia pure per un tempo limitato, e il danno subito da quella, consistente nell'illegittima aggiudicazione a terzi e relativa pretermissione dall'appalto.

Il Supremo Consesso amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulla detraibilità degli effetti economici positivi, successivi al fatto illecito, a quanto dovuto dall'autore, ha così confermato un orientamento consolidato di dottrina e giurisprudenza (cfr., *ex plurimis*, Cass. 543/1982; Cass. 4267/1986; Cass. 6624/1987; Cass. 5650/1996; Cass. 8321/1998; Cass. 81/2000) volto ad applicare il principio della *compensatio lucri cum damno* con estrema parsimonia.

Tale principio, in virtù del quale la determinazione del danno risarcibile deve tener conto degli effetti vantaggiosi per il danneggiato che hanno causa diretta nel fatto dannoso, esige, infatti, che danno ed arricchimento promanino dalla medesima causa: siano, cioè, eventi contrapposti di un unico fatto idoneo a produrli entrambi.

In ogni caso, ai fini della determinazione del danno derivante da lesione di interessi legittimi, non si possono considerare anche i danni derivanti dall'inattività dell'impresa, allorché di essa non sia stata fornita alcuna prova, ad esempio attraverso l'esibizione di libri contabili e bilanci.

*Dott. Pierpaolo Carbone*

**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 14 febbraio 2003 n. 2 - Pres. De Roberto - Est. Barbagallo - Comune di Catania (avv. Patané) c/ Società D. s.r.l. (avv. D'Alessandro) - (Conferma T.A.R. Catania, seconda sezione, 12 agosto 2000 n. 1559).**

*Il punto della sentenza concernente l'obbligo di pagamento di rivalutazione di interessi è inscindibilmente collegato al capo avente ad oggetto la dichiarazione dell'obbligo a risarcimento: pertanto tale punto non può essere autonomamente impugnato attraverso la contestazione del presupposto logico sul quale è fondato il capo principale.*

«(omissis) *Diritto.* - I motivi posti a base dei ricorsi sono o infondati o non possono essere esaminati nel merito; entrambi i ricorsi, pertanto, sono da respingere.

Muovendo dall'esame della terza censura avanzata dal Comune di Catania, che ha carattere logicamente preliminare, il collegio ritiene che non sia intervenuta alcuna rinuncia al risarcimento dei danni da parte della società D.; infatti, come ha deciso il giudice di primo grado, nel contratto di appalto, concluso fra il Comune di Catania e la società, non è contenuta alcuna rinuncia al diritto al risarcimento del danno; né tale può ritenersi la clausola richiamata dal Comune di Catania, pur interpretata alla luce delle premesse, le quali riportano l'intero svolgersi della vicenda; tale clausola ha per oggetto soltanto l'esclusione di vincoli o condizioni e l'accettazione delle clausole contrattuali; in tale ambito non può ritenersi rientrare il diritto al risarcimento del danno, elemento estraneo al rapporto di appalto sorto con quell'atto.

Per quanto riguarda il quarto motivo di appello proposto dal Comune di Catania, non sussiste l'interesse alla sua proposizione; infatti la sentenza di primo grado va interpretata nel senso che essa ha fissato il criterio per la liquidazione del danno, il quale va, quindi, commisurato alla parte dei tre anni in cui la società non ha espletato il servizio.

In ordine alla censura concernente il punto della sentenza avente ad oggetto l'obbligo di pagamento di rivalutazione e interessi, che ha determinato la rimessione del ricorso all'adunanza plenaria, va premesso che sullo specifico capo della sentenza, con il quale è stato dichiarato l'obbligo del comune di Catania al risarcimento del danno in favore della società D. per la lesione del suo interesse pretensivo ad ottenere la aggiudicazione del contratto di appalto del servizio di spazzatura, raccolta e trasporto di rifiuti solidi urbani nel Comune di Catania, di cui al bando di gara pubblicato nella *G.U.R.S.* n. 44 del 30 ottobre 1993, non vi è alcuna specifica impugnazione e, pertanto, tale capo non può essere oggetto di esame da parte del giudice di appello.

Per quanto riguarda, quindi, tale punto della sentenza concernente l'obbligo di pagamento di rivalutazione e interessi, il collegio ritiene che esso sia inscindibilmente collegato al capo avente ad oggetto la dichiarazione dell'obbligo al risarcimento; di tale capo la pronuncia su interessi e rivalutazione costituisce un punto necessariamente conseguente; pertanto tale punto non può essere autonomamente impugnato attraverso la contestazione del presupposto logico, sul quale è fondato il capo principale. Il giudice di primo grado, attraverso una serie di passaggi logici, ha qualificato il caso in una fattispecie; da questa qualificazione scaturisce una determinata disciplina di interessi e rivalutazione (tale disciplina consequenziale è, di regola, ritenuta applicabile dal giudice dell'ottemperanza senza pronuncia espressa contenuta nella sentenza da eseguire). Il collegio ritiene che non sia ammissibile la censura del punto consequenziale nei suoi presupposti logici (diverso è il caso di contestazione del punto per erronea applicazione della disciplina consequenziale), senza l'impugnazione del capo principale, il quale su tali presupposti logici è basato. Se l'adunanza plenaria nulla può dire sulla qualificazione del caso nella fattispecie, non può neanche intervenire su un elemento accessorio e necessario di tale fattispecie (analogo orientamento è ravvisabile

nella giurisprudenza della Corte di cassazione: da ultimo, sezione prima, n. 1422 del 9 febbraio 2000, concernente la inammissibilità dell'impugnazione del capo dipendente in mancanza di impugnazione del capo principale presupposto, e ivi richiami a precedenti decisioni).

Per quanto concerne la prima e la seconda delle censure avanzate dal Comune di Catania, prescindendosi da un esame della loro ammissibilità sulla base delle stesse argomentazioni sopra svolte in relazione al quinto motivo dedotto dal comune, esse sono infondate.

Per quanto riguarda la prima di esse, correttamente il giudice di primo grado ha affermato non potersi imputare alla società una mancata diligenza, produttiva di un accresciuto danno; la società D., infatti si è con immediatezza rivolta al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento della propria esclusione dalla gara per l'aggiudicazione dell'appalto, nonché l'avvenuta aggiudicazione ad un altro soggetto ed ha ottenuto una sentenza favorevole, decisa all'esito di due camere di consiglio (11 ottobre e 23 novembre 1999). Non può, cioè, riferirsi alla mancata diligenza della società la maggior durata del giudizio, determinata dalla ritenuta esigenza istruttoria da parte del tribunale amministrativo di richiedere l'atto costitutivo dello statuto della società ricorrente (sentenza interlocutoria 2002 del 1994). Non può, quindi, nel complesso, definirsi la condotta processuale della società, produttiva di un maggior danno, in quanto non sufficientemente accorta. Del resto, una volta ottenuta la sentenza favorevole, pubblicata il 19 settembre 1995, la società ha posto in essere un comportamento pressante e continuo per ottenerne l'esecuzione, che è avvenuta con la conclusione del contratto (17 maggio 1996) e la consegna dei lavori (6 novembre 1996). Per tali, esposte ragioni, precisate rispetto a quelle a base della pronuncia di primo grado sul punto, la censura va ritenuta infondata.

Quanto alla dedotta mancata applicazione, da parte del giudice di primo grado, della compensazione tra il vantaggio ottenuto dalla società per la qualificazione tecnica derivante dall'esecuzione del servizio, sia pure per un tempo limitato, e il danno subito (*compensatio lucri cum damno*), va rilevato che il dedotto vantaggio non è derivato dallo stesso fatto (aggiudicazione illegittima) produttivo del denunciato danno e quindi non può essere effettuata la richiesta compensazione, che richiede che lo stesso fatto sia produttivo del danno e del vantaggio.

Con l'appello incidentale la società D. ripropone le domande di risarcimento del danno respinte dal primo giudice, perché non provate.

Tali componenti del danno, la cui sussistenza il giudice di primo grado ha ritenuto non provata, sono quelle derivanti dall'aliquota di spese generali inutilmente sopportate, dall'aliquota di ammortamento di attrezzature e macchinari destinati all'esecuzione del contratto d'appalto, quelle derivanti dal maggior costo della manodopera per mancato conseguimento dei contributi previsti dalla legislazione regionale siciliana, nonché quelle derivanti dall'impossibilità del conseguimento del contributo regionale previsto dall'articolo 9 della legge regionale n. 27 del 1991.

Il collegio ritiene che anche in relazione a tali domande debba essere confermata la decisione del giudice di primo grado.

La appellante incidentale, infatti, nel formulare tali domande, muove dal presupposto di una sua inattività, determinata dalla sua decisione di non acquisire altri contratti per poter essere disponibile ad iniziare il rapporto di appalto, del quale sarebbe dovuta essere la legittima titolare.

Sulla base di tale presupposto la società richiede il pagamento di una quota delle spese generali e dell'ammortamento di una serie di macchinari. In relazione a tale domanda ha rilievo assorbente, anche della stessa questione della risarcibilità di tali danni, così configurati, e della valutazione degli elementi di prova contraria offerti dal Comune, la circostanza che nessuna prova è stata data dalla società, ad esempio attraverso l'esibizione di libri contabili e bilanci, di questa sua inattività fra il 1994 e il 1996. La domanda è, quindi, da respingere.

Anche le domande relative al danno da mancata acquisizione dei contributi regionali sono da respingere, in quanto anche in questo caso il danno è configurato come direttamente dipendente da una inattività, non provata, della società, nel periodo precedente e successivo all'esecuzione dell'appalto (6 novembre 1996 – 15 marzo 1997); tale inattività avrebbe comportato una durata di soli quattro mesi, circa, del rapporto di lavoro dei dipendenti impe-

gnati nell'esecuzione dell'appalto in questione. D'altro canto, tali domande, così come prospettate, in relazione al periodo del rapporto triennale d'appalto svolto da altra società, equiparano erroneamente il danno al mancato rimborso di spese non effettuate.

Anche l'appello incidentale deve pertanto essere respinto.

Tenuto conto del contenuto della pronuncia, le spese sono da compensare anche per questo grado di giudizio.

*P.Q.M.* Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) rigetta l'appello principale e quello incidentale; spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 20 gennaio 2003 (*omissis*)».



## Limiti ed effetti dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali

(Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 27 febbraio 2003 n. 3)

*L'Adunanza Plenaria n. 3/2003*

A distanza di un anno dal deposito della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 27 febbraio 2003 che ha dichiarato improcedibile l'appello del Ministero della Giustizia avverso la sentenza del TAR Veneto n. 3352/2001 in materia di mancata ammissione alle prove orali dell'esame di avvocato, a seguito della positiva ricorrezione delle prove scritte, si impone un bilancio dell'incidenza di tale pronuncia su quelle adottate successivamente dal giudice amministrativo di primo e di secondo grado nella medesima materia, sia in sede cautelare che di merito e, in generale, sui principi fondamentali del processo amministrativo che, ad integrazione delle norme contenute nel regolamento di procedura innanzi al Consiglio di Stato, è disciplinato dalle regole del processo civile non incompatibili con lo stesso (Ad. Plenaria n. 6 dell'8 aprile 1963).

Com'è noto, la citata sentenza del TAR Veneto si era limitata ad accogliere «*la censura di violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e difetto di motivazione riferita all'insufficienza del mero punteggio numerico al fine di fornire l'esplicitazione dei motivi per cui la prova non è stata superata*», annullando i provvedimenti impugnati, senza null'altro aggiungere.

La quarta sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 6102 del 7 novembre 2002, nel prendere atto del diverso orientamento espresso dalla sesta sezione (Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 1999 n. 2098; *id.* 20 marzo 1996, n. 474; *id.* 25 marzo 1998, n. 178; *contra*, sez. VI, 11 luglio 1994, n. 1154) in ordine all'operatività del c.d. principio dell'assorbimento in tema di esame di maturità, nel senso che l'effetto caducante della riforma della sentenza *ex art.* 336, comma 2 c.p.c. non esplicherebbe i suoi effetti sugli atti ulteriori compiuti dalla P.A. che assorbano il provvedimento originariamente impugnato e si pongano come «*circostanza esterna e sopravvenuta*», ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria, ritenendo che la stessa potesse incidere sulla decisione di numerose controversie, non solo in materia di esame di abilitazione alla professione forense ma anche in relazione ad altri esami o concorsi che parimenti si articolino in una prova scritta e una orale. Nella predetta ordinanza di rimessione, la quarta sezione precisava che, comunque, l'ipotesi del candidato che superi la prova orale dell'esame di avvocato, a seguito dell'ammissione alla stessa in esecuzione di una sentenza esecutiva in pendenza dell'appello, si atteggia come fattispecie in parte diversa da quella del superamento degli esami di maturità, sostenuti dal candidato ammesso con riserva dal giudice amministrativo a seguito del giudizio negativo di ammissione espresso dal Consiglio di classe in quanto, nel primo caso, il superamento della prova scritta costituisce un presupposto indispensabile per l'espletamento della prova orale – laddove il giudizio di ammissione del Consiglio di classe non sarebbe invece richiesto per i c.d. privatisti – e inoltre sia la valutazione della prova scritta che di quella orale dell'esame

di avvocato sono effettuate dalla medesima Commissione nell'ambito di un procedimento unitario mentre il giudizio di ammissione e il giudizio di maturità competerebbero a due organi distinti.

In realtà, nonostante le peculiarità delle due ipotesi – che possono ulteriormente diversificarsi in altri esempi di concorsi pubblici che prevedano oltre alla prova scritta e alla prova orale anche una prova preselettiva, dalla quale alcune categorie di candidati sono per legge esonerati – il problema sottoposto all'attenzione dell'Adunanza Plenaria, concernente l'esatta circoscrizione dell'effetto caducante della riforma dei provvedimenti giurisdizionali in appello ovvero se detto effetto si estenda o meno a tutti gli ulteriori atti adottati dall'amministrazione a seguito della rinnovazione del provvedimento annullato in primo grado, era di vasta portata e postulava un'accurata analisi. Spesso accade, infatti, che l'attività amministrativa non si esaurisca nella semplice rinnovazione del provvedimento annullato o sospeso dal giudice amministrativo ma implichi il compimento di ulteriori atti necessitati che hanno come presupposto logico e giuridico il nuovo provvedimento adottato dall'amministrazione in esecuzione del provvedimento cautelare o della sentenza di primo grado.

Ci si aspettava dunque dall'autorevole Consesso una presa di posizione che prescindesse dal caso singolo e che dettasse le linee direttrici di carattere generale che potessero orientare sia i giudici di primo grado, sia l'attività esecutiva della pubblica amministrazione, sia gli operatori del diritto che invocano tutela dal giudice amministrativo.

Purtroppo, invece, è stata adottata una soluzione in fatto e si è persa un'occasione preziosa per affermare quei principi generali che avrebbero potuto delineare i confini tra tutela giurisdizionale e agire amministrativo e che avrebbero potuto probabilmente anche deflazionare il folto contenzioso nella materia degli esami e dei concorsi pubblici.

L'Adunanza Plenaria ha quindi ritenuto, partendo dalla specifica portata della sentenza del TAR Veneto, che *«l'esecuzione provvisoria di tale decisione comportava soltanto, e da parte della stessa sottocommissione che si era prima pronunciata, l'espressione di un giudizio con menzione degli elementi valutati e del loro valore, accanto a quello già numericamente esplicitato»*; invece, sempre, secondo la citata decisione, *«la Commissione ha intrapreso un percorso diverso da quello della mera esecuzione della decisione. Quello di sostituire la valutazione data in precedenza, non di giustificarla soltanto con una motivazione 'in chiaro' o meno sintetica di quella numerica»*.

Elementi sintomatici del fatto che il nuovo provvedimento avrebbe esulato dalla mera esecuzione del provvedimento giurisdizionale, assumendo connotati autonomi rispetto ad esso, sarebbero, secondo l'Adunanza Plenaria:

- la diversa composizione della sottocommissione, che esprimerebbe l'intento di esprimere una diversa valutazione, proveniente da altri componenti dello stesso organo e non quella di integrare il giudizio già reso;
- l'eliminazione dagli elaborati di ogni segno di riconoscibilità al fine di assicurare un'imparziale seconda lettura secondo il principio dell'anonimato;
- l'attribuzione di una votazione nuova in punti, accompagnata da un giudizio analitico, derivante dalla «ricorrezione» degli elaborati.

Ciò posto, basti osservare che, qualora per il futuro le Commissioni esaminatrici rispettassero alla lettera un'interpretazione così riduttiva nell'eseguire le ordinanze cautelari o le decisioni provvisoriamente esecutive e si limitassero semplicemente a «rimotivare» il giudizio già dato senza rinnovare la valutazione degli elaborati, ne risulterebbero chiaramente frustrati gli interessi sostanziali dedotti dai ricorrenti, considerato che il bene della vita del quale chiedono tutela in giudizio non è certo quello di ottenere «una bella motivazione» bensì quello di essere rivalutati e possibilmente in modo favorevole.

Ci si chiede infatti quale utilità pratica potrebbe assumere una sentenza del Giudice amministrativo idonea esclusivamente a rendere edotto il ricorrente delle ragioni per le quali la Commissione esaminatrice aveva ritenuto insufficienti i suoi elaborati. La tutela giurisdizionale apprestata ne risulterebbe infatti totalmente svuotata di ogni contenuto e priva del ben che minimo riflesso sul piano sostanziale.

*La giurisprudenza dei TAR e la tesi della cessazione della materia del contendere per effetto dell'esecuzione dell'ordinanza.*

Nella maggior parte dei casi, infatti, i TAR, nell'ambito degli ampi poteri cautelari, ampliati dalla nuova formulazione dell'art. 21 legge n. 1034/1971, come modificato dalla legge n. 205/2000, emettono provvedimenti tipicamente propulsivi, che vanno ben al di là della mera sospensione del provvedimento impugnato, dettando all'amministrazione, tenuta a darvi esecuzione, specifiche disposizioni circa le modalità, le forme e i tempi del riesame.

Si veda, ad esempio, l'ordinanza n. 811 del 18 ottobre 2002 del TAR Lazio sezione di Latina che espressamente dispone «*il riesame degli elaborati scritti della ricorrente da parte di una sottocommissione diversa da quella che ha formulato il giudizio impugnato, la quale dovrà esprimere sugli stessi un nuovo e motivato giudizio alla stregua della griglia di valutazione predisposta dalla Commissione d'esame, garantendo comunque il carattere anonimo del giudizio che dovrà essere rispettato mediante il riesame di almeno altri 20 elaborati di altrettanti candidati, fermo restando per questi ultimi il giudizio già espresso in sede di prima valutazione che non potrà essere di nuovo messo in discussione*».

Nel caso appena citato ed in altri simili, il TAR, a seguito della ricorrenza degli elaborati con esito positivo ed il successivo superamento anche delle prove orali, è arrivato persino ad emettere decreti *inaudita altera parte* (TAR Lazio nn. 519 e 520 del 29 gennaio 2003) di cessazione della materia del contendere ai sensi dell'art. 9 legge n. 205/2000.

Il TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, ha addirittura pronunciato decreto di cessazione della materia del contendere (n. 2089 del 21 dicembre 2002) a seguito del superamento della prova orale per effetto dell'ammissione con riserva alla stessa, disposta senza la previa rivalutazione in termini positivi delle prove scritte. In tale caso, frutto di un provvedimento che rasenta l'abnormità, il candidato è stato iscritto all'albo degli avvocati senza aver mai superato le prove scritte, nemmeno in sede di ricorrenza, e quindi in assenza di uno dei due presupposti necessari per ottenere l'abilitazione alla professione forense.

Tali provvedimenti sono stati tempestivamente opposti dall'amministrazione in quanto, a prescindere dalla non condivisibilità del principio affermato dall'Adunanza Plenaria – e cioè che l'esecuzione doverosa di un provvedimento giurisdizionale esecutivo comporterebbe l'improcedibilità dell'appello e, correlativamente, in primo grado, l'improcedibilità del ricorso – tutte quelle attività poste in essere dalla Commissione che, nel caso portato all'autorevole esame dell'Adunanza Plenaria, sarebbero state frutto di un'autonoma iniziativa dell'amministrazione, tale da far considerare la nuova valutazione come un «*quid novi*», nelle summenzionate fattispecie sono state compiute in pedissequa esecuzione dell'ordinanza cautelare, che aveva espressamente previsto modalità e criteri cui la commissione si è rigidamente attenuta.

Il TAR ha rigettato le opposizioni dell'amministrazione affermando che, nel caso di specie, il nuovo provvedimento sarebbe «*stato liberamente adottato dalla Commissione esaminatrice*» tenuto conto della «*portata degli effettivi vincoli imposti all'azione amministrativa esecutiva*» svincolata, secondo il TAR, «*da qualsiasi indicazione sul quid decidendum*» (ordinanze del TAR del Lazio nn. 4075 e 4076 del 8 maggio 2003).

In proposito, non può certo ritenersi che, non avendo il TAR imposto alla Commissione anche di promuovere il candidato, tale esito favorevole varrebbe ad attribuire alla nuova valutazione carattere di «autonomia» rispetto all'ordinanza cautelare.

È evidente infatti che un tale vincolo, che avrebbe comportato un palese travalicamento dei limiti del sindacato giurisdizionale, non avrebbe mai potuto essere imposto senza invadere la competenza tecnico-discrezionale di esclusiva pertinenza della Commissione esaminatrice.

Le predette ordinanze sono state annullate dal Consiglio di Stato «*considerato infatti che l'attività espletata dall'amministrazione non può nella fattispecie ritenersi espressione di autonoma scelta discrezionale, in quanto imposta dall'imprescindibile esigenza di eseguire l'ordinanza TAR Latina n. 811/2002, procedendo nelle forme da questa puntualmente dettate; considerato che pertanto, nella fattispecie all'esame, non può essere utilmente invocato il principio di assorbimento del vecchio giudizio negativo in quello positivo sortito all'esito della ricorrenza (arg. ex Ap. n. 3 del 2003); considerato pertanto che la mera esecuzione puntuale di un'ordinanza cautelare di tipo propulsivo (peraltro impugnata in appello) non costituisce attività di autotutela e non può comportare il venir meno della res litigiosa; ritenuto, in definitiva, che le utilità cui il ricorrente aspira saranno invece ritraibili solo quando una sentenza di merito favorevole passata in giudicato avrà annullato il provvedimento impugnato (non ammissione alle prove orali) (Cons. Stato, sez. IV, 21 novembre 2003 n. 7634; id., 21 novembre 2003, n. 7630).*

Correttamente, il Consiglio di Stato ha escluso che, nelle suddette ipotesi, si fosse verificata una cessazione della materia del contendere e ha rimesso gli atti al TAR affinché decidesse la causa nel merito.

Il sopravvenuto venir meno della *res litigiosa*, per effetto dell'integrale soddisfacimento dell'interesse dedotto in giudizio, avrebbe potuto infatti verificarsi esclusivamente laddove l'amministrazione, nell'ambito del proprio

potere tecnico-discrezionale, avesse agito in autotutela, prima e a prescindere da un'ordinanza cautelare, ravvisando l'illegittimità del provvedimento impugnato e sostituendo allo stesso un nuovo giudizio, tale da eliminare gli effetti pregiudizievoli di quello precedente, con effetti pienamente soddisfattori per il ricorrente.

Nei suddetti casi, invece, la Commissione, in esecuzione dell'ordinanza cautelare, ha rivalutato gli elaborati, ammettendo la parte ricorrente alle prove orali. L'amministrazione, infatti, senza prestare alcuna acquiescenza ad un provvedimento cautelare immediatamente esecutivo, avverso il quale ha anzi proposto appello, si è limitata, quale atto dovuto, a rivalutare le prove scritte.

La nuova valutazione, effettuata in esecuzione dell'ordinanza cautelare, non aveva quindi alcuna attitudine a sostituirsi *in toto* e definitivamente al giudizio negativo in sede di valutazione delle prove scritte ma era destinata a regolare l'assetto dei rapporti tra le parti unicamente nelle more dell'esito del giudizio di merito.

L'utilità della misura cautelare è infatti quella di ammettere con riserva la parte ricorrente a sostenere le prove orali in condizioni di *par condicio* con gli altri candidati, sempre a condizione che il giudizio di merito si concluda favorevolmente alla stessa.

Peraltro, che lo stesso esito della nuova valutazione abbia carattere provvisorio, conformemente alla natura interinale propria del giudizio cautelare, non può essere posto in dubbio, tanto è vero che qualsiasi giudizio emesso in esecuzione dell'ordinanza di sospensione, sia esso positivo o nuovamente negativo, non può in alcun modo impedire al giudice del merito di travolgerlo con una sentenza di segno opposto, laddove ritenga insussistenti (o sussistenti) – da un più approfondito esame – i vizi del provvedimento impugnato riscontrati nella deliberazione sommaria della fase cautelare.

Con la pronuncia di merito, infatti, cessa ogni efficacia dell'ordinanza cautelare, come di ogni eventuale atto adottato in esecuzione della stessa.

L'istanza di sospensione, infatti, è strumentale rispetto alla statuizione del giudice di merito ed è destinata ad essere assorbita da quest'ultima, senza che i contenuti della sentenza che definisce il giudizio possano in alcun modo essere condizionati dai provvedimenti adottati *medio tempore* dall'amministrazione in esecuzione della misura cautelare.

Alla luce di quanto sopra, il TAR non poteva dichiarare l'improcedibilità del ricorso per intervenuta cessazione della materia del contendere, posto che l'esito positivo della ricorrenza era comunque condizionato ad una favorevole pronuncia di merito che non è invece mai intervenuta.

Né può condividersi l'affermazione secondo cui la nuova valutazione delle prove scritte sarebbe stata «libera nei contenuti», posto che l'attività sostanziale posta in essere, in esecuzione dell'ordinanza, dall'amministrazione, che ad essa si è conformata, non può, per definizione, considerarsi frutto di una determinazione autonoma, integrando semplicemente l'attuazione necessitata del *dictum* del provvedimento giurisdizionale.

Difficilmente può quindi concordarsi con il TAR che ha ritenuto che la nuova valutazione delle prove scritte fosse «*idonea a comportare la cessazione della materia del contendere, in quanto destinata a sovrapporsi e ad elidere quella originaria*» atteso che, in tal modo, la doverosa ottemperanza alla misura cautelare, volta ad assicurare l'utilità degli effetti dell'emananda sentenza di merito, diverrebbe paradossalmente ostativa alla pronuncia di quest'ultima mentre il consolidamento degli effetti della misura cautelare, per sua natura interinale e provvisoria, non può che derivare dalla conferma e dall'assorbimento della stessa nella pronuncia con cui viene definito il giudizio.

L'infondatezza di tale assunto è evidente atteso che, altrimenti, l'esecuzione di un'ordinanza immediatamente esecutiva – che, si ribadisce, costituisce un comportamento doveroso per l'amministrazione – la renderebbe per ciò solo inoppugnabile, in spregio al principio del doppio grado di giurisdizione.

L'esercizio del potere di impugnazione rimarrebbe infatti totalmente frustrato laddove si ritenesse che l'eventuale riforma del provvedimento impugnato non consenta di eliminare anche tutti gli effetti sfavorevoli derivanti dallo stesso ed in primo luogo quelli connessi alla sua esecuzione.

Tale principio è chiaramente affermato dall'art. 336, comma 2 c.p.c. che disciplina il c.d. effetto espansivo esterno della riforma o della cassazione della sentenza sui provvedimenti e gli atti dipendenti dalla stessa.

Nell'ambito di operatività della predetta norma, la giurisprudenza ha ricompreso non solo la sentenza definitiva rispetto alla sentenza non definitiva riformata o cassata e i provvedimenti di natura istruttoria o decisoria adottati in altro procedimento, ma anche gli atti di esecuzione forzata o spontanea compiuti in forza di sentenza esecutiva in seguito riformata (Cass. SS.UU. 1669/1982; Cass. SS.UU. 2872, 2873, 2874 del 10 maggio 1982; Cass. SS.UU. 139 e 144 dell'8 gennaio 1983 e Cass. 4328/1983).

La Suprema Corte ha inoltre più volte ribadito come l'esecuzione spontanea, da parte del soccombente, della sentenza esecutiva, ancorché senza riserve, non implichi acquiescenza (Cass. 66368/1986; Cass. 2823/1992), trattandosi di comportamento necessitato, imposto dal comando contenuto nel provvedimento giurisdizionale e suscettibile di esecuzione coattiva.

Del resto sarebbe contrario ad ogni logica ritenere che l'attività posta in essere in esecuzione di un provvedimento giurisdizionale esecutivo, in pendenza dell'appello, possa sopravvivere all'eventuale annullamento della pronuncia di cui costituisce mera attuazione, salvo a voler privare l'istituto dell'impugnazione della finalità che gli è propria e cioè quella di rimuovere il provvedimento sfavorevole ed ogni suo effetto.

*La giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla procedibilità dell'appello in materia di esami e concorsi pubblici.*

Peraltro, la giurisprudenza della quarta sezione del Consiglio di Stato – salvi alcuni sporadici casi di pronunce di improcedibilità adottate in sede cautelare, che hanno indotto il collegio presieduto dal pres. Paleologo a

rimettere la questione all'Adunanza Plenaria – era consolidata nel ritenere che l'esecuzione doverosa del provvedimento giurisdizionale immediatamente esecutivo non fosse ostativa all'esame nel merito dell'appello.

La tesi dell'improcedibilità del ricorso era stata sostenuta ad esempio da due ricorrenti ammessi con riserva alle prove orali dell'esame di avvocato per effetto di un ordinanza cautelare del TAR Toscana, in esecuzione della quale le prove orali erano state superate dai ricorrenti medesimi. Correttamente però il TAR Toscana, con sentenza n. 1466 del 17 luglio 2002, disattendendo la richiesta degli stessi volta ad ottenere la dichiarazione di cessazione della materia del contendere per sopravvenuta carenza di interesse, ha ritenuto che il ricorso dovesse essere *«esaminato nel merito, in quanto – secondo il comune buon senso oltre che secondo la giurisprudenza – il superamento delle prove orali, alle quali si è stati ammessi 'con riserva' ai fini cautelari, non può implicare il superamento anche delle prove scritte»*. All'esito dell'esame più ampio ed approfondito proprio del giudizio di merito, il TAR, valutate le difese dell'amministrazione, ha respinto il ricorso. Avverso la citata sentenza, i predetti ricorrenti hanno proposto appello, sostenendo che erroneamente il TAR non aveva dichiarato la cessazione della materia del contendere per sopravvenuta carenza di interesse. Il Consiglio di Stato, sez. IV, con ordinanza n. 152 del 17 gennaio 2003, ha respinto l'istanza di sospensione della predetta sentenza del TAR Toscana, confermando la bontà delle argomentazioni del giudice di primo grado in ordine alla insussistenza di un'ipotesi di improcedibilità del ricorso.

Per altro analogo caso, sempre in tema di esame di avvocato, si veda inoltre Cons. Stato, sez. IV, ord. n. 2440 dell'11 giugno 2002 che ha riformato l'ordinanza del TAR Calabria – Reggio Calabria n. 74/02 che aveva accolto l'istanza di sospensione, ritenendo fondate le censure di difetto di motivazione della valutazione espressa con voto numerico e di illegittima composizione della commissione, disponendo la ripetizione della prova orale ad opera di diversa sottocommissione, secondo i criteri indicati in motivazione. In tale sede, era stata eccepita dall'appellata l'improcedibilità dell'appello in quanto la stessa, in esecuzione dell'ordinanza impugnata, era stata nuovamente esaminata da una Commissione diversamente composta ed aveva superato la prova orale. Tale eccezione è stata giustamente disattesa dal Consiglio di Stato in quanto l'amministrazione, lungi dall'aver sostituito al provvedimento impugnato altro provvedimento soddisfacente, si era limitata ad eseguire l'ordinanza cautelare immediatamente (ma provvisoriamente) esecutiva.

Si veda ancora Cons. Stato n. 5579 del 20 dicembre 2002 che ha accolto l'appello del Ministero della Giustizia avverso l'ordinanza del TAR Calabria – Reggio Calabria n. 547/02 che, in accoglimento dell'istanza cautelare, aveva ordinato *«il riesame motivato degli elaborati del candidato da parte di sottocommissione diversa, regolarmente composta»*. Anche qui, l'appellata aveva dato atto dell'avvenuta positiva ricorrezione delle prove scritte, in esecuzione dell'ordinanza impugnata, ma ciò non è stato, correttamente, ritenuto un fatto ostativo all'accoglimento dell'appello.

Si veda inoltre Cons. Stato n. 165 del 17 gennaio 2003 che ha accolto l'appello del Ministero della Giustizia avverso l'ordinanza del TAR Marche n. 319/02 che aveva disposto in via cautelare l'ammissione con riserva della ricorrente alle prove orali. Nella fattispecie, quest'ultima, in esecuzione dell'ordinanza, ha superato le prove orali e, su tale presupposto, ha eccepito l'improcedibilità dell'appello dell'amministrazione, eccezione giustamente disattesa dal Consiglio di Stato.

*Esecuzione del provvedimento giurisdizionale e potere di autotutela della P.A.*

A seguito della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3/2003, va rilevato che, qualora un tale orientamento si consolidasse, si dovrebbe concludere che il processo amministrativo rischia di esaurirsi nell'esame dell'istanza in sede cautelare e per giunta in unico grado.

Considerato, infatti, che spesso i TAR impongono all'amministrazione tempi strettissimi per provvedere alla rivalutazione degli elaborati (di media 30 giorni), e che in caso di inottemperanza i ricorrenti sono soliti proporre altro ricorso per l'esecuzione della misura cautelare, con ulteriore aggravio di spese per l'amministrazione (il TAR Calabria, Reggio Calabria, con ord. n. 721 del 12 novembre 2002, è arrivato a liquidare € 2000,00 in favore di ciascuno dei tre commissari *ad acta* che hanno provveduto alla ricorrezione ovviamente con esito favorevole degli elaborati), è evidente che, il più delle volte, l'appello cautelare – considerati i tempi tecnici necessari per la redazione, la notifica, il deposito e la fissazione dell'udienza – viene discusso allorché l'ordinanza impugnata è stata già eseguita.

Inoltre non può prescindersi da una notazione in ordine al proliferare di promozioni «a suon di provvedimenti giurisdizionali», che finiscono per privilegiare chi riesce ad ottenere più velocemente l'esecuzione degli stessi.

La tesi dell'improcedibilità ha infatti incoraggiato la proposizione di numerosi ricorsi innanzi a Giudici palesemente incompetenti – e notoriamente inclini ad accogliere le istanze di sospensione nonostante la proposizione del ricorso per regolamento di competenza da parte dell'amministrazione, in base ad una prassi che costituisce un'evidente violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge – al fine di ottenere, quanto meno in via cautelare, provvedimenti favorevoli che, oltre tutto, secondo tale tesi, sposata da alcuni TAR, tenderebbero a divenire definitivi.

Quanto alla ricostituzione di una «parvenza» di anonimato nella ricorrezione delle prove, appare una pia illusione l'intento di garantire la *par condicio* rispetto a tutti coloro che superano esami di abilitazione e concorsi «per le vie ordinarie», considerato che tutti gli elaborati sono contrassegnati da un numero identificativo, recano il voto riportato e sono nella piena disponibilità dei componenti della Commissione oltre che degli stessi ricorrenti che possono agevolmente ottenerne copia con una semplice istanza di accesso.

In numerosi casi, poi, i Giudici di primo grado non impongono nemmeno la clausola dell'anonimato e gli elaborati vengono ricorretti dalla Com-



missione nella piena consapevolezza dell'identità del candidato, in spregio ai più elementari principi di garanzia che soprassedono al trasparente ed imparziale svolgimento di una procedura concorsuale.

Tali rischi sembrano però essere stati scongiurati dalla successiva giurisprudenza della quarta sezione del Consiglio di Stato che, senza mai espresamente rinnegare quanto affermato dall'Adunanza Plenaria con la decisione n. 3/2003 – anche in ragione del tenore delle affermazioni che la caratterizzano, ancorate più alla soluzione del caso concreto che all'enunciazione di principi generali – ha costantemente contrastato (salvo un caso isolato, sez. IV, ord. n. 1917 del 13 maggio 2003) la tesi dell'improcedibilità dell'appello per effetto dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

Innanzitutto, vanno ricordate le citate ordinanze del Consiglio di Stato n. 7634 e 7630 del 21 novembre 2003 che hanno accolto gli appelli dell'amministrazione avverso le ordinanze del TAR Lazio che avevano rigettato l'opposizione *ex art. 9 legge 205/00* avverso i decreti di cessazione della materia del contendere. Analogo provvedimento ha concluso l'iter iniziato con il richiamato decreto di improcedibilità del TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, n. 2089/2002 in cui il Consiglio di Stato (sez. IV, ord. n. 5378 del 2 dicembre 2003) ha accolto l'appello dell'amministrazione «*considerato che non si è formata la cessazione della materia del contendere, essendo stato il ricorrente in primo grado ammesso agli orali per effetto di misura cautelare giurisdizionale e che, pertanto, occorre decidere il ricorso nel merito*».

Si vedano inoltre le ordinanze del Consiglio di Stato in tema di mancata ammissione alle prove orali del concorso notarile, che hanno accolto gli appelli dell'amministrazione nonostante le ordinanze del TAR fossero state già eseguite e gli elaborati dei ricorrenti fossero già stati ricorretti, con esito nuovamente negativo, in quanto «*il fatto che l'amministrazione abbia prestato ottemperanza alla misura cautelare concessa (ottemperanza cui essa è tenuta per effetto del disposto del penultimo comma dell'art. 21 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali") non comporta l'improcedibilità dell'appello proposto avverso la misura stessa, il cui eventuale accoglimento comporta il travolgimento degli atti compiuti in esecuzione dell'ordinanza cautelare*» (sez. IV, ordd. 3422, 3423, 3424, 3425 del 29 luglio 2003).

L'interesse all'accoglimento dell'appello persiste anche in caso di rinnovazione del giudizio negativo in quanto spesso accade che i ricorrenti impugnano anche tale secondo giudizio, che viene travolto in caso di caducazione dell'ordinanza cautelare e degli atti compiuti in esecuzione della stessa.

Inoltre, meritano attenzione le oltre 30 ordinanze di analogo contenuto emesse dal Consiglio di Stato in data 18 novembre 2003 (cfr. per tutte sez. IV, ord. 5089/03) che hanno accolto gli appelli proposti dall'amministrazione in materia di esame avvocato «*considerato che la situazione di improcedibilità, individuata dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 3 del 27 febbraio 2003, non si determina per il solo fatto che l'Amministrazione abbia adottato una nuova valutazione favorevole all'interessato, ma solo quando tale nuova valutazione ecceda i limiti della esecuzione dell'ordinanza cautelare appellata; considerato che nel caso di specie tutta l'attività posta in essere dall'Amministrazione rimaneva nell'ambito della esecuzione della pronuncia cautelare, che imponeva*

*in termini generali una complessiva rinnovazione del giudizio e non una semplice integrazione della motivazione; considerato, pertanto, che gli atti posti in essere dall'Amministrazione, in quanto esecutivi della pronuncia cautelare, non determinano l'improcedibilità del ricorso; considerato che il ricorso di primo grado non appare assistito dal necessario fumus boni iuris, in relazione al consolidato orientamento di questa Sezione circa la sufficienza della valutazione espressa con attribuzione di un punteggio alfanumerico».*

Va sottolineato che il Consiglio di Stato ha riformato le ordinanze impugnate che, nella totalità dei casi, erano state già eseguite con la positiva rivalutazione delle prove scritte e, in talune ipotesi, anche con l'espletamento e il superamento della prova orale, affermando espressamente la «*conseguente caducazione di tutti gli atti adottati a seguito della predetta ordinanza*».

Nei suddetti casi, nonostante le direttive impartite con la circolare del Ministero della Giustizia del 20 maggio 2003 prot. 3/6868/03/1, con la quale, a seguito della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/03, si raccomandava alle Commissioni Esami Avvocato di dare esecuzione a sentenze ed ordinanze rispettando fedelmente le prescrizioni contenute nel singolo provvedimento giurisdizionale senza compiere alcun atto nuovo o diverso rispetto a quelli ritenuti illegittimi e sospesi o annullati, la Commissione aveva ritenuto di legittimare l'attività di riesame «non soltanto in base ad una ottemperanza alla ordinanza del TAR, ma ad un più generale potere di autotutela della Commissione».

È evidente invece che, in presenza di un'ordinanza cautelare che ordini di rinnovare il giudizio, non vi è alcuno spazio per l'esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione, per giunta senza le garanzie dell'anonimato, come correttamente ritenuto dal Consiglio di Stato.

Identica motivazione è stata adottata con riferimento alla mancata ammissione alle prove orali del concorso per uditore giudiziario (Cons. Stato, sez. IV, ord. n. 417 del 29 gennaio 2004, conforme ad oltre 60 analoghe ordinanze emesse nella medesima udienza in relazione all'esame di avvocato) in un caso in cui la ricorrente era stata rivalutata positivamente, considerato che «*gli atti posti in essere dall'amministrazione, in quanto esecutivi della pronuncia cautelare, non determinano l'improcedibilità del ricorso, anche perché la prova orale sostenuta dal candidato è puramente consequenziale al superamento delle prove scritte*».

L'espletamento della prova orale non è stata considerata quindi una «*circostanza esterna e sopravvenuta*» compiuta di propria iniziativa dall'amministrazione, né un atto ulteriore rispetto a quello richiesto dalla mera esecuzione dell'ordinanza cautelare, che aveva disposto solamente di rivalutare gli scritti bensì, com'è ovvio, un atto «*conseguenziale al superamento delle prove scritte*». Finché l'ordinanza cautelare non è riformata dal giudice di appello o caducata da una pronuncia di merito di segno opposto del giudice di primo grado, continua infatti ad esplicare i suoi effetti, consentendo, ed anzi imponendo, l'espletamento di tutte quelle attività che sono la normale conseguenza dell'adozione dell'atto presupposto (ammissione alla prova orale).

In altra recente decisione, che si segnala per l'approfondita disamina, in sede di merito, della questione della procedibilità dell'appello in caso di esecuzione della sentenza impugnata (sez. IV, sent. n. 8320 del 17 dicembre 2003 ed altre coeve di analogo tenore), il Consiglio di Stato ha affermato che *«occorre verificare in concreto il potere effettivamente esercitato dall'amministrazione, non essendo decisiva a tal fine la qualificazione che di esso abbia dato la stessa amministrazione»*.

Pertanto, dopo aver accertato che, nella specie (mancata ammissione all'orale dell'esame di avvocato), le prescritte modalità di esecuzione del giudizio di riesame, puntualmente adempiute dalla Commissione esaminatrice, escludevano che la nuova valutazione delle prove scritte potesse configurarsi come espressione di una nuova volontà di provvedere e costituisse un nuovo giudizio, autonomo e indipendente dalla mera esecuzione della sentenza di primo grado, sostitutivo di quello impugnato, il Consiglio di Stato ha affermato che *«proprio la mancanza di un'autonoma determinazione volitiva da parte dell'amministrazione (e per essa della Commissione esaminatrice) esclude quindi che possa ritenersi sopravvenuta la carenza di interesse alla decisione dell'appello: diversamente opinando, dovrebbe ammettersi che, almeno nei casi di giudizi o valutazioni di prove di esame o concorsuali, la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo non sia limitata al sindacato di legittimità sul provvedimento, ma possa imporre comportamenti vincolati fino al punto da comprimere del tutto la volontà provvedimentale dell'amministrazione, privandola peraltro di un grado di giudizio»*.

Tale statuizione, che sembra assumere una portata che va al di là del caso concreto, tracciando quelle attese linee orientative che paiono suscettibili di applicazione ad un numero indeterminato di ipotesi, sta a significare che «l'autonomia», che comporterebbe la nascita di un provvedimento nuovo e sostitutivo di quello impugnato, non può mai configurarsi in presenza di un provvedimento cautelare o di una sentenza che non potrebbero, in alcun caso, senza travalicare i limiti del sindacato di legittimità, imporre vincoli in ordine ai contenuti di merito del riesame. In altre parole, poiché il giudice amministrativo non potrà mai ordinare alla commissione di promuovere il candidato, in nessun caso la positiva rivalutazione effettuata a seguito di un provvedimento giurisdizionale potrà assumere connotati tali da farla ritenere, per ciò solo, esulante la mera esecuzione e tale da comportare la cessazione della materia del contendere, con conseguente improcedibilità del ricorso o dell'appello.

*Prova preselettiva e superamento del c.d. principio dell'assorbimento.*

Un ultimo cenno merita la problematica della procedibilità dell'appello o del ricorso in caso di ammissione con riserva a sostenere le prove scritte a seguito del mancato superamento della prova preselettiva, prevista sia per il concorso notarile, sia per il concorso per uditore giudiziario (per quest'ultimo la prova preliminare a «quiz» è stata abrogata ma contestualmente mantenuta in vigore da una norma transitoria in attesa dell'attuazione del nuovo sistema dei c.d. correttori esterni).

Tale fattispecie è maggiormente assimilabile a quella dell'ammissione con riserva agli esami di maturità, che ha dato origine all'orientamento della

quarta sezione del Consiglio di Stato fondato sul c.d. principio di assorbimento, sia perché si tratta di un presupposto non sempre necessario (la prova preselettiva, come si è detto, è esclusa per alcune categorie di candidati tassativamente previste dalla legge), sia perché, secondo la giurisprudenza, l'esecuzione dell'ordinanza cautelare che dispone l'ammissione con riserva agli scritti del concorso (o all'esame di maturità) discende automaticamente dal provvedimento giurisdizionale e non richiede la rinnovazione della prova preselettiva (o la ripetizione del giudizio di ammissione del Consiglio di classe).

In tutti i casi nei quali i TAR hanno accolto, in tale materia, le istanze cautelari, infatti, non è stato riscontrato un vizio nell'espletamento in concreto del quiz (ristrettezza dei tempi, ambigua formulazione dei quesiti) *recitius*, non si è fatto discendere dall'accertamento di tali eventuali vizi la necessità di ripetere la prova preselettiva bensì è stata disposta direttamente l'ammissione alle prove scritte senza che la prova preliminare venisse utilmente superata, nemmeno in sede di rinnovo della stessa, sul presupposto che la normativa che ha istituito il sistema preselettivo sarebbe irrazionale ed inidonea, per il suo carattere prettamente mnemonico, ad accertare la preparazione minima necessaria per la partecipazione alle successive prove concorsuali e presterebbe il fianco a dubbi di costituzionalità.

Con riferimento al concorso per uditore giudiziario, il Consiglio di Stato, abbandonando un precedente orientamento (Ad. Plen., ord. n. 2 del 20 dicembre 1999, ha riformato le ordinanze di ammissione con riserva alle prove scritte anche dopo l'espletamento delle stesse; sez. IV, nn. 2650 e 2655 del 24 giugno 2003; nn. 2839 e 2846 del 1 luglio 2003; nn. 3411, 3414 e 3415 del 29 luglio 2003; 3751 del 28 agosto 2003).

In tale materia, peraltro, anche i Giudici di primo grado si sono mostrati piuttosto restrittivi nel concedere misure cautelari. Si veda specificamente, TAR Calabria, Catanzaro, ord. n. 703 del 19 dicembre 2002 che ha respinto l'istanza cautelare «*considerato, in particolare, che il ricorso non appare fondato avuto riguardo alle finalità selettive proprie della prova preliminare, affidata al criterio matematico di cui al comma 4 dell'art. 123 bis R.D. 1941 n. 12 e che, in tale ottica, non appaiono consentite interpretazioni abrogatrici dello strumento prescelto dal legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, per consentire l'accesso alla prova scritta ad un numero di candidati sufficientemente ampio ma non illimitato*».

Diverso è stato invece l'atteggiamento del Giudice amministrativo in relazione alla prova preselettiva informatica del concorso notarile, sebbene la questione giuridica si ponga esattamente negli stessi termini.

In particolare, il TAR Lazio (sent. n. 9848 del 21 novembre 2000), dopo l'ammissione con riserva agli scritti con ordinanza cautelare e il superamento, da parte del candidato, sia delle prove scritte che di quelle orali, in sede di merito, anziché esaminare la fondatezza delle censure avanzate nei confronti della prova preselettiva, ha dichiarato il ricorso improcedibile. Tale sentenza è stata confermata dal Consiglio di Stato (sez. IV, sent. n. 2132 dell'11 aprile 2001), il quale – nel precisare che non può parlarsi di cessazione della materia del contendere se non quando, *re melius perpensa*, l'amministra-

zione riveda in sede di autotutela il risultato della preselezione, mentre nella specie il giudice di primo grado ha semplicemente preso atto, del risultato ottenuto dal candidato in una distinta fase del procedimento ha affermato che *«poiché la preselezione informatica ha lo scopo di accertare il possesso di un livello di preparazione minimo che renda utile la partecipazione agli esami di concorso, il superamento degli esami stessi fornisce la prova inconfutabile che il candidato disponeva della preparazione necessaria. ... Atteso il rapporto di continenza tra la preselezione e le prove del concorso, sono nella specie applicabili i noti principi giurisprudenziali elaborati con riferimento al rapporto tra giudizio del consiglio di classe ed esame di maturità»*.

Tale orientamento che, dal punto di vista sostanziale, può anche comprendersi, dal punto di vista processuale, è difficilmente conciliabile con il carattere interinale e provvisorio della tutela cautelare – destinata per sua natura ad essere assorbita o caducata dalla pronuncia di merito – che non può far «saltare» in via definitiva una fase concorsuale, propedeutica al proseguimento nelle tappe successive, per effetto del superamento di queste ultime.

Alla luce di tale precedente, la quasi totalità dei ricorrenti esclusi per aver commesso un errore nella prova preselettiva hanno proposto ricorso – così vanificando totalmente l'intento del legislatore di limitare l'accesso alla procedura concorsuale al fine di assicurarne un più celere ed efficiente svolgimento – consapevoli che la piena soddisfazione del loro interesse sarebbe stata raggiunta anche con la sola concessione della misura cautelare in primo grado, a prescindere dall'esito del giudizio.

L'effetto delle massicce ammissioni con riserva è stata la sostanziale disapplicazione della legge – senza il preventivo vaglio di costituzionalità di pertinenza esclusiva del Giudice delle leggi – a discapito di tutti coloro che avevano legittimamente superato la prova preselettiva, che hanno visto ampliarsi, oltre i limiti consentiti dalla normativa vigente, il numero dei concorrenti a fronte di un ristretto numero di posti banditi.

Si pensi che nell'ultima tornata del concorso notarile sono stati ammessi con riserva ben 115 candidati che non avevano superato la prova preselettiva (*ex multis*, TAR Lazio, ord. n. 5489/2003), senza contare gli oltre 70 candidati ammessi con riserva con ordinanza prima sospesa con decreto *ex art. 3* legge 205/00 e poi annullata dal Consiglio di Stato (tra le tante Cons. Stato, sez. IV, n. 4830 del 11 novembre 2003) il giorno prima dell'espletamento delle prove scritte.

Al fine di scongiurare la disparità di trattamento che si sarebbe venuta a creare, esclusivamente per ragioni di tempo, tra gli ammessi con riserva il cui appello è stato deciso prima e, rispettivamente, dopo l'inizio delle prove scritte, l'amministrazione ha proposto appello anche avverso tutte le ordinanze pronunciate dal TAR Lazio a ridosso dell'inizio delle prove scritte e dai TAR periferici, peraltro incompetenti.

Il Consiglio di Stato, sez. quarta, con ordinanza n. 5115 del 18 novembre 2003, emessa dopo lo svolgimento delle prove scritte, ha confermato il proprio orientamento, *«considerato che l'art. 5-ter, comma 3 della legge 328/1995 prevede che è ammesso a sostenere le prove scritte un numero di candidati*

*pari a 5 volte i posti messi a concorso e comunque non inferiore a 900, secondo la graduatoria formata in base al punteggio conseguito da ciascun candidato nella prova di preselezione; considerato altresì che il 4 comma dell'art. 5-ter citato prevede che sono ammessi alla prova scritta anche i candidati classificati ex aequo rispetto all'ultimo che risulterebbe ammesso in base al punteggio conseguito nella prova di preselezione, fissando così un limite invalicabile al numero dei candidati; considerato che il resistente non ha raggiunto una posizione in graduatoria tale da essere ammesso al concorso a norma delle citate disposizioni e che non assume alcun rilievo il fatto che abbia commesso un solo errore dal momento che l'ammissione alle prove successive dipende esclusivamente dal posto occupato in graduatoria».*

Analogo appello è stato accolto, dopo l'espletamento delle prove scritte, dal Consiglio di Stato, sez. IV, con ordinanza n. 5228/2003 del 25 novembre 2003, ove è stato affermato che tra i contrapposti interessi, è prevalente quello alla sollecita definizione della procedura concorsuale che sarebbe «ostacolato non solo da una massiccia ammissione di candidati esclusi dalla preselezione, ma anche da ammissioni con riserva allo svolgimento delle prove scritte, come nel caso di specie, per gli ulteriori effetti conseguenti a quest'ultima (correzione degli elaborati, eventuale ammissione all'orale)».

La procedibilità dell'appello, nonostante l'effetto immediato dell'ordinanza (ammissione ed espletamento degli scritti) si sia già esaurito, si giustifica proprio perché, in assenza di una riforma dell'ordinanza, continuano a prodursi gli effetti mediati della stessa e cioè la necessità di compiere tutte quelle attività che trovano il proprio antecedente logico nell'espletamento (e nell'eventuale superamento) della prova scritta.

Qualora l'appello dovesse ritenersi improcedibile, non avrebbe senso parlare di ammissione «con riserva», dovendo ammettersi che l'ammissione agli scritti da parte del giudice amministrativo è in realtà definitiva e ciò sia nel caso di mancato superamento delle prove scritte – in cui difetterebbe ogni interesse sia del candidato, sia dell'amministrazione alla prosecuzione del giudizio (salva l'ulteriore impugnazione del provvedimento di non ammissione agli orali, come in alcuni casi è accaduto) – sia in caso di esito positivo degli scritti che, per il c.d. principio dell'assorbimento, renderebbe irrilevante il mancato superamento della prova preselettiva.

È evidente che una tale impostazione contrasta con le regole basilari del processo amministrativo, nel quale l'ordinanza cautelare non può far ottenere maggiori utilità di quelle che appresterebbe la stessa tutela di merito, dovendo semplicemente cristallizzare la situazione in modo che non venga irreversibilmente compromessa nelle more del giudizio.

E allora, se l'esclusione dalle prove scritte integra sicuramente un danno grave e irreparabile per il ricorrente che, con la ricorrenza dell'altro requisito del *fumus boni iuris*, potrebbe giustificare l'ammissione con riserva nell'ambito della cognizione sommaria propria del giudizio cautelare, è innegabile che, qualora in sede di merito il Giudice amministrativo si avveda, da un esame più approfondito, che la pretesa dedotta non era meritevole di tutela,

non potrà che trarne le dovute, conseguenze, a prescindere da quello che nel frattempo è conseguito ad un'ammissione che rimane pur sempre «con riserva» dell'esito del giudizio di merito.

Degna di nota è in proposito l'ordinanza del Consiglio di Stato, azione quarta, n. 469 del 7 febbraio 2003 che sembrerebbe aver mutato avviso rispetto all'isolato precedente sopra citato, fondato sul c.d. principio dell'assorbimento – emessa in tema di ammissione con riserva alle prove scritte del concorso notarile a seguito del mancato superamento della prova prelettiva informatica – che, nonostante l'avvenuta esecuzione della sentenza impugnata e il superamento, da parte del candidato, sia delle prove scritte, sia delle prove orali, ha accolto l'istanza di sospensione della sentenza stessa.

*Considerazioni conclusive.*

L'auspicio è quindi che il consolidarsi di un orientamento che garantisca, in ogni caso, la piena tutela propria del giudizio di merito e l'osservanza del principio del doppio grado di giurisdizione scoraggi il contenzioso di massa – che trovava spazio solo in virtù della inutile corsa contro il tempo e beneficiava chi riusciva a scegliere il Giudice meno restrittivo e a far eseguire più in fretta i provvedimenti cautelari – e tuteli invece adeguatamente quelle istanze di giustizia che si fondino effettivamente su un pregiudizio derivante da un atto illegittimo dell'amministrazione.

Se si considera infatti che per un concorso a 200 posti di notaio, il TAR ha accolto circa 200 istanze cautelari volte ad ottenere la ricorrezione degli elaborati (*ex multis*, TAR Lazio n. 3229 del 12 giugno 2002, tutte annullate dal Consiglio di Stato – tra le tante, sez. IV, n. 4289 del 8 ottobre 2002 – prima della rinnovazione della valutazione), comportando, nella sostanza, la necessità di ripetere da zero un intero concorso, è agevole comprendere che la stessa entità numerica dei ricorsi contraddice la verosimile fondatezza delle censure sollevate. Se, infatti, nell'ambito dell'alea che caratterizza comunque i concorsi pubblici, una disattenzione della Commissione esaminatrice è sempre possibile, è evidente che l'errore di valutazione non può ritenersi indiscriminatamente generalizzato, come dovrebbe invece dedursi dall'ingente numero di controversie in materia che inondano ogni anno le aule di giustizia.

*Avv. Wally Ferrante*

**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 27 febbraio 2003 n. 3** – Pres. A. de Roberto Est. G. Farina – Ministero della Giustizia (cont. 48830/01, avv. dello Stato T. Varrone) c/ S.P. (Avv.ti A. Borella e F. Lorenzoni).

*L'amministrazione non ha interesse alla riforma della sentenza di annullamento di un atto che, posteriormente alla pronuncia giurisdizionale, ha essa stessa sostituito, con autonomo provvedimento, determinando un nuovo assetto del rapporto controverso.*

«(omissis) Fatto. 1. — Il ricorso in esame è stato notificato il 17 dicembre 2001 e depositato il 10 gennaio 2002.

È chiesta la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo del Veneto, I Sezione, n. 3352 del 5 novembre 2001, notificata il 15 successivo.

2. — La decisione impugnata ha accolto il ricorso dell'appellato per l'annullamento degli atti della Commissione d'esame indicata in epigrafe, nella parte in cui è stata assegnata una votazione insufficiente per le prove scritte, con conseguente non ammissione alle prove

orali. La pronunzia riconosce l'insufficienza del mero punteggio numerico ad esplicitare i motivi per i quali le prove non sono state superate, in violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

3. — Con l'appello si sostiene:

che la mera assegnazione del voto non costituisce difetto di motivazione. Questa è prescritta per l'attività amministrativa provvedimentoale, non per l'attività di giudizio;

che, in ordine al motivo del ricorso introduttivo assorbito dal T.A.R. sulla omessa verbalizzazione dei voti assegnati dai singoli commissari, non vi sono norme che dispongano in tal senso.

4. — La parte intimata si è costituita ed ha dedotto, oltre all'infondatezza dell'appello, il sopravvenuto difetto d'interesse ad una pronunzia su di esso, in considerazione della sopravvenuta attività della commissione, consistente nella rivalutazione favorevole delle prove scritte, nel superamento della prova orale e nell'iscrizione all'albo.

5. — La parte pubblica non ha condiviso la tesi dell'improcedibilità dell'appello.

Dopo l'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria, le parti ha ulteriormente illustrato le rispettive posizioni.

6. — All'udienza pubblica del 20 gennaio 2003, dopo gli interventi delle opposte difese, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

*Diritto* 1. — Con la sentenza appellata, il Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto ha annullato i giudizi negativi, espressi con votazione numerica, dalla Commissione per gli esami di avvocato presso la Corte d'appello di Venezia per l'anno 2000, nei riguardi dell'attuale appellato.

Il primo giudice, richiamando sue pronunzie in termini, ha condiviso la censura di violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e difetto di motivazione, rilevando concisamente «l'insufficienza del mero punteggio numerico al fine di fornire l'esplicitazione dei motivi per cui la prova non è stata superata».

2. — Dopo la notificazione della sentenza (15 novembre 2001), ma prima della proposizione dell'appello (notificato il 17 dicembre 2001), si è nuovamente riunita la commissione, che — in esplicitata composizione di sottocommissione diversa da quella che aveva giudicato le prove scritte la volta precedente — ha nuovamente valutato i tre elaborati del candidato ed ha assegnato un diverso e maggiore voto a due di essi. Il punteggio complessivo saliva così alla sufficienza (verbali del 7 e 17 dicembre 2001), con ammissione alla prova orale. Anche questa era superata, come da lettera del presidente della commissione dell'undici febbraio 2002, diretta al Ministero della giustizia ed all'Avvocatura generale dello Stato.

3. — L'appello dell'Amministrazione mira a sostenere la legittimità della valutazione delle prove scritte mediante la mera assegnazione di un voto numerico (contesta anche la fondatezza di altra censura assorbita, qui, ora, non rilevante).

4. — Il resistente, in occasione della trattazione del merito, ha opposto, oltre all'infondatezza del ricorso in appello, la sopravvenuta carenza d'interesse ad una pronunzia d'annullamento della sentenza del primo giudice, in considerazione della suindicata nuova attività della commissione e dell'avvenuta iscrizione dell'interessato all'albo professionale.

A questa tesi perviene sulla considerazione che l'operato della commissione non si è limitato a ribadire il voto già dato, con motivazione, ma che si è risolto in un'autonoma pronunzia sui medesimi elaborati. Il T.A.R. aveva soltanto imposto di motivare, non di più.

Sempre secondo il resistente, il precedente giudizio negativo è stato, dunque, assorbito nel nuovo giudizio positivo, come già conclude la giurisprudenza di questo Consiglio in tema di rapporto fra giudizio scolastico di non ammissione ad esami e di giudizio positivo espresso dalla commissione d'esame, nei casi di ammissione con riserva alle prove.

La difesa dell'Amministrazione obietta, invece, che il successivo attivarsi della commissione è dipeso, solo ed esclusivamente, dalla statuizione del primo giudice.

5. — Con riguardo alla valutazione della situazione sopravvenuta ed alla possibile applicazione del criterio — o principio — di «assorbimento» del precedente giudizio nella nuova valutazione positiva data, la quarta sezione rimette all'esame di questa Adunanza, indicando perspicuamente i vari problemi che possono porsi, ma rilevando anche che la specifica questione, di cui si disputa, presenta caratteri in parte diversi dai casi degli esami scolastici, sui quali si è consolidata la giurisprudenza sul criterio di «assorbimento» nel giudizio positivo sopravvenuto di quello negativo espresso sull'esaminando.



6. — È necessario, prima di tutto, condurre l'esame degli atti sopravvenuti alla pronunzia del primo giudice, considerato che le due parti li definiscono in modo diverso. È proprio dalla precisa delimitazione del loro contenuto che può conseguire il riconoscimento o il diniego dell'effetto di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza d'interesse.

Premessa di questo esame è il principio che l'atto amministrativo va qualificato per il suo effettivo contenuto, per quanto effettivamente dispone, non già per la sola qualificazione che l'autorità, nell'emanarlo, eventualmente ed espressamente gli conferisca.

Ora, è vero che, nei due verbali menzionati, la commissione appellante premette che si riunisce «in provvisoria esecuzione della sentenza» in esame e, dunque, salva l'impugnazione di questa. Ma è anche vero che le operazioni compiute non si atteggiavano come mera esecuzione della sentenza appellata.

Ed infatti il Tribunale Amministrativo Regionale aveva soltanto statuito nel senso dell'insufficienza della motivazione, prescritta in via pressoché generale dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990, ma resa mediante il solo punteggio assegnato. L'esecuzione provvisoria di tale decisione comportava soltanto, e da parte della stessa sottocommissione che si era prima pronunziata, l'espressione di un giudizio con menzione degli elementi valutati e del loro valore, accanto a quello già numericamente esplicitato. Unicamente questo era il vincolo derivante dalla sentenza del primo giudice.

Sin da questo momento, invece, ed assecondando un criterio di più ampia apertura verso una non obbligatoria, ma di certo maggiore attenzione ad una migliore percepibilità del contenuto del giudizio sugli elaborati, la commissione ha intrapreso un percorso diverso da quello della mera esecuzione della decisione. Quello di sostituire la valutazione data in precedenza, non di giustificarla soltanto con una motivazione «in chiaro» o meno sintetica di quella numerica.

Ne sono dimostrazione:

la diversa, e sottolineata nei verbali, composizione della sottocommissione (e delle altre, chiamate a svolgere identica attività per altri candidati individuati con riferimento ad altre sentenze del T.A.R.), che esprime l'intento di una diversa valutazione, oggettivamente proveniente da altri componenti dello stesso organo, non quella di dare altra veste o di integrare la valutazione già resa;

l'eliminazione dagli elaborati, come attestato in verbale, di ogni segno di riconoscibilità, consistente in annotazioni e sigle della precedente sottocommissione, e, perciò, ancora, per assicurare un'imparziale seconda lettura e valutazione di essi;

l'attribuzione di una votazione nuova in punti talora identica alla precedente, talora no derivante dalla «ricorrezione», accompagnata da chiare ed esaurienti esplicitazioni degli aspetti negativi e positivi rilevati nei lavori.

Per questi oggettivi elementi, non può essere seguita l'amministrazione appellante, nel qualificare la nuova attività come un *facere* esclusivamente imposto dalla sentenza appellata.

Ne segue che la sopravvenuta valutazione in punti, con contestuale espressione in «chiaro» ed analitica di essa, da cui erano rilevabili i criteri di giudizio applicati, va considerata come un «*quid novi*», che ha sostituito il precedente giudizio negativo perché:

- a) discrezionalmente decisa, non vincolativamente eseguita;
- b) adottata nell'esercizio della medesima funzione;
- c) incompatibile con la prima e, poiché posteriore, appunto sostitutiva del primo giudizio.

7. — L'Amministrazione non ha perciò interesse alla riforma della sentenza di annullamento di un atto che, posteriormente alla pronunzia giurisdizionale, ha essa stessa sostituito, con autonomo provvedimento, determinando un nuovo assetto del rapporto controverso.

8. — Alla dichiarazione d'improcedibilità dell'appello può farsi seguire la compensazione delle spese del grado.

*P.Q.M.* Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza plenaria) dichiara improcedibile l'appello (*omissis*).

## Pregiudizialità amministrativa e disapplicazione

(Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione 26 marzo 2003 n. 4) (1)

Il tema della pregiudizialità amministrativa, che pareva ormai risolto con la posizione innovativa assunta dalla Corte di Cassazione nella storica sentenza n. 500/1999, ha riattirato l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina alla luce degli interventi legislativi del biennio 1998/2000.

Da ultimo, infatti, l'art. 7 della legge 1034/1971 è stato modificato dalla legge n. 205/2000, nel senso di attribuire al giudice amministrativo la cognizione sul risarcimento del danno «nell'ambito della sua giurisdizione», senza più differenziare tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva.

Una volta concentrata la tutela caducatoria e risarcitoria in un unico organo giurisdizionale, infatti, si è posto il problema dei rapporti tra l'azione di annullamento e quella per il risarcimento, ed in particolare del se, pur decorso il termine di decadenza di sessanta giorni cui è sottoposta l'azione demolitoria, il privato possa comunque richiedere il risarcimento *ex art.* 2043 c.c. nell'ordinario termine di prescrizione. In subordine, ove la risposta sia affermativa, andrebbe verificata la possibilità per il giudice amministrativo di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo ma ormai inoppugnabile.

*Un excursus storico dell'evoluzione dottrina e giurisprudenziale.*

Non esiste alcuna previsione scritta che enunci la regola della pregiudizialità.

Tale istituto trova origine e giustificazione nel contesto dei rapporti tra i diversi ordini di giurisdizione (ordinaria e amministrativa), alla luce dei criteri di riparto elaborati dalla giurisprudenza stessa e dalla dottrina durante la vigenza della L.A.C. del 1865 e, successivamente, della legge istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato del 1889.

Quest'ultima, introducendo il sistema del cosiddetto *doppio binario*, determinava per il privato, il quale fosse stato titolare di un diritto soggettivo illegittimamente compresso da un provvedimento amministrativo viziato, l'onere di agire preventivamente per la caducazione dell'atto in sede amministrativa, e solo successivamente per il risarcimento del danno in sede di giurisdizione ordinaria. In altri termini, sul presupposto dell'affievolimento del diritto soggettivo dinanzi all'esercizio, sia pure illegittimo, di un potere amministrativo autoritativo, l'istituto della pregiudizialità era stato elaborato per garantire la tutelabilità, in sede risarcitoria ordinaria, della posizione sostanziale

---

(1) Per il commento all'ordinanza in questione, ci si è riferiti alle osservazioni proposte da: TORCHIA LUISA, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2003, 567 e ss.; GALLO PAOLO, *Pregiudiziale e disapplicazione al vaglio di Plenaria e Cassazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2003.

del privato: attraverso la caducazione preventiva dell'atto degradatorio illegittimo, il diritto soggettivo si riespandeva e poteva fondare una pretesa risarcitoria davanti al giudice ordinario, giudice dei diritti soggettivi (2).

A differenza della pregiudizialità, il potere di disapplicazione è espressamente riconosciuto dal legislatore con gli articoli 4 e 5 della L.A.C.

Analogamente all'istituto dapprima esaminato, però, anche la disapplicazione ha origini legate ad esigenze di garanzia dei diritti dei singoli in un moderno Stato liberale. In ossequio ai principi di separazione ed equilibrio tra i vari poteri dello Stato si vietava al giudice di incidere sul potere amministrativo. Ma si aggiungeva che, ove tale potere fosse stato esercitato in violazione delle norme di diritto pubblico, il privato avrebbe potuto ottenere un risarcimento, previa disapplicazione dell'atto illegittimo da parte del giudice ordinario adito.

Con la legge del 1889, la disapplicazione «nata come conquista di civiltà liberale e democratica, si è trasformata in una forma di tutela *minore*» (3): si pose infatti fine alla lacuna derivante dall'assenza di una tutela caducatoria e demolitoria degli atti illegittimi, con la costituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato. È un'ironia della sorte il fatto che, nella storia più recente, importata nell'ambito del processo amministrativo, abbia assunto le vesti di una tutela avanzata della pretesa, invocata per superare le strettoie del termine di decadenza previsto per il giudizio impugnatorio.

Il problema della pregiudizialità amministrativa e del connesso potere di disapplicazione del giudice ordinario è stato accantonato dopo la pronuncia n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Cassazione.

Con tale storica sentenza, infatti, si è affermata la risarcibilità degli interessi legittimi lesi da un provvedimento autoritativo illegittimo della P.A., indipendentemente dalla natura pretensiva o oppositiva degli stessi (4). Per ciò che ci riguarda, l'importanza della sentenza sta nell'affermazione della possibilità per il giudice ordinario di pronunciarsi sul risarcimento del danno

(2) Il criterio di riparto accolto nel 1889 era quello della *causa petendi*: interesse legittimo--giudice amministrativo; diritto soggettivo--giudice ordinario. Successivamente la Cassazione, con la sentenza n. 1657/1949, individuò il criterio, integrativo rispetto a quello della *causa petendi*, del binomio carenza di potere/cattivo uso del potere, attribuendo la cognizione al giudice ordinario nella prima ipotesi, ed al giudice amministrativo nella seconda. Infine, con la creazione giurisprudenziale della figura della carenza di potere in concreto (situazioni in cui, pur sussistendo la norma attributiva del potere in astratto, per la mancanza di presupposti in concreto il potere stesso doveva considerarsi carente), si ampliò notevolmente il sindacato del giudice ordinario. L'atto amministrativo inesistente (carenza di potere in astratto) o radicalmente nullo (carenza di potere in concreto) era improduttivo di effetti degradatori: il giudice ordinario, dunque, poteva sindacare direttamente sulla pretesa risarcitoria del privato, disapplicandolo e riqualificandolo come fatto illecito produttivo di un danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.*

(3) Testualmente, CINTIOLI FABIO, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 1/2002.

(4) Prima di tale svolta giurisprudenziale, l'orientamento dominante era nel senso di riconoscere la risarcibilità dei soli interessi oppositivi, sulla base dell'interpretazione dell'ingiustizia

in via diretta, indipendentemente dalla previa caducazione dell'atto illegittimo, configurandosi il danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.* come lesione di qualsiasi situazione giuridica soggettiva (sia essa di diritto soggettivo o di interesse legittimo). A ben vedere, la Corte supera il problema della pregiudizialità, però, ricorrendo all'espedito di qualificare come diritto soggettivo la pretesa risarcitoria *ex art. 2043 c.c.*, senza differenziazioni dovute alla posizione giuridica preesistente ed incisa dal provvedimento illegittimo. In tal modo, finisce con l'applicare l'ordinario criterio di riparto della *causa petendi*, attribuendo al giudice ordinario la cognizione in materia di diritto soggettivo al risarcimento (5).

Il superamento normativo della pregiudizialità amministrativa si ha con il D.lgs. 80/1998, il quale, rimanendo nel solco della tradizione in quanto ai criteri di riparto della giurisdizione, innova profondamente il rapporto tra il processo caducatorio e quello risarcitorio. Devolvendo, infatti, alla giurisdizione amministrativa esclusivi settori di materie (urbanistica, edilizia, servizi pubblici), prevede la concentrazione in un *simultaneus processus* davanti al giudice amministrativo delle pretese caducatorie e risarcitorie del privato (6) (artt. 33-35).

L'evoluzione normativa si conclude con la legge n. 205/2000 la quale, modificando l'art. 7 della legge TAR, stabilisce che il giudice amministrativo «*nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali*».

Il tema della pregiudizialità amministrativa è tornato oggi all'attenzione della giurisprudenza e della dottrina, a seguito di riflessioni sui confini della portata innovativa dell'art. 7 legge TAR, come novellato dalla legge 205/2000 e sul nuovo modello di giurisdizione amministrativa delineato dal legislatore con gli interventi normativi del biennio 1998/2000.

Bisogna premettere, prima di addentrarci nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito, che il significato della pregiudizialità amministrativa,

---

del danno *ex art. 2043 c.c.* come lesione di una posizione qualificabile come diritto soggettivo. Tale tesi si spiegava nell'ottica del principio di degradazione del diritto soggettivo preesistente in interesse legittimo di natura oppositiva a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo autoritativo.

Soltanto riconosciuta in sede giurisdizionale l'illegittimità di tale esercizio, il diritto soggettivo compresso ingiustamente si sarebbe riespanso.

(5) Tuttavia, autorevoli voci in dottrina (CARINGELLA) ritengono che la Corte abbia accolto il criterio del *petitum* formale in quanto, a fronte della lesione di un interesse legittimo (*causa petendi*) la pretesa risarcitoria andrebbe proposta al giudice ordinario, quella caducatoria al giudice amministrativo.

(6) Tralasciamo per esigenze di sintesi le questioni di illegittimità del D.lgs. 80/1998 alla luce degli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione. In particolare, si è evidenziato come, nell'attribuire le questioni risarcitorie di diritti soggettivi al TAR nelle materie di giurisdizione esclusiva, il D. lgs 80/1998 si sia posto in contrasto col criterio ordinario di riparto e con la garanzia del grado di giurisdizione della Cassazione.

come accennato addietro, è profondamente mutato nel quadro dell'ordinamento giuridico odierno.

Ancora dopo la sentenza 500/1999, la pregiudizialità avrebbe avuto ragion d'essere per risolvere i problemi che il radicare la giurisdizione risarcitoria in capo al giudice ordinario avrebbe potuto presentare. Si allude al possibile conflitto di giudicati ed all'estensione del potere di disapplicazione ben al di là delle ipotesi marginali prospettate dalla L.A.C.

Dell'affermazione della pregiudizialità come regola processuale mirante a fornire una misura d'ordine tra le due diverse giurisdizioni non c'è più bisogno una volta che, con la legge 205/2000, giudizio di annullamento e giudizio di risarcimento siano concentrati davanti allo stesso giudice.

Occorre trovare una giustificazione diversa per ammettere la perdurante operatività dell'istituto in esame nel nostro ordinamento.

Il problema è più delicato di quanto sembri, perché dietro al semplice rapporto di pregiudizialità tra le due azioni (caducatoria e risarcitoria) c'è un modo di considerare la responsabilità dell'amministrazione ed il tipo di giurisdizione cui è sottoposto l'esercizio dei poteri autoritativi.

Si deve tener presente, infatti, che la verifica della natura ontologicamente speciale della responsabilità amministrativa non sempre ha dato risultati univoci.

Secondo alcuni, l'azione amministrativa, essendo volta a curare l'interesse pubblico, ove illegittima e perciò dannosa per il privato, produce danni ingiusti a fronte dei quali possono configurarsi pretese giuridicamente qualificate al ripristino della legittimità violata, e, soltanto in via sussidiaria e residuale, al risarcimento per equivalente.

Secondo altri, invece, bisognerebbe riferirsi alla nozione comune di illecito civile ex art. 2043 c.c., e legittimare così l'autonomia della scelta del privato in ordine all'attivazione della tutela risarcitoria.

Accogliendosi la prima delle tesi prospettate, ove ad esempio il privato abbia subito un'espropriazione illegittima, attraverso la tempestiva impugnazione dell'atto lesivo, con conseguente suo annullamento, otterrebbe già di per sé la restituzione, addirittura in forma specifica, del suo terreno. In questa ipotesi, il rimedio risarcitorio avrebbe una funzione del tutto residuale. Subordinatamente all'impugnazione del provvedimento, ove sia stato recuperato in forma specifica il bene della vita, le uniche voci di danno risarcibili sarebbero quelle dovute al mancato godimento del bene stesso *medio tempore*.

Invece, nel caso in cui il privato agisca per il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., senza aver dapprima proposto una tempestiva impugnazione dell'atto lesivo non potrebbe più ottenere la *restitutio in integrum*, e beneficerebbe soltanto del risarcimento del danno per equivalente.

In quest'ultima ipotesi, la regola della pregiudizialità tra l'azione di annullamento e quella risarcitoria impedirebbe qualunque forma di tutela per la posizione giuridica del privato, laddove, ad esempio, si trattasse di una procedura di esproprio iniziata ben prima del mutamento di giurisdizione intervenuto con la legge 205/2000. In tal caso, infatti, non essendo pre-

vista alcuna disciplina transitoria che consenta la deroga al principio della *perpetuatio jurisdictionis* (7), le controversie in merito a vicende antecedenti alla riforma, ma radicate solo successivamente ad essa andrebbero risolte in base alla nuova disciplina. Con forte pregiudizio del privato che, facendo affidamento su quello che prima del 2000 era l'orientamento dominante e consolidato della Cassazione, non aveva impugnato il provvedimento lesivo e si era limitato a richiedere il risarcimento (8).

In sintesi, c'è da chiedersi quale sia il significato ultimo della concentrazione della tutela in materia risarcitoria in capo al giudice amministrativo, tradizionalmente giudice dell'annullamento degli atti illegittimi.

Ove si tratti di una materia di giurisdizione esclusiva, poi, ammettere la pregiudizialità nei casi in cui a venir leso fosse un interesse legittimo, dovrebbe portare alla configurabilità, nell'ambito di una stessa giurisdizione, di due modelli processuali distinti a seconda della situazione giuridica la cui tutela venga invocata.

*L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2003: ritorno al passato.*

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta in tema di pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria con l'ordinanza n. 4 del 26 marzo 2003, statuendo con fermezza che «*L'atto amministrativo annullabile è produttivo di effetti giuridici sino alla pronuncia di annullamento, pregiudiziale rispetto alla richiesta di risarcimento del danno. Una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio*». (9).

Il fatto che l'Adunanza plenaria abbia preso posizione così nettamente, e dopo così breve tempo dalla nuova configurazione dell'illecito civile della pubblica amministrazione e della giurisdizione su di essa, è forse un segnale del fatto che le soluzioni raggiunte sul tema non fossero poi tanto pacificamente affermate.

---

(7) L'art. 5 c.p.c. statuisce: «*La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo*».

(8) L'argomento viene utilizzato da GALLO per criticare la decisione della Cassazione, sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538 (in *Urbanistica e appalti* n. 6/2003). In tale sentenza, la Corte considera la pregiudizialità come regola processuale valevole in ogni caso, sul presupposto che al giudice amministrativo sia precluso, ai fini della condanna al risarcimento, il sindacato sull'illegittimità dell'atto come componente dell'illecito, laddove questo sia divenuto inoppugnabile.

(9) Per il commento all'ordinanza in questione, ci si è riferiti alle osservazioni proposte da: TORCHIA LUISA, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2003, 567 e ss.; GALLO PAOLO, *Pregiudiziale e disapplicazione al vaglio di Plenaria e Cassazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2003.

Comunque, conviene soffermarsi sulle argomentazioni addotte dalla Plenaria a sostegno della massima sopra riportata.

Due sono le considerazioni principali fatte dall'Adunanza plenaria:

la compatibilità della regola processuale della pregiudizialità con la *ratio* che ha ispirato gli interventi legislativi del biennio 1998/2000;

l'impossibilità per il giudice amministrativo di disapplicare un atto inoppugnabile, ancorché illegittimo, in assenza di una norma attributiva del relativo potere, parallelamente a quanto statuito dall'art. 5 L.A.C. per il giudice ordinario.

Per quanto riguarda il primo argomento, la Plenaria afferma che la *ratio* che avrebbe spinto il legislatore all'emanazione del D.lgs. 80/1998 e della legge 205/2000, sarebbe il superamento della differenza tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva in tema di risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi. Ciò sarebbe attuato attraverso l'integrazione della norma che assoggetta al termine di decadenza di sessanta giorni l'azione impugnatoria dell'atto amministrativo illegittimo, con quella che attribuisce al giudice amministrativo la cognizione del risarcimento insieme altri diritti patrimoniali consequenziali.

Con l'espressione danno patrimoniale consequenziale, infatti, si intenderebbe ogni effetto patrimoniale pregiudizievole derivante dall'annullamento, compreso il danno dovuto al mancato o tardivo ripristino dello *status quo* (risarcimento per equivalente).

È facile obiettare, tuttavia, che in questo modo si finisce per relegare la pretesa risarcitoria in un ambito marginale, residuale e soltanto eventuale (se, infatti la tutela ripristinatoria è soddisfacente, non c'è alcuno spazio per il risarcimento, se non per il pregiudizio *medio tempore* subito) rispetto a quello proprio della tutela caducatoria. Così la risarcibilità piena dell'interesse legittimo quale posizione sostanziale, la cui lesione sarebbe produttiva di un danno qualificabile ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., resta un'affermazione di principio non realizzabile in concreto, a scapito dell'effettività della tutela che pure costituisce l'obiettivo costituzionale più perseguito e condiviso.

Inoltre la Plenaria afferma che, quand'anche una materia sia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a prescindere dal tipo di situazione soggettiva fatta valere, ciò varrebbe al solo fine di determinare la giurisdizione. «*Però, una volta stabilito che la giurisdizione è del giudice amministrativo, occorre anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, individuare il tipo di situazione soggettiva lesa (interesse legittimo o diritto soggettivo) al fine di delimitare i poteri del giudice*». In altri termini, si propende per l'applicabilità, qualora venga in rilievo un interesse legittimo, delle stesse regole processuali del giudizio in sede di legittimità.

È giustamente obiettato che tale posizione del Consiglio di Stato trascura di considerare il nuovo modello di giurisdizione amministrativa realizzato dal legislatore attraverso la giurisdizione esclusiva. Una giurisdizione

non più su atti ma su rapporti, in cui al variare della natura della posizione giuridica fatta valere (diritto soggettivo, interesse legittimo) non può variare la forma di tutela, ma soltanto il *quantum* di essa.

A ciò deve aggiungersi che anche il processo amministrativo nel suo complesso ha assunto la configurazione di processo di parti, in cui centrale è il principio della domanda. La giurisdizione amministrativa, dunque, non è più una giurisdizione oggettiva, avente come fine principale il ripristino della legalità violata attraverso l'annullamento di un provvedimento illegittimo, e soltanto eventualmente la pretesa risarcitoria. Se proprio vuole ammettersi la regola della pregiudizialità, perciò, la si dovrebbe considerare come condizione sostanziale, da accertare caso per caso (10).

Infine, bisogna rilevare che vi sono casi in cui la pregiudizialità è di impossibile applicazione.

Si allude, in particolare, alle ipotesi in cui manca in capo al privato l'interesse a ricorrere (11) in sede di annullamento, o perché il danno è derivato da un comportamento materiale della pubblica amministrazione (12), sicché l'atto è assente; o perché il danno si configura nel ritardo con cui il privato stesso ottiene il provvedimento a lui favorevole; o perché l'atto, pur illegittimamente, ha comunque prodotto effetti irretrattabili, impossibilitando il ripristino dello *status quo*.

Concludendo sul punto, in dottrina sono stati individuati dei limiti all'operatività della regola della pregiudizialità: due limiti esterni, ossia l'esistenza di un provvedimento e dell'interesse del privato ad impugnarlo; ed un limite interno, costituito dalla *ratio* della regola stessa, che va individuata nella garanzia di certezza dei rapporti giuridici (13).

La seconda argomentazione addotta dall'Adunanza plenaria a sostegno della pregiudizialità, consiste nella mancanza, in capo al giudice amministrativo, di un potere di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi. A fondare tale tesi sarebbe l'assenza di una norma attributiva di un siffatto potere parallelamente a quanto operato dall'art. 5 L.A.C., e la configurazione del sindacato sulla legittimità del provvedimento come oggetto principale del processo amministrativo.

A tali argomentazioni è stato obiettato che appare contraddittorio parlare di disapplicazione in un processo riparatorio, dal momento che il danno ingiusto presuppone per sua natura un atto pienamente efficace ed in grado di spiegare effetti sfavorevoli nella sfera del privato. A differenza della disap-

---

(10) Così osserva TORCHIA, *op. cit.*, 582-583.

(11) L'interesse al ricorso ha natura processuale e si identifica nella possibilità di conseguire un risultato utile per effetto dell'accoglimento del ricorso (CARINGELLA).

(12) L'art. 34 D.lgs. 80/1998 parla di «atti e comportamenti» della pubblica amministrazione quali oggetto di giurisdizione esclusiva.

(13) Interpretata in questo senso, la regola della pregiudizialità non impedirebbe all'atto ormai inoppugnabile di integrare una condotta illecita, ledendo l'interesse ad un bene della vita (TORCHIA, *op. cit.*).



plicazione operata dal giudice ordinario nei confronti di un provvedimento da considerarsi *tamquam non esset*, la valutazione operata dal giudice amministrativo riguarda in via incidentale l'illegittimità del provvedimento, ma si incentra sull'esistenza di tutti gli elementi costitutivi (tra i quali, appunto, l'illegittimità dell'atto) dell'illecito aquiliano. L'unica perplessità riguarderebbe l'ammissibilità o meno di un sindacato sulla legittimità da parte del giudice amministrativo, non in via principale, ma in via incidentale. Ciò è ancora più arduo se si tiene presente che tradizionalmente nell'ambito dei rimedi accordati al privato leso, la regola generale è la reintegrazione in forma specifica (annullamento), mentre la regola residuale è il risarcimento per equivalente. Tuttavia, se si afferma che l'illegittimità dell'atto è solo uno tra gli elementi indizianti di una colpa della pubblica amministrazione per valutare la sussistenza dell'illecito *ex* 2043 c.c., il risarcimento si sgancia dal nesso di consequenzialità rispetto ad una pronuncia di annullamento, e diviene un rimedio accordabile anche quando il provvedimento sia divenuto inoppugnabile (14).

A tale impostazione si è recentemente opposta la Cassazione, la quale, nella sentenza n. 4538/2003, ha recisamente affermato la preclusione del sindacato del giudice amministrativo sull'illegittimità di un atto ormai inoppugnabile sul presupposto che «... *in assenza della rimozione dell'atto, il permanere della produzione degli effetti è conforme alla volontà della legge, e la necessaria coerenza dell'ordinamento impedisce di valutare in termini di danno ingiusto gli effetti medesimi*».

Nel ribadire la necessaria pregiudizialità dell'azione caducatoria rispetto a quella risarcitoria, la Cassazione si basa sulla natura principale e non incidentale del sindacato sull'illegittimità del provvedimento nel giudizio risarcitorio, e statuisce che «*Resta (dunque) escluso che l'indagine sulla sussistenza di uno (...) degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. sia inerente a questione pregiudiziale suscettibile di essere decisa incidentalmente e senza effetti di giudicato*».

Per capire il dibattito in corso sull'esistenza o meno di un potere di disapplicazione del giudice amministrativo, è quanto mai opportuno fare delle precisazioni sull'istituto in esame.

Possiamo riferirci alle osservazioni proposte, in dottrina, da chi distingue tra disapplicazione diretta e disapplicazione indiretta.

Sulla base del combinato disposto degli artt. 4 e 5 della L.A.C., infatti, si giunge a ricomprendere nell'ordinamento tanto la disapplicazione diretta, in cui la legittimità è oggetto di cognizione *incidenter tantum*, quanto la disapplicazione indiretta, in cui la questione viene risolta *principaliter*.

Fino al 1889, infatti, la L.A.C. autorizzava il giudice ordinario a disapplicare gli atti amministrativi direttamente lesivi di diritti, allo scopo di accordare tutela al destinatario, in «*questo*» (ossia all'ipotesi dell'art. 4, in

---

(14) In questi termini si esprime, in dottrina, TORCHIA LUISA, *op. cit.*

cui la contestazione concerneva il diritto che si assumeva lesa direttamente dall'atto) «*come in ogni altro caso*». In altri termini, «la disapplicazione dell'atto poteva essere funzionale al giudizio su un mero comportamento della P.A., al di fuori di un nesso diretto tra danno e provvedimento, ma poteva anche esaurirsi nella valutazione di un atto imperativo costitutivo di un rapporto tra P.A. e cittadino e direttamente lesivo del diritto di quest'ultimo» (15).

La disapplicazione non è istituto estraneo al processo amministrativo. Il giudice amministrativo, infatti, l'ha sempre invocata per pronunciarsi incidentalmente sull'illegittimità di un atto presupposto rispetto all'oggetto principale del giudizio. In tal caso, però, si tratterebbe di disapplicazione diretta, in quanto essa non risolverebbe lo stesso conflitto di interessi che si sarebbe radicato in caso di tempestiva impugnazione dell'atto presupposto, ma il nuovo conflitto riferito al secondo provvedimento, considerando il primo *tamquam non esset*.

L'ammissibilità dell'istituto della disapplicazione nel giudizio risarcitorio è più problematica perché il conflitto riguarderebbe lo stesso atto amministrativo che cagiona il danno da risarcire (disapplicazione indiretta). L'atto da disapplicare è requisito costitutivo dell'illecito: il giudice non potrebbe pronunciarsi sul risarcimento indipendentemente dall'esistenza di un provvedimento illegittimo.

Premesse queste brevi considerazioni sul tema della disapplicazione, si deve rilevare come la soluzione prospettata dall'Adunanza Plenaria con l'ordinanza n. 4/2003 non sia giunta totalmente inaspettata.

Già c'era, in dottrina, chi sosteneva la compatibilità piena della norma processuale che fissa il termine di decadenza con i valori costituzionalmente garantiti, quali il diritto individuale di difesa (art. 24 C.) ed il principio di effettività della tutela (art. 113 C.). Tali valori, infatti, vanno armonizzati con l'art. 97 C., cioè con il principio di buon andamento della P.A., il quale oggi ha assunto una portata ed una rilevanza assai più ampie che in passato (16).

Dunque, un termine di decadenza per l'azione di risarcimento sarebbe conforme ad un'amministrazione che assume il ruolo di «fattore di produzione di utilità e non solo di legittimità» (17).

Anche la Corte Costituzionale, chiamata più volte a pronunciarsi sul punto, ha sempre affermato la compatibilità tra decadenza processuale e tutela dei diritti soggettivi.

Si è proposto, perciò, di realizzare l'effettività della tutela contro la P.A. non attraverso l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'azione di

(15) Testualmente, CINTIOLI FABIO, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2002, 87.

(16) In questo senso, CINTIOLI F., *op. cit.*, 98 ss.

(17) GIACCHETTI S., *Globalizzazione e giustizia amministrativa: due parallele destinate ad incontrarsi*, in *Cons. Stato*, II, 1357 ss.

annullamento, ma fornendo al privato forme di tutela anticipata, consentendogli, ad esempio, di adire il g.a. in via cautelare, prima che sia pronunciato l'atto definitivo (18).

*Prospettive de iure condendo.*

L'evoluzione del dibattito giurisprudenziale e dottrinario sul tema della pregiudizialità sarà sicuramente influenzato dal diritto comunitario e dalle pronunce della Corte di Giustizia.

A livello comunitario, infatti, si è affermato il principio dell'effettività della tutela del cittadino nei confronti della P.A., e della derogabilità della disciplina comunitaria soltanto nel senso di una maggiore protezione del privato e di una correlativa maggiore responsabilizzazione dello Stato.

La Corte di Giustizia lascia autonomia al legislatore nazionale soltanto al fine di ampliare la responsabilità dello Stato, non per restringerla. Sicché è legittimo avere delle perplessità sulla compatibilità del condizionamento dell'azione risarcitoria allo stesso termine decadenziale previsto soltanto per l'azione di annullamento.

Dopo pronunce contrastanti (19), la Corte di Giustizia è arrivata, con la sentenza 27 febbraio 2003, in causa C-327/00 a chiarire i rapporti tra processo di impugnazione, sottoposto a rigidi termini decadenziali, e principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti comunitari. Le osservazioni della Corte possono quindi riferirsi alla previsione di termini di decadenza da parte del legislatore nazionale in generale.

Nella sentenza in oggetto, la Corte affronta la questione pregiudiziale sollevata dal TAR Lombardia relativamente alla disapplicazione di clausole di un bando di gara non tempestivamente impugunate ma violative della normativa comunitaria in materia di appalti (20). In questa occasione afferma

---

(18) CINTIOLI F., *op.cit.*, 101. L'Autore suggerisce di interpretare in modo più elastico le nozioni di atto impugnabile, di lesione e di interesse a ricorrere, come è accaduto nella prassi del diritto societario. In questo ambito, infatti, sono giudicati ammissibili i ricorsi «proposti sulla base dell'ordine del giorno dell'assemblea, per impedire la stessa adozione di una delibera di probabile illegittimità ed in grado di provocare una lesione immediata e talora definitiva».

(19) Si vedano i casi *Peterbroeck* (Corte di Giustizia CE 14 dicembre 1995, causa C-312/1993, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1995, 688) e *Eco Swiss China Time* (Corte di Giustizia CE 1° giugno 1999, causa C-126/1997, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1999, 1353). Nel primo caso citato, la Corte di Giustizia affermò che le norme interne sulla decadenza erano suscettibili di disapplicazione perché in contrasto col diritto processuale comunitario, vigendo in quest'ultimo la deducibilità della pretesa in giudizio in ogni tempo. Nel secondo, invece, la Corte ha ritenuto che proprio il principio di certezza del diritto ed il rispetto della cosa giudicata consentono di negare il contrasto col diritto comunitario delle norme processuali nazionali che impediscono di sindacare la contrarietà all'ordine pubblico e la violazione dell'art. 81 del Trattato CE commessa in un lodo arbitrale dopo che sia decorso il termine di tre mesi dal suo deposito.

(20) Sul problema dell'immediatezza o della differibilità dell'impugnativa di un bando di gara contenente clausole illegittime, vedi le recenti pronunce: Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35 in *Urbanistica e appalti* n. 4/2003, 422 ss., con commento di CARLO EMANUELE GALLO; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 gennaio 2003, n. 1, in *Urbanistica e appalti* n. 5/2003, 547 e ss., con commento di FRANCESCO MARTINELLI.

che la normativa comunitaria (nel caso specifico, la direttiva 89/665) non osta ad una normativa nazionale che introduca un termine di decadenza per far valere davanti al giudice irregolarità compiute nel corso del procedimento di aggiudicazione dell'appalto. Nel contempo la Corte individua nel principio di ragionevolezza l'unico limite alla fissazione di tale termine, in modo che non venga pregiudicata l'effettività della tutela. Con riferimento in particolare al termine di decadenza di sessanta giorni previsto dalla normativa italiana, La Corte di Giustizia, al punto 54, statuisce che lo stesso termine sia ragionevole e in relazione all'obiettivo della direttiva 89/665, e in relazione al principio della certezza del diritto.

### *Conclusioni.*

La decisione dell'Adunanza Plenaria appare ancorata a categorie giuridiche tradizionali. La subordinazione della tutela di diritti patrimoniali al rispetto di rigorosi termini di decadenza testimonia una concezione c.d. attizia del processo amministrativo: nel senso che i diritti patrimoniali possono costituire una tutela accessoria ed eventuale perché condizionata alla verifica della legittimità del provvedimento lesivo. La tesi accentua l'importanza del profilo pubblicistico del controllo attraverso il giudizio della legittimità dell'atto, il privato sembra rappresentare, sempre ed ancora, solo un mezzo per attivare la verifica giurisdizionale. La tutela della sua sfera è circostanza accessoria ed occasionale. Ciò non implica la negazione dell'esistenza di aspetti pubblicistici nella tutela degli interessi legittimi, ma che essi per essere salvaguardati non abbisognano di un previo giudizio di legittimità sull'atto. Anche la domanda risarcitoria comporta un esame sulla correttezza dell'iter logico-giuridico che ha determinato l'atto di cui si chiede dichiararsi l'illeceità. Con i più recenti e citati sviluppi normativi (D.lgs. 80/1998 e legge 205/2000) e giurisprudenziali (Cass., Sezioni Unite, 500/1999) la tutela risarcitoria si è estesa agli interessi pretensivi ed oppositivi. Tali posizioni giuridiche, se esaminate con categorie privatistiche, danno luogo a tutele soddisfatorie, reintegratorie e risarcitorie. Le soddisfatorie riguardano gli interessi pretensivi perché con essi si richiede il conseguimento di un determinato bene di vita, le oppositive si concretizzano nella reintegrazione della sfera patrimoniale lesa attraverso la ricostituzione dello *status quo ante*, invece la tutela risarcitoria attiene sia agli interessi pretensivi che oppositivi. La ricostruzione delle conseguenze della decisione n. 4/03 dell'Adunanza Plenaria sulla base di categorie privatistiche comporta che la tutela risarcitoria sia esperibile solo ove si sia adita prima quella reintegratoria o satisfattoria. Ciò è incongruo ed irragionevole perché costituisce una inutile duplicazione della tutela. Ma, potrebbe obiettare il giudice Amministrativo, nel giudizio amministrativo ha proprie peculiarità che lo differenziano dalle controversie fra privati: la necessità di tutelare l'interesse pubblico che deve passare necessariamente attraverso la verifica giudiziale di legittimità dell'atto. La tesi non tiene conto che il rispetto dell'interesse pubblico passa attraverso il controllo di legittimità dell'atto operato dal giudice amministrativo. Il giudizio di conformità alle norme si può svolgere indifferentemente in ambito di giudizio di annulla-

mento come di risarcimento del danno. La diversità fra i due giudizi non riguarda la valutazione sulla legittimità o liceità dell'azione amministrativa, ma il *petitum* che in un caso è di annullamento, nell'altro di reintegrazione patrimoniale.

Pertanto il principio espresso dall'Adunanza Plenaria rappresenta un residuo della matrice prettamente autoritativa e pubblicistica da cui è sorto il processo amministrativo. L'evoluzione verso forme di tutela paritarie ed a 360 gradi è in fase avanzata, il cammino conosce la sua direzione trova difficoltà, resistenze, spesso rallenta la corsa ma di certo non torna mai indietro.

*Avv. Massimo Bachetti*

*Dott.ssa Valeria Fedele*

**Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, decisione 26 marzo 2003 n. 4** – B.L. ed altri (*Avv. G. Marano e G. Calandra*) c/ Comune di Palermo (*Avv. C. Bosco*) e Assessorato Regionale al turismo, comunicazioni e trasporti (*avv. Stato M. Bachetti*).

*L'atto amministrativo annullabile è produttivo di effetti giuridici sino alla pronuncia di annullamento, pregiudiziale rispetto alla richiesta di risarcimento del danno. Una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio.*

«(omissis) Considerato in diritto 1. – Per la risoluzione delle questioni portate davanti a questa Adunanza Plenaria con l'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in s.g. di rimessione, ed autonomamente per aggiunte esplicative successive degli appellanti, s'impone in primo luogo l'individuazione dell'oggetto della domanda proposta in primo grado, che è stato mantenuto fermo e, se mai, ribadito in fatto ed in diritto dagli appellanti soccombenti, come espressione del loro potere dispositivo sul processo in corso.

Gli appellanti in proposito avevano affermato e continuano ad affermare di aver adito il giudice amministrativo, che al momento della domanda aveva giurisdizione sul risarcimento del danno pretesamente subito per effetto di una occupazione appropriativa o usurpativa di terreni di loro proprietà, senza volere (o meglio, aver voluto) impugnare gli atti di un procedimento espropriativo, pure posto compiutamente in essere sino al decreto di espropriazione. E con questo essi ritengono radicalmente nullo tale procedimento, alla stregua di una consolidata giurisprudenza del giudice ordinario, prima che la materia risarcitoria relativa fosse stata trasferita al giudice amministrativo. Secondo gli appellanti in particolare la procedura dovrebbe ritenersi compiuta in carenza di potere da parte dell'Autorità amministrativa in quanto nella dichiarazione di pubblica utilità adottata dalla (ritenuta) competente Autorità, cioè dall'Assessorato Regionale Siciliano turismo, comunicazione e trasporti (d'ora in poi Assessorato) relativa alla costruzione di un centro sportivo polivalente da realizzare dal Comune di Palermo, sarebbe mancata la indicazione dei termini di inizio e, soprattutto, di ultimazione dei lavori per l'esecuzione dell'opera stessa.

L'assunto originario degli appellanti era che l'attribuzione al giudice amministrativo della materia risarcitoria non comportava assolutamente l'onere di impugnativa previa degli atti del procedimento espropriativo, perché trattandosi di un procedimento nullo per tale grave omissione non vi era ragione alcuna per rimuovere i relativi atti in quanto non potendo produrre alcun valido effetto giuridico, andavano semplicemente disapplicati. Quanto meno, aggiungevano in via gradata, per gli atti del procedimento insanabilmente nulli e posti in essere prima del passaggio della giurisdizione al giudice amministrativo, que-

st'ultimo non poteva non considerare esso stesso nulli quegli atti e, quindi, pronunciarsi direttamente sul richiesto risarcimento del danno, così come aveva in precedenza operato il giudice ordinario.

2. – Non è dubbio, come osservato con l'ordinanza di rimessione, che la tesi degli appellanti ripropone un risalente contrasto, per altro sorto in diverso e superato regime normativo, sulla giurisdizione dei due ordini di giudici.

Infatti, come è noto, da tempo le Sezioni Unite nella Corte di Cassazione avevano fatto propria una nozione ampia di carenza di potere, ritenendo che il potere ablatorio non sussistesse non solo nei casi di mancata attribuzione di esso all'amministrazione, ma anche quando mancasse o fosse viziato un c.d. presupposto per il suo esercizio, stabilito in funzione del diritto «soggettivo» (per tutte Cass. Sez. Un., 17 giugno 1988 n. 4116; e in particolare per un puntuale riepilogo di tutti i precedenti della Suprema Corte, si veda la decisione della IV Sezione di questo Consiglio del 30 novembre 1992 n. 990).

Tuttavia, con particolare riferimento alla materia espropriativa, ancorché gli orientamenti del Consiglio di Stato e delle Sezioni Unite si siano consolidati nel ritenere che gli atti emessi in carenza di potere vanno considerati nulli e perciò non produttivi di effetti, gli stessi, però, si sono mantenuti divergenti con riferimento all'ambito della nozione di carenza di potere.

Si osservava, infatti, nella citata decisione, che nella materia in esame, la verifica se l'atto emanato corrisponda al tipo consentito dalla legge va fatta in astratto, vale a dire mediante criteri che debbono essere il più possibile semplificati e che tengano conto della portata della legge, cioè della sussumibilità al tipo di atto da essa previsto.

Laddove, una volta verificato che il potere è stato attribuito e che il provvedimento ne è espressione, ogni eventuale violazione di regole dell'ordinamento costituisce violazione di legge, la quale, come è noto, unitamente alla incompetenza relativa, costituisce un vizio di legittimità dell'atto autoritativo e tale per antonomasia è il provvedimento ablatorio che per sua natura incide su interessi legittimi.

3. – Su questa linea la giurisprudenza di questo Consiglio si è mantenuta ferma. Va, infatti osservato che, nelle more di questo giudizio, è intervenuta la decisione di questa Adunanza Plenaria del 20 dicembre 2002, n. 2 che, a seguito di altra ordinanza di rimessione dello stesso Consiglio di Giustizia Amministrativa n. 316 del 2002 richiamata dallo stesso giudice remittente nel presente giudizio, ha stabilito che «costituisce un principio pacificamente accolto da questo Consiglio quello per cui è annullabile l'atto dichiarativo della pubblica utilità, quando esso (cioè l'amministrazione) eserciti il potere amministrativo senza fissare la durata massima del procedimento espropriativo, in violazione del medesimo art. 13».

Non ritiene il Collegio di ritornare sull'argomento, non solo perché recentemente riconsiderato, ma anche in quanto non sono stati prospettati profili nuovi da indurre, come invece auspicavano gli appellanti, ad una rimediazione di un indirizzo giurisprudenziale ragionato e consolidato. In questo solco – nel quale si muove anche la più recente giurisprudenza di questo Consiglio (Sez. IV del 14 dicembre 2002, n. 6894) – si è correttamente collocato il giudice di primo grado che, ha affermata la giurisdizione del giudice amministrativo sulla richiesta di risarcimento del danno in primo luogo in virtù delle previsioni degli articoli 34 e 35, comma 1, del D.Lgsvo 31 marzo 1998, n. 80, facendo rientrare i procedimenti espropriativi nell'ambito della materia urbanistica, *ex art.* 34.

Del resto gli originari ricorrenti proprio in virtù di queste norme avevano ritenuto di poter chiedere al TAR il risarcimento del danno.

In secondo luogo gli stessi giudici di primo grado hanno ritenuto, del pari legittimamente (richiamando sotto questo secondo profilo la decisione del C.G.A. n. 296 del 14 giugno 2001), di poter far riferimento, a sostegno della ritenuta giurisdizione, al 3 comma dell'art. 7 della legge n. 1034 del 1971, come modificato dall'articolo 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, che ha attribuito al giudice amministrativo tutte le domande di risarcimento del danno rientranti nell'ambito della propria giurisdizione, anche di legittimità. Soluzione questa vivacemente contestata, ma senza fondamento, dagli appellanti in quanto su di essa avrebbe fatto leva il giudice di primo grado per ritenere la loro domanda risarcitoria inammissibile, non risultando preceduta dalla richiesta di annullamento dei relativi atti, al fine di conseguire un'autonoma tutela meramente risarcitoria.

4 – Da qui lo svolgimento della complessa ed articolata tesi degli appellanti, secondo cui la tutela risarcitoria relativa alla occupazione acquisitiva in questione ricadeva esclusivamente nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nell'erroneo presupposto, tuttavia, che in tale ambito ogni situazione giuridica soggettiva possa e debba essere tutelata come un diritto soggettivo pieno senza bisogno di impugnare il provvedimento amministrativo degravatorio o, altrimenti nullo, come se, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, non fosse comunque configurabile alcun atto autoritativo: il che è all'evidenza insostenibile.

Infatti è stato ben messo in evidenza da questo Consiglio in una sua recentissima decisione (Sez. VI, 27 gennaio 2003 n. 426) che la circostanza che in una materia vi sia giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non significa che tutte le controversie in argomento vertano su diritti soggettivi.

Vero è, infatti, che la giurisdizione esclusiva implica l'attribuzione di un'intera materia al giudice amministrativo, a prescindere dal tipo di situazione giuridica soggettiva fatta valere, e dunque senza necessità di individuare il tipo di situazione soggettiva, ma questo al solo fine della determinazione della giurisdizione. Però, una volta stabilito che la giurisdizione è del giudice amministrativo, occorre anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva, individuare il tipo di situazione soggettiva lesa (interesse legittimo o diritto soggettivo) al fine di delimitare i poteri del giudice. Così come appunto ha ritenuto il giudice di primo grado, che correttamente ha individuato nella fattispecie al suo esame una situazione di interesse legittimo, con le ovvie conseguenze sulla necessità di esperire un'azione di annullamento e della conseguente dichiarazione di inammissibilità dell'azione risarcitoria esclusivamente ed autonomamente intrapresa.

Per sostenere, infine, che nell'ambito della giurisdizione esclusiva possano ricadere anche i comportamenti dell'amministrazione lesivi di situazioni soggettive, gli appellanti sostengono che nella fattispecie sarebbe appunto stato posto in essere un comportamento di tale tipo, ovviamente non annullabile come può esserlo un atto o un provvedimento amministrativo, per pervenire al risultato della autonoma proponibilità dell'azione risarcitoria.

Trattasi però di un tentativo manifestamente artificioso e quindi inutile, esperito per la prima volta nella memoria conclusiva di questo giudizio.

Sostengono infatti gli appellanti che nella fattispecie all'esame, in cui chiaramente sono stati posti in essere gli atti di un procedimento espropriativo che si assume nullo, in realtà sarebbe configurabile un comportamento, con evidente negazione del concetto stesso di comportamento che, ovviamente, non può consistere in un provvedimento. Dicono, infatti, gli appellanti che nella fattispecie in esame l'operato dell'amministrazione è riconducibile ad un comportamento sia commissivo (esecuzione di un provvedimento illegittimo da parte del Comune nell'integrare la difettosa dichiarazione di pubblica utilità pronunciata dall'Assessorato regionale su detto provvedimento) che omissivo (mancato intervento in via di autotutela). Così, in buona sostanza rendendo possibile configurare come comportamento qualsiasi attività amministrativa concretatasi nell'adozione di atti illegittimi.

5. – Nella memoria conclusiva davanti a questo Collegio gli appellanti hanno richiamato la decisione della Sez. IV di questo Consiglio del 9 luglio 2002 n. 3819, secondo cui «va proposta davanti al giudice ordinario la domanda di risarcimento del danno creato da una condotta usurpativa integrata dalla pubblica amministrazione in difetto di una valida e perdurante dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, rientrando la fattispecie nell'ambito di un ordinario fatto illecito che non può dirsi compreso nel concetto di urbanistica cui accede l'art. 34 del D.Lgs. n. 80/1998».

Essi ritengono, per altro con il consenso della difesa dello stesso Comune, che la massima, così estrapolata da detta decisione, si attagli alla fattispecie dedotta in questo giudizio e quindi, modificando radicalmente le precedenti prospettazioni sulla affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, sostengono che la giurisdizione sulla loro pretesa spetta al giudice ordinario.

Nonostante la fedele trascrizione del passo della decisione invocata, la lettura della intera decisione in relazione alle tre fattispecie diverse con la stessa decise porta a ben diversa conclusione rispetto a quella cui sono pervenuti gli appellanti.

Trattasi infatti in quella decisione di risarcimento del danno preteso a diversi titoli:

a) per perdita della proprietà dei terreni originariamente occupati dalle assegnatarie cooperative in forza di valido decreto di occupazione, ormai scaduto ed irrimediabilmente trasformati;

b) per occupazione «*sine titulo*» e trasformazione di un'area maggiore rispetto a quella asservita;

c) per avere vanificato, attraverso l'illegittima reiterazione di vincoli nascenti dal PEEP, la attitudine edificatoria, già presente sull'intera proprietà, riducendo le aree non occupate a relitti.

Orbene, mentre detta decisione ha ritenuto, del tutto in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato già richiamata, che per le ipotesi *sub a)* e *sub c)* sussisteva la giurisdizione del giudice amministrativo in virtù del disposto degli atti del D.Lgsvo 31 marzo 1998, n. 80, nel testo originario e comunque poi riconfermato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, in relazione alla comprensione della materia urbanistica, chiarendo opportunamente «che la giurisdizione esclusiva non si arresta al giudizio di annullamento del provvedimento amministrativo (illegittimo)» e che si estende al sindacato sul rapporto tra privato e amministrazione, comprensivo anche nei comportamenti materiali, annullando la decisione del TAR che aveva declinato la propria giurisdizione sulla richiesta di risarcimento del danno in materia espropriativa, ha ritenuto invece che per l'ipotesi *sub b)* dovesse spettare al giudice ordinario la giurisdizione per l'occupazione «*sine titulo*», da considerarsi come fatto illecito.

Nonostante qualche ambiguità, derivante dall'essere stata richiamata come necessaria «una efficace dichiarazione di pubblica utilità e la configurabilità di un'opera pubblica», per poi affermare «che non può aversi quest'ultima se manca la prima», che potrebbe far pensare ad un riferimento alla teoria della carenza di potere sostenuta dalle Sezioni Unite della Cassazione, sembra evidente che quest'ultima decisione del Consiglio di Stato abbia inteso fare riferimento non ad una dichiarazione di pubblica utilità viziata, ma mancante del tutto.

Il che, evidentemente, non ricorre nella fattispecie, come si vedrà. Restando tuttavia ben chiaro che questa Adunanza Plenaria non condivide affatto, per le ragioni già ampiamente esposte, una interpretazione di quest'ultima decisione contrastante con il suo indirizzo costante sull'ambito del concetto di carenza di potere.

6. – Venendo alla fattispecie all'esame del Collegio.

Risulta dagli atti ed è incontestato che l'Assessorato ha adottato un decreto in data 9 maggio 1996, con il quale, ai sensi dell'art. 2 comma 1 della legge della Regione Sicilia n. 69 del 1995 ha approvato e finanziato il progetto relativo ad una palestra polifunzionale, stabilendo all'art. 3 successivo che l'approvazione del decreto stesso, ai sensi dell'art. 21 comma 12 della legge 31 marzo 1972 n. 19 equivaleva a dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dell'opera finanziata e, nel comma successivo, che le espropriazioni «dovranno avere inizio dalla data del presente decreto e concludersi entro cinque anni dalla medesima data «esclusivamente ai fini della validità della dichiarazione di pubblica utilità di cui al precedente decreto».

Prima che venisse dato alcun seguito all'anzidetta dichiarazione di pubblica utilità interveniva in data 31 maggio 1996 la deliberazione della Giunta Municipale di Palermo n. 1344 (completa dei prescritti pareri favorevoli e con attestazione che la stessa era stata affissa all'albo pretorio dal 2 giugno 1996 al 16 giugno 1996) di immediata esecuzione, avente appunto come oggetto il progetto della palestra polifunzionale da realizzare in contrada «Uditore» di Palermo nell'ambito delle Universiadi del 1997, sul cui contenuto bisogna soffermarsi.

In detta delibera, si prendeva atto del decreto assessoriale sopra descritto di approvazione del «progetto di una palestra polifunzionale» e dei pareri favorevoli che lo avevano preceduto, si approvava lo schema di bando di gara, si autorizzava l'ufficio contratti a porre in essere tutti gli adempimenti per l'esperimento della gara e in particolare, per quanto interessa al n. 7 di «confermare i termini per le espropriazioni indicate nell'art. 3 del D.A. n. 297/XV TUR del 4 maggio 1996 che venivano precisati; al n. 8» di fissare il termine per i lavori così come appresso:

«inizio lavori entro tre mesi dalla data di esecutività del presente provvedimento; ultimazione entro dodici mesi dall'inizio lavori».



Successivamente, nel pieno rispetto dei termini anzidetti, il dirigente del servizio espropriazioni del Comune di Palermo ordinava in data 6 agosto 1996 l'occupazione temporanea in via di urgenza degli immobili da espropriare, cui seguiva l'occupazione come da verbale di immissione in possesso in data 28 e 29 ottobre 1996 e coevo verbale di stato di consistenza dei fondi appellanti occupati. Non vi è quindi alcun dubbio, come del resto ammettono gli stessi appellanti, che l'espropriazione per pubblica utilità è avvenuta nei termini di cui alla dichiarazione di pubblica utilità e che parimenti nei termini medesimi è avvenuta la costruzione della palestra, visto che, sin dal primo grado del giudizio, gli attuali appellanti avevano affermato che l'opera era stata realizzata e che ciò, appunto, aveva determinato la irreversibile trasformazione dei loro fondi.

In disparte per ora la disamina della questione sul momento in cui gli appellanti sono venuti a conoscenza dell'esistenza di tale provvedimento, va considerato se tale atto del Comune, per altro contenente una serie di disposizioni di sua indiscutibile (ed indiscussa) competenza, sia da considerare nullo e cioè inesistente, ovvero semplicemente emanato da organo in parte incompetente e quindi, qualora questa incompetenza fosse realmente accertata, semplicemente annullabile e perciò produttivo di effetti giuridici sino alla pronuncia di annullamento, pregiudiziale rispetto alla richiesta di risarcimento del danno, secondo un indirizzo consolidato di questo Consiglio che ora va ribadito, riconoscendosene la fondatezza per la sua piena aderenza alla *ratio* della riforma, culminata con la legge 205 del 2000 che ha portato il legislatore ad attribuire al giudice amministrativo in via generale la cognizione anche sul risarcimento del danno, senza alcuna distinzione tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva.

Si è infatti osservato in una recente elaborata decisione della VI Sezione 18 giugno 2002 n. 3338 – che richiama quella anteriore della IV Sezione 15 febbraio 2002, n. 952 – che una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio e che l'azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, ma che è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari.

6. – Ritornando al caso all'esame di questa Adunanza Plenaria, va osservato in base agli stessi precedenti giurisprudenziali del giudice ordinario richiamati, non risulta essere stata esaminato un caso simile o assimilabile in relazione alle circostanze che lo connotano. Va infatti debitamente valutato che l'indicazione del termine per l'inizio e il completamento dei lavori ad integrazione delle dichiarazioni di pubblica utilità adottata dall'Assessorato regionale da parte dell'autorità che doveva realizzare l'opera e che per legge doveva dare attuazione alla dichiarazione di pubblica utilità, è avvenuta quando ancora nessun termine era decorso sia per l'occupazione dei beni destinati ad essere espropriati, sia per l'esecuzione dell'opera.

Infatti va considerato che la realizzazione della palestra in questione rientrava nel programma di finanziamento regionale per l'universiade 1997 e che, ancorché l'art. 12 della legge regionale 29 settembre 1995 che la prevedeva stabilisse che i progetti relativi alle singole opere «sono approvati e finanziati dall'Assessorato regionale per il turismo etc.», lo stesso articolo sanciva che agli enti destinatari dei finanziamenti (che nel caso era il Comune di Palermo che proprio in base alla stessa legge aveva presentato il progetto esecutivo approvato dall'Assessorato) «è attribuita ogni iniziativa relativa all'esecuzione dell'opera».

Quindi il Comune di Palermo, forse anche in base al tenore della deliberazione dell'Assessorato Regionale di cui si è detto, ha ritenuto che rientrasse nella sua competenza di completare in via di integrazione, per altro pochi giorni dopo, il decreto dichiarativo della pubblica utilità con l'indicazione del termine per l'esecuzione dei lavori, omessa nel precedente decreto assessoriale. Pertanto il Comune ragionevolmente non può essere considerato un soggetto estraneo che indebitamente si sia inserito in un procedimento nel quale non doveva ingerirsi, tale da far configurare una incompetenza assoluta.

Non risulta pertanto una situazione tale da far configurare nella specie una espropriazione in carenza di potere.

Si vedano in particolare quanto alle ragioni preminenti alla base della suddetta situazione le considerazioni espresse nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 4 marzo 1997 n. 1907, richiamata dagli stessi appellanti.

7. – Gli appellanti però sostengono che al fine di verificare se sussistesse o meno il loro diritto al risarcimento del danno derivante dalla abusiva occupazione e conseguente irreversibile trasformazione, doveva tenersi esclusivamente conto della dichiarazione di pubblica utilità pronunciata dall'Assessorato ma priva delle date di inizio e termine dei lavori, che secondo la costante giurisprudenza del giudice ordinario per tale omissione era inidonea ad incidere sul loro diritto soggettivo di proprietari dei beni abusivamente occupati e trasformati dal Comune di Palermo, con l'ulteriore conseguenza che, essendosi consumata la violazione del loro diritto anteriormente alla entrata in vigore del D.Lgs. n. 80, essi non potevano essere spogliati del loro diritto al risarcimento del danno per effetto del passaggio *ex lege* della giurisdizione in materia risarcitoria dal giudice ordinario al giudice amministrativo. Ciò in quanto il decreto della Giunta municipale che aveva, a loro avviso illegittimamente, integrato la originaria difettosa dichiarazione di pubblica utilità, non era stata da loro conosciuta e quindi non poteva essere loro opposto nel giudizio davanti al TAR.

Però questo rilievo, che metterebbe in evidenza ad un tempo il contrasto di giurisprudenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo quanto agli effetti di un procedimento viziato in uno dei suoi atti fondamentali, e il preteso obbligo del giudice amministrativo di continuare a fare applicazioni anch'esso dei principi giurisprudenziali affermati dal giudice ordinario, almeno quando davanti a quest'ultimo vengono in discussione gli effetti di un decreto di dichiarazione di pubblica utilità ed occupazione così viziato, emanato anteriormente alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 80 del 1998, non sussiste.

È vero che detto decreto della giunta municipale non risulta menzionato nei provvedimenti di occupazione di urgenza e negli atti successivi sino alla espropriazione dei loro terreni ed è anche esatto che gli originari ricorrenti l'hanno potuto conoscere a seguito del deposito effettuato da parte dell'avvocato del Comune in data 5 giugno 2001, davanti al TAR, ma è anche vero che, in occasione di discussione del ricorso nell'udienza della stessa data, la loro difesa nulla abbia osservato, nonostante che su detto documento si basasse essenzialmente la difesa del Comune, come risulta dalla narrativa del fatto della sentenza impugnata, che reca testualmente:

«l'Amministrazione Comunale ha dedotto l'infondatezza del gravame rilevando che i termini *ex art. 13 legge 2359/1865* erano stati fissati dall'Amministrazione Comunale con propria deliberazione (G.M. n. 1344)».

Non vi è dubbio, quindi, che in quella sede il difensore degli attuali appellanti avrebbe potuto e dovuto chiedere un termine per impugnare il provvedimento comunale con motivi aggiunti, con la possibilità di estendere l'impugnazione a tutti gli atti del procedimento ablatorio, avvalendosi del disposto dell'art. 21, 1° comma della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come sostituito dalla legge n. 205 del 2001. Infatti secondo questa norma tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le parti, comuni all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione dei motivi aggiunti. Vero è che nel caso la deliberazione della giunta municipale del 31 maggio 1996 era intervenuta prima del giudizio davanti al TAR, però è da ritenere, che ai fini del «*simultaneus processus*» voluto dal legislatore con la novella del 2000, all'ipotesi di documento nuovo, per la evidente «*ratio*» comune, deve essere assimilata quella di non imputabile tardiva conoscenza di un atto dalla parte che intende avvalersene. È evidente, infatti, che dal punto di vista soggettivo tanto il nuovo provvedimento quanto quello precedentemente esistente, ma incognito, vengono conosciuti solo nel corso del giudizio.

Gli originari ricorrenti hanno preferito invece impugnare autonomamente detto provvedimento davanti al TAR con atto notificato in data 18 settembre 2001 per violazione dell'art. 13 della legge n. 2359/1865, senza prospettare in questa sede un possibile raccordo tra questo giudizio e quello suddetto ancora pendente, seguendo evidentemente una loro strategia processuale. Infatti gli appellanti senza aver detto in proposito nell'atto di appello si sono limitati ad osservare nella memoria conclusiva, per altro in modo del tutto incongruo, stante l'autonomia di questo giudizio per scelta stessa degli appellanti, che «non appare superfluo infine aggiungere che ove il giudizio a tutt'oggi pendente proposto dagli interessati avverso la deliberazione della G.M. n. 1344/1996 si concluda, come appare vero-

simile, con una sentenza di accoglimento, rimarrebbe comunque accertato in quella sede la illegittimità insanabile del D.A. n. 297/1996, al quale è riconnessa la dichiarazione di pubblica utilità».

Vanno ora esaminate le questioni di costituzionalità sollevate dagli appellanti, nell'ipotesi di rigetto dei motivi sopra dedotti, che in effetti si è verificata.

Si denuncia l'incostituzionalità dell'articolo 45, diciottesimo comma, del D.Lgs 31 marzo 1998 n. 80, per violazione degli artt. 24, 13, e 42 Cost. nella parte in cui stabilisce che le controversie in cui agli artt. 33 e, per quanto in questa sede rileva, dell'art. 34, sono devolute al giudice amministrativo dal 1° luglio 1998, con salvezza dei giudizi pendenti alla data del 30 giugno 1998, non facendo salvi i giudizi nei quali si faccia valere un diritto nascente da procedure espropriative i cui atti sono adottati anteriormente al 1 luglio 1998.

La questione, benché rilevante, poiché se risolta positivamente comporterebbe la illegittimità costituzionale relativamente all'attribuzione al giudice amministrativo dei giudizi relativi a fattispecie, come quella in esame, di risarcimento dei danni derivanti o collegati a provvedimenti espropriativi illegittimi posti in essere anteriormente al 1 luglio 1998, con conseguente accoglimento dell'appello per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, è tuttavia manifestamente infondata.

Sostengono infatti gli appellanti che il legislatore, anche nei casi «*de quo*» disciplinati dal comma 18 dell'art. 45 secondo cui quelle controversie in base agli artt. 33 e 34 dello stesso decreto legislativo n. 80 in cui ricadono sono attribuite al giudice amministrativo a partire dal 1 luglio 1998, avrebbe dovuto adottare la medesima disciplina stabilita nel precedente comma 17 per le controversie di cui all'art. 68 del D.Legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (cioè per le controversie relative al pubblico impiego c.d. contrattualizzato), secondo cui nel trasferire dette controversie dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla giurisdizione del giudice ordinario, si era operata la distinzione tra controversie relative a questioni attinenti al rapporto di lavoro sorte successivamente al 30 giugno 1998 che transitavano al giudice ordinario a partire dal 1° luglio 1998 e controversie relative a questioni sorte anteriormente a tale data, che restavano attribuite al giudice amministrativo.

Secondo l'assunto degli appellanti la ragione della incostituzionalità risiederebbe nella mancanza di una disciplina simmetrica benché rovesciata tra giudice ordinario e giudice amministrativo nel presupposto, ovviamente, della correttezza costituzionale della disciplina adottata per il trapasso della controversia sul pubblico impiego dal giudice amministrativo al giudice ordinario.

Nella mancanza di simmetria nel senso anzidetto si è ravvisato il contrasto del comma 17 dell'art. 45 citato con gli articoli 24, 113 e 42 della Costituzione.

Però è evidente che l'enunciazione del motivo a sostegno della denunciata incostituzionalità non ha alcun riferimento con i singoli articoli della costituzione di cui si osserva la violazione.

Non con l'art. 24, per altro genericamente richiamato senza specificare la norma specifica in esso contenuta, in quanto la mancata distinzione non impediva agli appellanti di far valere le loro ragioni di fronte al giudice competente, con l'osservanza naturalmente delle norme processuali prescritte di cui si è detto.

Non con riferimento all'art. 113 di cui per altro gli appellanti parimenti non indicano a quali dei tre commi di detto articolo, regolanti diverse fattispecie, intendano riferirsi.

Infine, sebbene riguardo all'articolo 42 si sia chiarito che il riferimento è al suo terzo comma, non appare collegabile lo stesso motivo di disparità al contenuto di detto comma, secondo cui «la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale», atteso che di per sé l'attribuzione ad un unico giudice della verifica della legittimità di un procedimento espropriativo e di eventuali ragioni di risarcimento del danno non scalfisce affatto il dettato costituzionale.

In realtà gli appellanti, pur non denunciando espressamente la violazione dell'art. 3, 1° comma della Costituzione, che sancisce il principio costituzionale della ragionevolezza e del divieto di trattamento normativo difforme di situazioni eguali, ne hanno invocato la sostanza. Ma a torto, essendo evidente che non ricorre affatto alcuna identità di situazione di fronte a diverse materie.

Nell'un caso, quello concernente l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo per il risarcimento del danno derivante da atti illegittimi in materia di espro-

priazione, il legislatore costituzionale si è attenuto alla regola generale sancita dall'art. 5 del c.p.c., secondo cui la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda.

Nel secondo caso, cioè quello relativo alle controversie sul pubblico impiego, ha derogato a tale principio, stabilendo la «*perpetuatio*» della giurisdizione del giudice amministrativo non con riferimento alla legge vigente al momento della domanda, ma a quello della insorgenza della questione in controversia anteriormente alla data in cui avveniva il trapasso al giudice ordinario. E ciò come è reso chiaro dai lavori preparatori, allo scopo di non far gravare sul giudice ordinario l'immediato afflusso di migliaia di controversie, che avrebbero inceppato l'avvio nel nuovo contenzioso trasferito.

Trattasi di un apprezzamento discrezionale sicuramente legittimo di fronte a situazioni oggettivamente differenti.

In definitiva l'articolata questione di costituzionalità è manifestamente infondata.

L'appello, conclusivamente, deve essere respinto (*omissis*)».

## **La destituzione dei pubblici dipendenti nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale: rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare**

*(Consiglio di Stato, sezione quarta, decisione 9 dicembre 2002, n. 6669)*

*Il testo unico degli impiegati civili dello Stato.*

La destituzione del pubblico dipendente appartiene al *genus* delle sanzioni disciplinari descritte, negli artt. 79-85 del d.P.R. n. 3 del 1957, al fine di prevenire i comportamenti qualificabili come infrazioni. In quanto misura espulsiva, la destituzione comporta la reiezione dall'ufficio dell'impiegato, non più ritenuto degno di continuare a prestare servizio nell'Amministrazione dello Stato.

Nella terminologia del testo unico il vocabolo è usato per individuare tanto la sanzione che è possibile adottare nei confronti dei pubblici impiegati a seguito di apposito procedimento (destituzione c.d. disciplinare), quanto quella conseguente ad una condanna inflitta dal giudice penale automaticamente, ossia senza procedimento, nei confronti del dipendente condannato, con sentenza passata in giudicato, per reati di particolare natura (destituzione di diritto).

La destituzione c.d. disciplinare è una sanzione che interrompe definitivamente il rapporto di impiego a suo tempo instaurato e può essere irrogata in presenza delle infrazioni tassativamente indicate dal legislatore nell'art. 84 del testo unico imp. civ. dello Stato.

Il successivo art. 85, nel testo originario, prevedeva, invece, fino al 14 ottobre 1988, data in cui la Corte costituzionale lo ha dichiarato parzialmente illegittimo, i casi comportanti la destituzione di diritto. Ai sensi di tale articolo, infatti, l'impiegato incorreva nella destituzione, prescindendo da un procedimento disciplinare:

*a)* per condanna passata in giudicato per delitti contro la personalità dello Stato, esclusi quelli previsti nel capo IV del titolo I del libro II del codice penale; ovvero per delitti di peculato, malversazione, concussione, corruzione; per delitti contro la fede pubblica, esclusi quelli di cui agli artt. 457, 495, 498 del codice penale, per delitti contro la moralità pubblica ed il costume previsti dagli artt. 519, 520, 521, 531, 532, 533, 534, 535, 536 e 537 del codice penale e per delitti di rapina, estorsione, millantato credito, furto, truffa, ed appropriazione indebita.

*b)* per condanna passata in giudicato, che importi l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva o della libertà vigilata.

Questo secondo tipo di destituzione era definita «di diritto» perché rappresentava una conseguenza automatica di tali condanne, anche se per la sua applicazione occorreva comunque un atto dell'Amministrazione, che ponendosi come atto dovuto non necessitava di alcun procedimento disciplinare per la sua adozione.

A giustificare il provvedimento fortemente afflittivo, più che la gravità della pena inflitta, era la particolare tipologia dei reati, tutti espressioni sintomatiche di una personalità che esclude nel reo l'ulteriore idoneità all'esercizio del pubblico ufficio in quanto *ex se* idonei a concretare una assoluta mancanza di senso morale e un evidente tradimento della fiducia riposta nell'incolpato e del rapporto che lo lega all'Amministrazione dalla quale egli dipende.

L'art. 85 del T.U. così formulato diede subito luogo ad una serie copiosa di ricorsi da parte dei dipendenti pubblici volti ad ottenere che l'automatismo tra condanna penale e destituzione di diritto fosse reciso e che quest'ultima fosse la conseguenza di una autonoma valutazione disciplinare dei fatti e delle circostanze poste a carico del dipendente.

La giurisprudenza amministrativa, dopo aver ritenuto per un lungo periodo manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale<sup>(1)</sup> sollevate ha poi mutato indirizzo invocando l'intervento della Corte costituzionale.

*Gli interventi della Corte Costituzionale (2).*

La Corte Costituzionale ha affrontato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 85 del testo unico 3/1957 due volte a distanza di circa due anni, giungendo a soluzioni esattamente opposte.

In un primo momento, con la sentenza n. 270 del 19 dicembre 1986<sup>(3)</sup>, pur riconoscendo che l'ordinamento odierno andava essenzialmente «*verso l'esclusione di sanzioni rigide*» e che la destituzione di diritto contrastava vivamente con tale tendenza, la Corte costituzionale dichiarò inammissibili le questioni sollevate dai giudici remittenti, assumendo che spettava al legislatore «*prestare omogenei e ben identificati rimedi esaustivi*». Pertanto, pur pronunciando una sentenza di rigetto, la Corte lasciava chiaramente intendere la gravità del problema e l'urgenza dell'intervento del legislatore.

La protratta insensibilità del legislatore nei riguardi delle sollecitazioni della Corte e l'insistenza dei giudici amministrativi che continuavano a sollevare la stessa questione di illegittimità, hanno indotto la Corte a pronunciarsi nuovamente sull'argomento.

(1) Prima degli interventi della Corte (sent. 14 ottobre 1988, n. 971, *Foro it.*, 1989, I, 22, n. VIRGA) e del legislatore (legge n. 19 del 7 febbraio 1990), la legittimità della destituzione di diritto dopo la condanna penale con interdizione dai pubblici uffici era stata più volte affermata dalla giurisprudenza: v. Tar Piemonte, sez. II, 19 settembre 1985, n. 333, *id.*, *Rep.* 1986, voce *Impiegato degli enti locali*, n. 29; Tar Basilicata, 3 ottobre 1980, n. 217, *id.*, 1982, III, 84.

(2) In dottrina: CAPONI, *Incapacità di accedere ai pubblici impieghi e destituzione a seguito di condanne penali*, in *Foro amm.*, 1988, 3477; NIZZA, *Innovazioni nella disciplina della destituzione di diritto*, in *Riv. Amm.*, 1989, 21; TRAVI, *Sospensione cautelare del pubblico impiegato per procedimento penale, e destituzione per condanna penale: problemi non risolti*, in *Giur. Costit.*, 1989, I, 2729; *id.*, *Rilevanza della questione di legittimità costituzionale di disposizioni abrogate e destituzione di diritto del pubblico dipendente*, in *Giur. Costit.*, 1992, 3482.

(3) *Foro it.*, *Rep.* 1987, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 1068.

Con la sentenza n. 971 del 14 ottobre 1988 (4) essa ha ribaltato le conclusioni a cui era giunta pochi anni addietro. Con una pronuncia riconducibile al *genus* delle «sentenze manipolatrici» ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 85, lett. a) del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 e dell'art. 236 D.lg. pres. Sicilia 29 ottobre 1955, n. 6(5) (che estende ai dipendenti degli enti locali in Sicilia l'art. 85 *cit.*) nella parte in cui non prevedevano, in luogo del provvedimento di destituzione di diritto, l'apertura e lo svolgimento del procedimento disciplinare.

Alla luce delle argomentazioni già esposte nella sentenza 270/1986, con riferimento soprattutto alla tendenza dell'ordinamento «verso l'esclusione di sanzioni rigide avulse da un confacente rapporto di adeguatezza con il caso concreto», giungeva quindi a giudicare inammissibile una sanzione che si sottraesse a quella valutazione di congruità che è tipica del procedimento disciplinare. «L'indispensabile gradualità sanzionatoria, ivi compresa la misura massima destitutoria» postulava, quindi, a giudizio della Corte, che le valutazioni relative fossero ricondotte «alla naturale sede di valutazione: il procedimento disciplinare, in difetto di che ogni relativa norma risulta incoerente, per il suo automatismo, e conseguentemente irrazionale ex art. 3 Cost.».

A seguito della pronuncia del giudice delle leggi, il testo dell'art. 85 T.U. diveniva il seguente: «L'impiegato incorre nella destituzione di diritto, escluso il procedimento disciplinare: b) per condanna, passata in giudicato, che importi l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva o della libertà vigilata». La Corte, cioè, dichiarando l'illegittimità costituzionale soltanto dell'art. 85 lett. a) del T.U., ha lasciato indenni le due ipotesi di destituzione *ipso iure* descritte alla lett. b) dello stesso articolo. I fatti che, viceversa, hanno dato luogo ad una condanna per i reati di cui all'art. 85 lett. a), dovranno, d'ora in poi, essere apprezzati in sede di procedimento disciplinare e, non più automaticamente, ma previa adeguata ponderazione della fattispecie criminosa accertata in sede penale, potranno dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, fino a quella massima della destituzione.

*L'intervento del legislatore: contenuti ed ambito applicativo della legge 7 febbraio 1990, n. 19 (6).*

La mutata sensibilità formatasi *in subiecta materia* ha indotto il legislatore a consacrare con legge le istanze fatte proprie tanto dalla giurisprudenza amministrativa quanto dalla Corte costituzionale. È quindi intervenuta la

(4) *id.*, *cit.*

(5) *id.*, *Rep.* 1991, Sicilia, n. 66.

(6) In dottrina: MARSILI, *La destituzione dei pubblici dipendenti*, in *Nuova. Rass.*, 1991, 1818; NOBILE, *La destituzione del pubblico dipendente: spunti per una riflessione*, in *Riv. Amm.* 1991, 1490; PONE, *La destituzione dei pubblici dipendenti dopo le modifiche introdotte dall'art. 9 della legge 7 febbraio 1990 n. 19 ed alla luce dei rapporti intercorrenti tra il procedimento disciplinare e la nuova disciplina del processo penale*, *ibid.*, 2194; RAIMONDI, *Esiste ancora la destituzione di diritto?*, in *Foro amm.*, 1992, 2088.

legge 7 febbraio 1990, n. 19, recante modifiche in tema di circostanze, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti, il cui art. 9 recita: «Il pubblico dipendente non può essere destituito di diritto a seguito di condanna penale. È abrogata ogni altra disposizione di legge. La destituzione può sempre essere inflitta all'esito del procedimento disciplinare che deve essere proseguito o promosso entro centottanta giorni dalla data in cui l'amministrazione ha avuto notizia della sentenza irrevocabile di condanna e concluso nei successivi novanta giorni».

Con l'art. 10 il legislatore ha dettato una disciplina intertemporale a tutela del soggetto già incorso nella destituzione di diritto, prevedendone la riammissione in servizio a domanda (art. 10, comma 2). L'intento è quello di uniformare tutte le situazioni conseguenti ad un provvedimento di destituzione *de iure* emesso nella vigenza di una norma dichiarata incostituzionale; recuperando il dipendente all'Amministrazione tutte le volte in cui l'esito del procedimento disciplinare evidenzia una condotta non incompatibile con le esigenze di servizio.

Con tale normativa il legislatore ha inteso dare una generale e uniforme disciplina alla materia della destituzione del pubblico dipendente, eliminando quegli automatismi espulsivi che non consentivano di correlare l'entità della sanzione all'effettiva gravità del fatto.

Mentre l'art. 10 sopra riportato non pone particolari problemi interpretativi, la lettera dell'art. 9 ha invece ingenerato dubbi in ordine alla sua portata applicativa, con particolare riferimento alla disposta testuale abrogazione «di ogni contraria disposizione di legge».

Si è cioè posto il problema della sopravvivenza o meno nell'ordinamento dell'art. 85 lett. *b*) del T.U., che, come già detto, immune dalla censura di illegittimità costituzionale, riguardante la sola lett. *a*) dello stesso articolo, continua a prevedere due ipotesi di destituzione inflitta *ipso iure*: condanna penale passata in giudicato che importi l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero applicazione di misure di sicurezza detentive o della libertà vigilata.

Al problema prospettato non è stata data risposta univoca (7), ritenendosi da taluni, che il legislatore del 1990 avrebbe cancellato dal nostro ordinamento la destituzione di diritto, abrogando tutte le disposizioni che la prevedono e, quindi, anche la lett. *b*) dell'art. 85 T.U. imp. civ. St., che la contempla in relazione alla condanna alla pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, e sostenendosi da altri che l'art. 9 della legge n. 19 del 1990, nell'affermare che il pubblico dipendente non può essere destituito di diritto a seguito di condanna penale, non può riferirsi alle ipotesi di interdizione perpetua dai pubblici uffici, bensì alla sola destituzione di diritto per effetto della mera condanna penale (8).

---

(7) V. per la rassegna giurisprudenziale sull'argomento *supra* nota n. 1 al Cons. Stato 6669/02 che precede.

(8) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 468, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Impiegato dello Stato*, n. 1164.



Ovviamente fra i sostenitori della prima tesi non si è mancato di osservare come, costituendo la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici un effetto penale della condanna, la Commissione di disciplina prima e l'Amministrazione poi «*non possono che disporre, in sede disciplinare, la destituzione dall'impiego con provvedimento che non ha carattere costitutivo ma solo dichiarativo di uno status conseguente al giudizio penale definitivo nei confronti del dipendente*» (9).

Il quadro normativo, nell'ambito del quale occorre muoversi per definire la questione, ha avuto, però, modo di precisarsi ulteriormente, così come ha avuto modo di definirsi l'esatta portata delle pronunce della Corte costituzionale che ha, in più occasioni, ritenuto inapplicabile, sotto la vigenza del regime dell'art. 85, lett. b) d.P.R. n. 3 del 1957, il divieto di automatismo sanzionatorio all'ipotesi di doverosa interdizione perpetua dai pubblici uffici prevista dall'art. 29, comma 1, c.p., trattandosi di pena accessoria ragionevolmente prevista dal legislatore per finalità di difesa sociale e di prevenzione speciale e di cui la pubblica amministrazione non può che prendere atto (10).

Alla luce della evoluzione normativa e giurisprudenziale della Corte costituzionale la materia può, quindi, dirsi giunta, per la parte che qui interessa, ad un assetto stabile, alla cui stregua è oggi da riconoscersi, che il soggetto interdetto perpetuamente dai pubblici uffici *ex art. 28 c.p.*, non può accedere agli stessi, ove ancora estraneo alla pubblica amministrazione, né permanere in servizio ove già dipendente, senza la necessità, in quest'ultimo caso, del previo ricorso al procedimento disciplinare. L'art. 9, comma 1, della legge n. 19 del 1990, non ha, dunque, abrogato ogni disposizione di legge contrastante con il divieto dell'automatica destituzione e il suo ambito di operatività deve essere ristretto alla sola destituzione di diritto per effetto della mera condanna penale, quale era prevista dall'art. 85, lett. a) del d.P.R. n. 3 del 1957 prima che la suprema Corte ne dichiarasse l'illegittimità costituzionale. E ciò si giustifica sol se si consideri che, mentre nell'ipotesi di destituzione del pubblico dipendente per mera condanna a pena detentiva, i fatti che vi hanno dato causa ben possono formare oggetto di una autonoma valutazione disciplinare per verificare la compatibilità della condanna con la permanenza in servizio del dipendente, nell'ipotesi di destituzione per interdizione perpetua dai pubblici uffici, la pubblica amministrazione datrice di lavoro non può che prendere atto del diretto e immediato contenuto di una pena accessoria, non modificabile a seguito di procedimento disciplinare.

---

(9) T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 8 maggio 1992, n. 257, *id.*, Rep. 1992, voce *cit.*, n. 1151.

(10) Cfr. Corte cost., 9 luglio 1999, n. 286, *cit.*; 18 luglio 1997, n. 249, *id.*, Rep. 1997, voce *Impiegato degli enti locali*, n. 48; 30 maggio 1995, n. 203, *id.*, Rep. 1995, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 216 e in *Giur. it.*, 1995, I, 619, con nota di ALFANO; 27 aprile 1993, n. 197, *Foro it.*, 1994, I, 385 e in *Cons. Stato*, 1994, II, 343, con nota di VIOLA; 7 novembre 1989, n. 490, *Foro it.*, 1990, I, 21.

*La legge 27 marzo 2001, n. 97 e il divieto degli automatismi espulsivi* (11).

Alla luce dell'indirizzo espresso dalla Corte costituzionale sulla legittimità dell'espulsione automatica a seguito di condanna alla interdizione perpetua dai pubblici uffici, il legislatore ha recentemente introdotto, con l'art. 5 della legge 27 marzo 2001, n. 97, recante norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (12), un'ulteriore ipotesi di automatismo espulsivo, senza, cioè, la mediazione di un procedimento disciplinare.

Il riferimento è all'art. 32-*quinquies* c.p., introdotto dall'art. 5, comma 2, legge n. 97 *cit.*, secondo il quale: « Salvo quanto previsto dagli articoli 29 e 31, la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni per i delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*ter* e 320 importa altresì l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego nei confronti del dipendente di amministrazioni od enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica».

Anche questa norma dovrebbe resistere ad ipotetiche censure di illegittimità costituzionale, considerando che l'estinzione del rapporto di impiego o di lavoro prevista dall'art. 5, comma 1, legge *cit.*, così come l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, non è una misura espulsiva di natura disciplinare, ma una sanzione penale accessoria che si aggiunge a quelle già previste dall'art. 19 c.p., e che consegue di diritto alla condanna definitiva come effetto penale di essa ai sensi dell'art. 20 del c.p. (13)

Dal confronto fra le varie fattispecie in esame si ricava il seguente assetto normativo:

1) quando la sanzione penale principale comporta l'applicazione della pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione si estingue automaticamente per effetto della sentenza definitiva, indipendentemente dalla tipolo-

---

(11) Tra i primi commenti alla legge 27 marzo 2001 n. 97, v.: BAIONI, *Procedimento penale a carico dei dipendenti pubblici: le nuove conseguenze disciplinari*, in *Giornale Dir. amm.*, 2001, 869; BORDIGNON, *Gli effetti del giudicato penale sul procedimento disciplinare alla luce della legge 27 marzo 2001 n. 97: prime indicazioni*, in *Giur. Merito*, 2001, 1229; BOSCO, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina legislativa del procedimento disciplinare a carico del pubblico dipendente indagato o condannato in sede penale*, in *Giust. Amm.*, 2001, 1124; FORLENZA E BRICCHETTI, *Commento alla legge 27 marzo 2001 n. 97, norme sul rapporto tra procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*, in *Guida al dir.*, 2000, fasc. 16, 69; PAPADIA, *Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. Personale ente locale*, 2001, 491; ROTELINI, *Procedimento disciplinare e procedimento penale. Profili applicativi della legge n. 97/2001*, in *Ragiusan*, 2001, fasc. 204, 208.

(12) In *G. U.*, parte I, n. 80 del 5 aprile 2001.

(13) Per un primo commento all'art. 5, legge n. 97 del 2001 v. gli autori citati *supra*, nota 11.

gia del reato commesso dal dipendente, purché si tratti di un delitto e la condanna alla reclusione non sia inferiore ai cinque anni, e comunque quando il dipendente è condannato all'ergastolo;

2) quando la sanzione penale principale è stata comminata per taluno dei delitti indicati nell'art. 3, comma 1, della legge n. 97 del 2001 e la condanna non è inferiore ai tre anni di reclusione, il rapporto di lavoro si estingue per effetto della sentenza penale di condanna;

3) quando la sanzione penale principale è stata comminata per altri delitti comunque previsti dalla normativa vigente, e la pena non è inferiore ai tre anni, o il reato è stato commesso con violazione dei doveri d'ufficio connessi all'esercizio di una pubblica funzione, il rapporto di lavoro è sospeso per effetto dell'automatico operare dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici.

Al di fuori dei casi descritti, l'art. 5, comma 4, della legge in esame, prescrive che, ove sia pronunciata sentenza penale irrevocabile di condanna, nei confronti dei dipendenti indicati nel comma 1 dell'art. 3, ancorché a pena condizionalmente sospesa, l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego può essere pronunciata solo a seguito di procedimento disciplinare, che deve essere avviato o riassunto entro novanta giorni dalla piena conoscenza della sentenza definitiva di condanna comunicata da parte della competente cancelleria del giudice che la ha emessa. Il procedimento disciplinare deve concludersi, salvi termini diversi previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro, entro i successivi centottanta giorni decorrenti dal termine di inizio o di proseguimento, fermo quanto disposto dall'art. 653 del codice di procedura penale.

*Sentenze richiamate: Corte cost. 9 luglio 1999, n. 286; 19 aprile 1993, n. 197; 25 ottobre 1989, n. 490; Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2001, n. 5163; sez. V, 23 aprile 1998, n. 468; Cons. reg. sic., 3 aprile 2000, n. 173; Cons. Stato, ad. Plen., 19 gennaio 1999, n. 1; sez. VI, 25 giugno 2002, n. 3476; sez. VI, 25 settembre 2000, n. 5029; sez. VI, 26 giugno 2000, n. 3605.*

*Dott.ssa Emanuela Rosanò*

**Consiglio di Stato, sezione quarta, decisione 9 dicembre 2002, n. 6669** – Pres. P. Salvatore – Est. V. Poli Ministero dell' Economia e delle Finanze (avv. Stato F. Basilica) c. F. A. (Avv. Milia). (*Riforma T.A.R. Abruzzo, Pescara, 24 febbraio, n. 206*).

*La Pubblica Amministrazione, in presenza di una sentenza penale di condanna con comminazione di pena accessoria interdittiva, deve disporre la cessazione dal servizio del dipendente, con un provvedimento che ha carattere di atto vincolato, dichiarativo di uno status conseguente al giudizio penale definitivo nei confronti del dipendente (1).*

---

(1) Nello stesso senso si era espressa la Corte costituzionale (sent. 9 luglio 1999, n. 286, *Foro it.*, 2000, I, 321, con nota di richiami), dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, 1° comma, c.p. in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui prevede che la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Sui rapporti tra l'interdizione dai pubblici

*Sono irrilevanti, ai fini della legittimità della destituzione di diritto dal servizio in seguito a condanna penale, i provvedimenti di grazia presidenziale condizionati e di riabilitazione che il pubblico impiegato consegue successivamente all'adozione dell'atto di destituzione (2).*

(d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, art. 85; l. 7 febbraio 1990, modifiche in tema di circostanze, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti, art. 9).

«(omissis) Fatto e diritto 1. – Con provvedimento dell'Intendente di finanza della provincia di Pescara prot. n. 16/Ris. del 18 aprile 1989, veniva sospeso obbligatoriamente dal servizio con decorrenza 2 aprile 1989, a mente dell'art. 91, comma 1, t.u. imp. civ. st., l'ingegner F.A., perché tratto in arresto per il reato di omicidio volontario.

2. – Con sentenza della Corte di Assise di Appello de l'Aquila – n. 4 del 9 maggio 1990, divenuta irrevocabile il successivo 6 novembre a seguito del rigetto del ricorso in cassazione (cfr. sez. I, penale, n. 3752 del 23 novembre 1990) – l'A., riconosciuto colpevole dei reati di omicidio, tentato omicidio e porto abusivo di arma da fuoco, veniva condannato:

- a) alla pena principale di anni otto di reclusione e lire 266.666 di multa;
- b) alla pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici;
- c) alla misura di sicurezza del ricovero in una casa di cura e custodia per anni tre.

---

uffici e la sanzione della destituzione, la prevalente giurisprudenza amministrativa si era già espressa nel senso della legittimità dell'automatismo espulsivo a fronte della statuizione penale, anche dopo la riforma del procedimento disciplinare nel pubblico impiego di cui alla legge 19/1990: v. oltre ai richiami in nota a Corte Cost. 286/1999 *cit.*, Tar Veneto, sez. I, 1° ottobre 2002, n. 5936, in *Trib. Amm. reg.*, 2002, I, 4332 (m); Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2001, n. 5163, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2169 (m); Cons. giust. amm. sic., 3 aprile 2000, n. 173, *Foro it.*, *Rep.* 2000, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 1443, in cui si chiarisce che la destituzione dall'impiego per effetto dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici pronunciata dal giudice penale costituisce diretto ed immediato contenuto di una pena accessoria di cui l'amministrazione datrice di lavoro deve prendere atto e che non è comunque modificabile in base ad una diversa ponderazione della questione in sede amministrativa; Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2000, n. 5029, *id.*, *Rep.* 2000, voce *cit.*, n. 1370; Tar Calabria, 21 aprile 1999, n. 481, *id.*, *Rep.* 1999, voce *cit.*, n. 1415; Tar Sicilia, 13 luglio 1995, n. 640, *id.*, *Rep.* 1995, voce *cit.*, n. 1020. Sulla impossibilità della riammissione in servizio dell'impiegato destituito *de jure* con interdizione perpetua dai pubblici uffici, v. Tar Calabria, 21 aprile 1999, n. 481, *cit.*; Tar Sicilia, 13 luglio 1995, n. 640, *cit.*; Cons. Stato, commiss. spec., 22 dicembre 1992, n. 285, *id.*, *Rep.* 1993, voce *cit.*, n. 1083; 21 dicembre 1992, n. 289/525, *id.*, *Rep.* 1994, voce *cit.*, n. 1134; 11 novembre 1991, n. 275/1991, *id.*, *Rep.* 1993, voce *cit.*, n. 1213. Si segnala, infine, Cass., sez. I, 24 aprile 2001, *id.*, *Rep.* 2001, voce *Pena*, n. 16, che ritenendo non comparabili la sanzione della degradazione automatica prevista per il militare che abbia subito una condanna cui sia conseguita l'applicazione della pena accessoria della interdizione perpetua dai pubblici uffici e quella della destituzione prevista per i dipendenti civili dello Stato che si trovino nella stessa situazione processuale posto che la degradazione è pena accessoria, applicata in esito automatico a certi tipi di condanna, e tipizzata in funzione della qualità di militare del condannato, dichiara manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3 e 27, 3° comma cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33 c.p. mil. pace.

(2) Nello stesso senso v. Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 1988, n. 913, *Foro it.*, *Rep.* 1988, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 1102, il quale osserva che le cause estintive della pena (quali il condono, la sospensione condizionale e la riabilitazione) non fanno venir meno la destituzione di diritto, poiché questa si collega alla sentenza di condanna passata in giudicato; Corte conti, sez. III, pens. civ., 19 giugno 1987, n. 60822, *id.*, *Rep.* 1988, voce *cit.*, n. 1111; Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 1987, n. 1074/1986, *id.*, *Rep.* 1991, voce *cit.*, n. 193; Tar Sicilia, 2 febbraio 1984, n. 105, *id.*, *Rep.* 1984, voce *cit.*, n. 979; Tar Basilicata, 3 ottobre 1980, n. 217, *id.*, 1982, III, 84, con nota di richiami.

3. – Con decreto del direttore generale del Dipartimento delle dogane e imposte indirette – prot. n. 12372 del 15 novembre 1991 – l'ingegner A. veniva destituito dall'impiego con effetto dalla data dell'intervenuta sospensione cautelare, ai sensi dell'art. 85, lett. *b*), t.u. imp. civ. st., per essere stato interdetto in perpetuo dai pubblici uffici.

4. – Avverso tale atto l'A. proponeva ricorso giurisdizionale affidato a due distinti motivi.

Il primo incentrato sulla violazione dell'art. 9, legge n. 19 del 1990, non essendo stato sottoposto a procedimento disciplinare.

Il secondo teso a contestare la decorrenza retroattiva della destituzione, con effetto dalla data della sospensione cautelare obbligatoria.

5. – L'impugnata sentenza del T.A.R. per l'Abruzzo – sezione staccata di Pescara – n. 206 del 24 febbraio 1998:

*a*) ha accolto il primo motivo di ricorso, annullando conseguentemente la destituzione, ravvisando la violazione dell'art. 9 *cit.*, nonché della portata precettiva e dello spirito della sentenza della Corte costituzionale n. 971 del 14 ottobre 1988, che, pur avendo dichiarato illegittimo l'art. 85, lett. *a*) del t.u. imp. civ. st., avrebbe utilizzato una traiettoria argomentativa capace di includere tutte le ipotesi di cessazione del rapporto di servizio in via automatica e dunque anche di quelle discendenti dalla interdizione perpetua dai pubblici uffici comminata *ex art.* 28 c.p. (a tal fine il primo giudice ha richiamato le ordinanze della Corte nn. 403 del 1990 e 415 del 1991 come emblematiche dell'intento della Corte stessa di estendere la portata dell'art. 9 *cit.*);

*b*) ha dichiarato assorbito l'esame del secondo motivo.

6. – Con ricorso notificato il 15 e 17 febbraio 1999, il Ministero delle finanze proponeva appello avverso la richiamata sentenza del T.A.R.

7. – Si costituiva l'ingegner A., deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto, senza riproporre espressamente l'esame del motivo dichiarato assorbito, neppure in sede di memoria conclusionale.

8. – Con ordinanza collegiale n. 868 del 1999, veniva accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione della impugnata sentenza.

9. – La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 29 ottobre 2002.

10. – L'appello è fondato e deve essere accolto.

La tesi posta a base dell'impugnata sentenza e contrastata con il gravame dell'amministrazione non è condivisa dalla sezione.

Effettivamente la norma sancita dall'art. 9, comma 1, legge n. 19 del 1990 – «il pubblico dipendente non può essere destituito di diritto a seguito di condanna penale. È abrogata ogni contraria disposizione di legge. La destituzione può essere sempre inflitta all'esito del procedimento disciplinare. . .» – pone un rilevante problema in ordine al rapporto fra il precepto in essa contenuto – apparentemente onnicomprensivo – e gli effetti di talune pene accessorie come l'interdizione dai pubblici uffici *ex art.* 28 c.p., o la rimozione a seguito di perdita del grado *ex art.* 29 c.p.m.p., o ancora, avuto riguardo all'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego *ex art.* 32-*quinquies* c.p. introdotto dalla legge 27 marzo 2001, n. 97 che comportano necessariamente l'allontanamento del pubblico dipendente.

Contrariamente a quanto affermato dal primo giudice, nel nostro ordinamento devono ritenersi ancora presenti ipotesi di destituzione automatica anche dopo la riforma del procedimento disciplinare realizzata dall'art. 9, legge n. 19 *cit.*, giacché l'affermazione del principio della ineluttabilità del procedimento disciplinare, non concerne le pene accessorie di carattere interdittivo: qui, infatti, la risoluzione del rapporto di impiego costituisce solo un effetto indiretto della pena accessoria comminata in perpetuo (e salve le ipotesi di indulto, grazia o riabilitazione che costituiscono accidenti futuri ed incerti rispetto alla tendenziale stabilità che caratterizza le pene in esame), che impedisce, *ab externo*, il fisiologico svolgersi del sinallagma fra prestazioni lavorative e controprestazioni pubbliche (cfr. Corte cost. 9 luglio 1999, n. 286; 19 aprile 1993, n. 197; 25 ottobre 1989, n. 490).

L'amministrazione, in presenza di una sentenza penale di condanna con comminazione di pena accessoria interdittiva, non può fare altro che disporre la cessazione dal servizio con un provvedimento che non ha carattere né costitutivo, né discrezionale, venendo in

rilievo bensì un atto vincolato, dichiarativo di uno *status* conseguente al giudizio penale definitivo nei confronti del dipendente (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2001, n. 5163; sez. V, 23 aprile 1998, n. 468, Cons. reg. sic., 3 aprile 2000, n. 173).

Deve pertanto ritenersi che l'art. 9, legge *cit.*, emanato in coerenza con la declaratoria di incostituzionalità della destituzione automatica a seguito di condanna penale, non ha abolito tutte le norme contrastanti con il divieto di automatica destituzione, ma solo quella indicata dalla Corte costituzionale.

Per completezza la sezione osserva che è del tutto irrilevante, che successivamente all'adozione del provvedimento di destituzione oggetto del presente giudizio, l'A. abbia beneficiato di un provvedimento di grazia presidenziale condizionato e della riabilitazione, trattandosi di circostanze sopravvenute che non possono fondare, neppure in tesi, un giudizio di invalidità successiva.

11. – La mancata riproposizione, a cura dell'appellato, del secondo motivo dell'originario ricorso di primo grado, ne inibisce l'esame da parte della sezione *ex art.* 346 c.p.c. (cfr. Consiglio d stato, Ad.Plen., 19 gennaio 1999 n. 1) (*omissis*).

12. – In conclusione l'appello deve essere accolto con la conseguente riforma dell'impugnata sentenza (*omissis*)».

## Alcuni punti fermi sulla sanatoria degli abusi paesistici

(Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 21 luglio 2003 n. 4192)

In tema di sanatoria di abusi edilizi in aree assoggettate alla tutela paesistica, le decisioni della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, dopo alcuni anni di incertezze e, soprattutto, dopo l'intervento chiarificatore dell'Adunanza Generale n. 4 dell'11 aprile 2002, si vanno stabilizzando e, in certa misura, semplificando. La sentenza che si pubblica si connota al riguardo di una particolare chiarezza e può essere agevolmente presa a parametro delle attività amministrative che dovrebbero far seguito ad un intervento sul territorio non autorizzato e ad una domanda del privato diretta alla regione o al comune subdelegato per sanare l'abuso.

Tutto il sistema di sanatoria in materia paesistica finisce per ruotare intorno al vecchio articolo 15 della legge 29 giugno 1939 n. 1497, che prevedeva, in caso di violazione degli obblighi e degli ordini previsti dalla legge di tutela, che il trasgressore fosse tenuto, secondo che la regione ritenesse più opportuno, nell'interesse della protezione dei beni di cui si tratta, alla rimessione in pristino a proprie spese o al pagamento di una somma equivalente al maggior importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante trasgressione. Oggi la vecchia disposizione è stata trasfusa nell'articolo 164 del Testo Unico, approvato con il decreto legislativo 29 ottobre 1999 n. 490 e, dopo la citata pronuncia dell'Adunanza generale n. 4 del 2002, la valutazione da compiere ha assunto la definitiva connotazione di un'autorizzazione postuma. Quel che conta è che siffatta autorizzazione *post factum* sia comunque accompagnata dalla scelta contestuale se demolire (o modificare) l'opera realizzata *extra legem* ovvero applicare la sanzione commisurata, anche se non esistono danni ambientali, al profitto (ingiusto) realizzato dal privato. In mancanza di una tale valutazione la sanatoria è illegittima e può essere annullata dalla Soprintendenza competente ai sensi dell'art 151 del Testo Unico sui beni culturali ed ambientali.

Completa il sistema un ultimo comma del citato articolo 164, secondo il quale «*Le somme riscosse a norma del comma 1 sono utilizzate per finalità di salvaguardia, interventi di recupero dei valori ambientali e di riqualificazione delle aree degradate*». Un riferimento analogo ai piani (paesistici) in funzione di risanamento si coglie anche al comma 4 dell'art. 149 del Testo Unico n. 490 del 1999.

Così stando le cose, appare evidente che la sanatoria in materia paesistica, contrariamente a quanto praticato in materia edilizia, assume una forte valenza sistematica: la riqualificazione di abusi in materia è connaturata all'attività di tutela e valorizzazione, non necessita di interventi legislativi *ad hoc*, costituisce un compito per l'amministrazione preposta al settore, ma mai un diritto pieno di chi ha promosso l'intervento senza l'autorizzazione. E in ogni caso gli oneri di questa attività ricadono, fino al limite del vantaggio conseguito (il maggior valore assunto dall'immobile), integralmente sulla parte privata, attraverso il cui apporto le regioni e gli enti locali possono tro-

vare le risorse necessarie per dar corso ai piani di risanamento e di riqualificazione del territorio. Una tutela dinamica del paesaggio quindi e, in quanto tale, si spera effettiva.

G.F.

**Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 21 luglio 2003 n. 4192** – Pres. G. Giovannini – Est. L. Maruotti – Ministero per i Beni e le Attività Culturali (cont. 15183/98, avv. Stato G. Fiengo) c/ O.M. e A.P. (Avvocati P. Alberti e C. Pesce) e Regione Liguria.

«(omissis) Diritto. 1. – Nel presente giudizio, è controversa la legittimità del decreto di data 27 aprile 1993, con cui il Ministero per i beni culturali ed ambientali ha annullato l'autorizzazione paesaggistica n. 10 del 25 gennaio 1993, rilasciata dall'assessore all'urbanistica della Regione Liguria in favore degli odierni appellati, in relazione ad alcuni lavori di ristrutturazione e di ampliamento di un fabbricato rurale (omissis).

Con la sentenza impugnata, il TAR per la Liguria ha accolto il ricorso degli interessati ed ha annullato il decreto ministeriale.

In particolare, il TAR ha rilevato che:

vi sarebbe stata la violazione dell'art. 82 del decreto legislativo 24 luglio 1977, n. 16 (come integrato dalla legge 8 agosto 1985, n. 431), poiché il decreto, anche se emanato entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'autorizzazione in sanatoria, è stato notificato dopo la sua scadenza;

il Ministero, in assenza di una adeguata istruttoria e di una valutazione degli interessi coinvolti, non avrebbe potuto negare la sussistenza del potere di autorizzare in sanatoria le opere realizzate in violazione del vincolo paesaggistico.

2. – Col primo motivo del gravame, il Ministero per i beni culturali ed ambientali ha dedotto che le vicende che riguardano la notifica del provvedimento di annullamento non rilevano per verificare il rispetto del termine sancito dall'art. 82, nono comma, del decreto legislativo n. 616 del 1977.

Tali censure sono fondate e vanno accolte.

Per la costante giurisprudenza di questo Consiglio, che il collegio condivide e fa propria, il termine perentorio di sessanta giorni riguarda l'esercizio del potere di annullamento e non anche la successiva fase della comunicazione o della notificazione (Ad. Plen., 22 luglio 1999, n. 20; Sez. VI, 6 luglio 2000, n. 3793; Sez. VI, 24 maggio 2000, n. 3010; Sez. VI, 28 gennaio 2000, n. 403; Sez. VI, 15 dicembre 1999, n. 2073; Sez. VI, 1 dicembre 1999, n. 2069; Sez. VI, 3 novembre 1999, n. 1693; Sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 1734; Sez. VI, 17 giugno 1998, n. 967; Sez. VI, 9 aprile 1998, n. 460; Sez. VI, 19 luglio 1996, n. 968; Sez. VI, 22 febbraio 1995, n. 207).

Infatti, l'art. 82, nono comma, del decreto legislativo n. 616 del 1977 ha disciplinato un provvedimento che, secondo i principi generali, è immediatamente efficace e non ha natura recettizia: l'espressione «può annullare in ogni caso» va intesa nel senso che il termine di sessanta giorni si riferisce alla emanazione dell'atto di annullamento, in quanto esso produce immediatamente i suoi effetti.

3. – Col secondo motivo, il Ministero ha dedotto che il decreto del 27 aprile 1993 ha legittimamente annullato l'autorizzazione in sanatoria di data 25 gennaio 1993, poiché questa è stata rilasciata in mera applicazione dell'art. 7, senza tenere conto della normativa riguardante la riduzione in pristino o l'applicazione della sanzione amministrativa.

Ritiene la Sezione che anche tale censura sia fondata e vada accolta.

3.1 – Va premesso che, in assenza di una normativa espressa in materia, la più recente giurisprudenza (cfr. Ad. Gen., 11 aprile 2002, n. 4; Sez. VI, 19 giugno 2001, n. 3242; Sez. VI, 9 ottobre 2000, n. 5373) ha precisato che il potere di autorizzazione in sanatoria (per gli abusi commessi su aree sottoposte al vincolo paesistico) va esercitato tenendo conto dei seguenti principi:

l'Amministrazione delegata (o subdelegata) deve verificare la mancata produzione di effetti pregiudizievoli in relazione allo stato dei luoghi antecedente all'edificazione;



costituisce onere dell'interessato la dimostrazione dell'assenza dell'impatto negativo, con la produzione della documentazione relativa alla situazione precedente dei luoghi, per consentire la comparazione con la situazione venutasi a verificare a seguito dell'abuso; poiché l'autorizzazione in sanatoria non costituisce un «equipollente perfetto» dell'autorizzazione preventiva (poiché è stato commesso un fatto illecito, punito con la sanzione prevista dall'art. 15 della legge n. 1497 del 1939), l'Amministrazione deve valutare la consistenza del pregiudizio ambientale e valutare se sia il caso di disporre la demolizione dell'opera abusiva, ovvero di disporre la sanzione equivalente alla maggiore somma tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la commessa trasgressione.

Sulla base di tale giurisprudenza (che la Sezione condivide e fa propria), si deve ritenere che in base al diritto vivente il rilascio della autorizzazione paesaggistica in sanatoria si caratterizza per le seguenti peculiarità procedurali:

l'interessato ha l'onere di produrre tutta la documentazione volta a comparare l'attuale stato dei luoghi con quello originario, prima che l'abuso avesse luogo;

l'Amministrazione, nel valutare motivatamente l'istanza e la documentazione prodotta, o ritiene che il pregiudizio cagionato non possa condurre all'accoglimento della domanda di sanatoria (e allora deve disporre la reintegrazione dello stato dei luoghi) oppure, previa istruttoria sul danno arrecato e sul profitto conseguito mediante la commessa trasgressione, può rilevare la compatibilità paesistica di quanto realizzato, contestualmente irrogando la prescritta sanzione.

3.2 – Ciò posto, la Sezione rileva che, nel caso di specie, l'autorizzazione rilasciata in sanatoria in data 25 gennaio 1993 non ha comparato, rispetto alla situazione antecedente all'abuso, quella venutasi a verificare, né ha rilevato la consistenza del pregiudizio arrecato ai valori paesistici e ambientali (non essendo sufficiente la mera prescrizione di alcune misure volte a razionalizzare la struttura dell'edificio).

Essa non ha neppure rilevato se in sede amministrativa sia stata esibita la documentazione necessaria per effettuare tale comparazione.

Inoltre, il medesimo provvedimento si è limitato a disporre la sanatoria sotto il profilo paesaggistico, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 1497 del 1939, senza contestualmente disporre la prescritta sanzione, rispetto alla quale è anche mancata l'istruttoria.

Ciò comporta che, come ha legittimamente evidenziato il decreto ministeriale del 27 aprile 1993, l'autorizzazione rilasciata in sanatoria in data 25 gennaio 1993 risulta viziata da violazione di legge ed eccesso di potere: essa non ha valutato i fatti complessivamente accaduti e si è illegittimamente limitata a rilasciare, ora per allora, una autorizzazione in sanatoria *ex art. 7*, senza esercitare il potere in sanatoria che, nell'attuale sistema, postula specifiche e coesistenti attività istruttorie, valutative e sanzionatorie.

4. – Per le ragioni che precedono, in accoglimento dell'appello e in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado, restando salvo il potere della Regione di riesaminare l'istanza degli interessati, nel rispetto dei principi concernenti la sanatoria degli abusi commessi su aree sottoposte a vincolo paesistico.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio.

*P.Q.M.* Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'appello n. 4217 del 1998 e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado n. 1569 del 1993.

Compensa tra le parti le spese e gli onorari dei due gradi del giudizio. (*omissis*).»

## Il ricorso dell'Avvocatura dello Stato:

**Consiglio di Stato – Ricorso in appello dell'Avvocatura Generale dello Stato** per il Ministero dei beni culturali ed ambientali c/ O.M. e A.P. (Avv. C. Pesce e M.G. Lanero) e Regione Liguria.

«(*omissis*) La sentenza è ingiusta e lesiva dei diritti ed interessi del Ministero per i beni culturali e ambientali, il quale, come sopra rappresentato e difeso, ricorre a codesto Eccellentissimo Consiglio di Stato in s.g. proponendo appello per i seguenti motivi:

1. – Il provvedimento di annullamento ministeriale non ha carattere recettizio, sicché nel termine perentorio di 60 giorni l'Amministrazione centrale è tenuta – al fine di evitare

la decadenza – alla mera adozione dell'atto, non sussistendo alcuna indicazione normativa che ricomprenda in detto termine la fase successiva, integrativa dell'efficacia dell'atto adottato, attraverso la comunicazione o la notificazione dell'atto stesso.

In ogni caso il termine decorre dal momento (successivo alla nota 1 aprile 1993 prot. 2978 di trasmissione delle relative carte da parte della Soprintendenza B.A.A. della Liguria) in cui il Ministero per i beni culturali ed ambientali è stato concretamente messo in grado di provvedere.

2. – L'atto regionale – ed è profilo assorbente di illegittimità dello stesso – è un'autorizzazione paesaggistica in sanatoria, ovverosia, un provvedimento adottato dopo la realizzazione dell'opera. In tali casi non è applicabile l'articolo 7, bensì l'articolo 15 della legge n. 1497/39 che impone all'amministrazione (regionale) precedente di valutare alternativamente la riduzione in pristino ovvero l'applicazione di una sanzione amministrativa.

3. – Lungi dall'essere affermazioni «apodittiche, generiche e prive di riferimento alle opere in questione» le motivazioni dell'annullamento ministeriale, dopo aver individuato la rilevanza dell'impatto paesistico dell'opera, che riconosce espressamente come preesistente («l'abuso... impegna un tratto della Costa di S. Andrea di eccezionale pregio ambientale e panoramico»), fa carico alla Regione Liguria, sotto il profilo del difetto di motivazione, di non aver determinato (in sede autorizzativa o *aliunde*) il concreto valore cui rapportare quell'alterazione percepibile dello stato dei luoghi, che ai sensi dell'articolo 52 -ANI – MA del Piano Paesistico, non consentirebbe neppure interventi di risanamento o riuso di ciò che lecitamente preesiste.

*P.Q.M.* Si chiede che, in riforma dell'impugnata sentenza n. 370/1998 del TAR per la Liguria, il ricorso proposto dai sigg. O.M. e A.P. sia rigettato, con conseguenziali statuizioni di legge.

Roma, 7 aprile 1998 - *Avvocato dello Stato: Giuseppe Fiengo*».

## Lo svoglimento ad *interim* di mansioni inferiori non comporta nel pubblico impiego demansionamento e dequalificazione professionale

(Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, sezione prima, sentenza 9 giugno 2003 n. 2359)

La vicenda si colloca storicamente nel periodo di transizione delle controversie di Pubblico Impiego dalla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo a quella del Giudice Ordinario del Lavoro, a seguito della c. d. «privatizzazione del rapporto di pubblico impiego» disposta con D. Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 e del successivo decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80.

La sentenza in epigrafe ci propone un caso abbastanza singolare sia nelle sue premesse fattuali sia nelle conclusioni tratte dal Giudice Amministrativo e, per comprenderne meglio i contorni, è opportuno ripercorrere le tappe fondamentali che hanno portato al contenzioso in esame.

Il caso *de quo* riguarda alcuni Ufficiali Idraulici che erano transitati dalla Regione Toscana al ruolo del Ministeri LL.PP. attraverso la legge 584/1994.

L'inquadramento operato (*illo tempore*) dalla Regione era avvenuto nella qualifica di *Collaboratore Professionale* (quarto livello), con assegnazione al predetto personale, tramite Ordine di Servizio dell'Ingegnere Capo, di un Tronco di Guardia (corrispondente alla funzione di Sorvegliante Idraulico). In seguito ad una disposizione interna regionale, si era disposto il passaggio per elevazione automatica della fascia del Collaboratore Professionale dal livello uarto al livello quinto.

A seguito del transito nel ruolo del Ministero dei LL.PP., operato dalla legge sopra indicata, il Ministero, sentito il parere della Funzione Pubblica, non esistendo tra i profili professionali di cui alla legge 312/1980, la qualifica di «collaboratore professionale», provvedeva ad effettuare l'inquadramento nell'unico profilo di quinto livello disponibile nell'area idraulica, e cioè quello di Ufficiale Idraulico, con affidamento di un Tronco di Custodia.

Il ricorrente, insieme ad altri, conveniva in giudizio il Ministero dei Lavori Pubblici – Provveditorato alle Opere Pubbliche della Regione Toscana, per l'annullamento dei decreti provveditorali con i quali gli erano state assegnate le funzioni di Sorvegliante Idraulico per alcuni Tronchi di guardia nonché la titolarità *ad interim* di un Tronco di custodia, lamentando come motivo di illegittimità degli atti impugnati, *l'affidamento di mansioni inferiori rispetto alla qualifica di appartenenza* nonché, per il periodo anteriore all'emanazione dell'atto impugnato, *lo svolgimento stesso di mansioni inferiori*, concludendo per l'annullamento, previa sospensione, degli atti impugnati.

Il TAR Toscana rigetta il ricorso attoreo.

Infatti, in relazione alla dequalificazione e al demansionamento, oltre a notare il periodo limitato di tale eventuale compressione professionale, il Giudice sottolinea la mancata prova del lamentato danno dai ricorrenti, con buona pace dei principi in tema di prova.

Tale tipologia di danno, di difficile accertamento e quantificazione quando degenera in danno psichico, richiede la prova di un effettivo depau-

peramento, stravolgimento ed effettiva perdita della professionalità acquisita, con onere della prova ricadente in capo al lavoratore di «*allegare l'impossibilità di utilizzare la professionalità acquisita*» (1). Per il caso di perdita di *chances*, inoltre, il lavoratore avrebbe dovuto dimostrare il venire meno delle opportunità lavorative e la progressione di carriera di altri soggetti aventi gli stessi requisiti del danneggiato (2).

Degno di nota, poi, è che il Giudice Amministrativo abbia, di fatto, considerato l'affidamento *ad interim* delle mansioni un meccanismo che evita la dequalificazione del lavoratore e lo tutela da conseguenze a lui pregiudizievole.

L'iter logico del Giudicante, in linea con le argomentazioni svolte dalla Avvocatura dello Stato, sembra essere stato il seguente: la dequalificazione professionale sussiste se, dopo un raffronto quantitativo e qualitativo tra le mansioni svolte e quelle attinenti al profilo professionale di appartenenza del lavoratore, in base a un giudizio di equivalenza delle stesse, vi è un depauperamento e una deprivazione del patrimonio professionale acquisito.

La previsione di una adeguata «valvola di sfogo» quale l'*interim* della funzione superiore, sembra garantire (se non nei fatti, almeno in apparenza) il lavoratore, ed è sembrato adeguato ad escludere danni alla personalità dello stesso, in considerazione sia di una sostanziale interscambiabilità dei compiti e interazione tra le due figure, e, soprattutto, in mancanza di una decisiva prova del contrario.

La difesa dell'Avvocatura dello Stato, peraltro, in ultima analisi, notando la particolarità del caso, faceva presente che il ricorrente, come altri nella sua situazione, proveniva dai ruoli della Regione Toscana, e l'Amministrazione, pur avendo incorporato questi dipendenti transitati dalla Regione, si trovava nello stato di non poter assegnare a tutti gli Ufficiali Idraulici compiti propri della funzione relativa, in quanto non esistevano Tronchi di Custodia in numero sufficiente per un impiego totale dei dipendenti.

Né, per evidenti motivi di organizzazione, poteva ogni Tronco di Guardia essere trasformato in Tronco di Custodia per garantire lo svolgimento delle funzioni relative.

L'Avvocatura dello Stato faceva notare che, a maggior ragione dopo la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, anche alla Amministrazione Pubblica doveva essere concesso, in particolari ipotesi in cui vi è un soprannumero di dipendenti, la modifica *in pejus* delle mansioni come la soluzione più favorevole tra quelle possibili, insomma, come *extrema ratio* per evitare il licenziamento (3).

---

(1) Trib. Trieste, 13 agosto 1999.

(2) Così Cass., 2 dicembre 1996, n. 10748, in *Mass. giust. civ.* 1996, 1656. Il lavoratore che, a seguito di una 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.

(3) Riprendendo Cass. Civ., Sez. lav., 18 ottobre 1999, n. 11727.

Quindi, nonostante una diversità ontologica del rapporto di Pubblico Impiego rispetto al rapporto di lavoro privato(4), non si può negare che il naturale corollario della privatizzazione disposta *ope legis*, sia la *operatività per il rapporto di pubblico impiego anche di quei principi generali ormai consolidati nel rapporto privato*.

*Avv. Maria Vittoria Lumetti  
dott. Fernando Carangelo*

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione prima, sentenza 9 giugno 2003 n. 2359** – Pres. est. G. Vacirca – M.G. (Avv. P. Stolzi) c/ Ministero dei Lavori Pubblici e Provveditorato alle opere Pubbliche della Regione Toscana (cont. 2416/98, avv. Stato M.V. Lumetti).

*La parziale promiscuità delle funzioni di guardiano idraulico (oggi sorvegliante idraulico) e di ufficiale idraulico previste dal r.d. 9 dic. 1937, n. 2669, non configura un sostanziale e permanente demansionamento, anche in quanto non è stato dimostrato che le modalità di svolgimento del servizio siano state concretamente lesive dell'immagine professionale del ricorrente. Non si ipotizza una dequalificazione professionale in caso di svolgimento di mansioni inferiori temporanee.*

«(omissis) *Fatto e diritto.* Il ricorrente ha impugnato i provvedimenti del Provveditore alle opere pubbliche per la Toscana in data 28 maggio 1998 aventi ad oggetto l'assegnazione delle funzioni, lamentando l'attribuzione di mansioni inferiori a quelle della qualifica posseduta (ufficiale idraulico).

Il ricorso è infondato. L'Amministrazione ha affidato al sig. M. G. la sorveglianza di alcuni tronchi di guardia nonché la contitolarità di un tronco di custodia. Attesa la parziale promiscuità delle funzioni di guardiano idraulico (oggi sorvegliante idraulico) e di ufficiale idraulico previste dal r.d. 9 dic. 1937, n. 2669, non può configurarsi nel caso in esame un sostanziale e permanente demansionamento, né è stato dimostrato che le modalità di svolgimento del servizio siano state concretamente lesive dell'immagine professionale del ricorrente.

Va, inoltre, considerato che, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 112 del 31 marzo 1998, il personale idraulico del Ministero dei lavori pubblici è transitato alle dipendenze delle Amministrazioni provinciali, sicché l'operatività dei provvedimenti impugnati è risultata limitata a un periodo assai breve

Il ricorso deve, pertanto, essere respinto. Sussistono, tuttavia, giuste ragioni per dichiarare compensate tra le parti le spese del giudizio.

*P.Q.M.* il Tribunale amministrativo regionale della Toscana, sez. I, respinge il ricorso. Spese compensate.

Così deciso in Firenze il 13 maggio 2003 (omissis)».

---

(4) A titolo di esempio, se non altro, si tengano presenti le modalità di accesso che devono rispecchiare i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, art. 97 Cost.

## **Componenti laici del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana e dubbi di costituzionalità.**

*(Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, ordinanza 13 maggio 2003, n. 185)*

Con l'ordinanza n. 185 del 13 maggio 2003 (contenzioso n. 24159/03, Avvocato dello Stato Ignazio Francesco Caramazza) e con successiva ordinanza n. 303 del 9 settembre 2003 di analogo tenore (contenzioso n. 33566/03, Avvocato I.F. Caramazza), il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha sollevato d'ufficio numerose questioni di legittimità costituzionale delle norme che istituiscono il Consiglio medesimo e ne regolano composizione e funzionamento, operando una ricostruzione storica di notevole interesse.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri si è determinata a non intervenire nel giudizio di costituzionalità mentre la Presidenza della Regione Siciliana, considerato il proprio rilevante interesse alla conservazione delle impugnate norme di attuazione dello Statuto regionale, che rispondono a peculiari esigenze di autonomia tipiche delle Regioni a statuto speciale, ha deliberato di intervenire nel predetto giudizio di legittimità costituzionale.

Nelle more, è giunto all'esame delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione un ricorso per cassazione (contenzioso n. 36390/03, Avvocato dello Stato Wally Ferrante) con il quale viene impugnata una sentenza del C.G.A.R.S. per difetto di giurisdizione derivante dall'asserita irregolare composizione del Collegio giudicante.

In particolare, viene dedotta l'illegittima permanenza in carica, al momento della deliberazione della sentenza, di un consigliere laico di nomina regionale oltre il sessennio previsto dalla legge e senza che sia stata avviata la procedura per la sua sostituzione. Tale profilo è stato censurato anche con la citata ordinanza del C.G.A.R.S. n. 185/03 di rimessione alla Corte Costituzionale, in quanto l'assenza di un termine per provvedere alla sostituzione, in presenza di una norma che prevede espressamente la proroga dell'incarico sino all'insediamento del successore, potrebbe compromettere l'indipendenza e l'imparzialità del membro laico. Qui di seguito viene pubblicato il controricorso per cassazione innanzi alle Sezioni Unite, notificato il 24 novembre 2003.

Va precisato che, successivamente, a seguito della paralisi dell'attività giurisdizionale del C.G.A.R.S. in attesa del vaglio della Corte Costituzionale – sbloccatasi, per i soli provvedimenti cautelari, sull'onda del clamore della vicenda del Catania Calcio – è stato approvato il D.lgs. 24 dicembre 2003 n. 373 (in *Gazzetta Ufficiale* 14 gennaio 2004, n. 10) che, abrogando espressamente il D.Lgs. 6 maggio 1948 n. 654 (e successive modifiche) che istituiva il C.G.A.R.S. e ne regolava la composizione e il funzionamento, ha ridisciplinato l'intera materia, tentando di eliminare quei profili suscettibili di prestare il fianco a dubbi di costituzionalità.

In primo luogo, sono state istituite due sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali (art. 1), con la precisazione (art. 2,

comma 4) che, ove manchi in una sezione il numero di consiglieri necessario per deliberare, si provveda a norma dell'art. 12, comma 2 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, ossia si supplisca con consiglieri appartenenti ad altre sezioni, onde evitare che la contemporanea scadenza di più membri laici possa impedire il regolare funzionamento del C.G.A.R.S.

In secondo luogo, non è stata reiterata la norma di cui all'art. 3, comma 2 D.Lgs. n. 654 del 1948, come modificato dall'art. 2 d.P.R. 5 aprile 1978, n. 204, che prevedeva espressamente la *prorogatio* del membro laico sino all'insediamento del successore – disposizione tacciata di incostituzionalità nelle citate ordinanze di rimessione in quanto potenzialmente idonea a minare l'indipendenza del componente non togato – sancendo anzi l'art. 6, comma 5 D.Lgs. n. 373/03 che, alla scadenza del sessennio, i componenti designati dal Presidente della Regione e il Prefetto, oltre a non poter essere confermati (com'era già previsto), «cessano dalla carica e dall'esercizio delle funzioni».

In terzo luogo, ai giuristi ed esperti laici – i cui requisiti per la nomina vengono più rigorosamente definiti dall'art. 4, comma 1, lett. *d*) con riferimento a quelli di cui all'art. 106, comma 3 Cost. per la nomina a consigliere di Cassazione – viene esteso, per tutta la durata della carica, il trattamento giuridico, economico e disciplinare dei magistrati del Consiglio di Stato (art. 7), ivi compreso il regime di incompatibilità, tanto che l'art. 15 impone agli attuali componenti di nomina regionale di rimuovere, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge, le eventuali cause di incompatibilità, pena la cessazione dalla carica.

Tali importanti innovazioni sembrano attribuire ai componenti laici uno *status* in tutto e per tutto assimilabile a quello dei colleghi togati, garantendo così la loro terzietà ed indipendenza, ma resta da chiedersi se il rigido regime di incompatibilità non rischi di scoraggiare insigni giuristi dall'accettare (o conservare) la carica, come sembra possa accadere per gli attuali componenti.

Sarebbe meglio allora, *de iure condendo*, prevedere, come per i componenti del Consiglio di Stato di nomina governativa, una carica sino all'età pensionabile. Da ultimo, nonostante gli auspici che la nuova normativa potesse finalmente far ripartire la macchina della giustizia amministrativa in Sicilia, il Presidente del C.G.A.R.S., con decreto (stante l'impossibilità di costituire il collegio in ragione, rispettivamente, dell'astensione, dell'infermità e della mancata designazione da parte della Regione Sicilia di tre membri laici) del 13 febbraio 2004, n. 77, ha nuovamente sollevato questione di legittimità costituzionale delle nuove norme – pur riconoscendo il superamento, da parte della nuova disciplina, dei profili di incostituzionalità precedentemente denunciati, attinenti alle garanzie di indipendenza e imparzialità dei membri laici – permanendo la censura relativa all'impossibilità che, in sede di norme di attuazione dello Statuto Siciliano, possa essere prevista una composizione mista di laici e togati del C.G.A.R.S. in sede giurisdizionale.

*Avv. Wally Ferrante*

**Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, ordinanza 13 maggio 2003, n. 185** – I.A.C.P. – Istituto Autonomo Case Popolari della Provincia di Catania (Avv.P Paterniti La Via) c/ S.R. (Avv.ti R.Comis e G. Rubino).

«(omissis) Diritto – Il Collegio chiamato a decidere sull'appello in epigrafe ritiene innanzitutto di dover affrontare taluni dubbi di costituzionalità concernenti la istituzione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana come risulta dal D.Lgs. 6 maggio 1948 n. 654, nonché la composizione del medesimo ed osserva che tali questioni, rilevanti ai fini dell'esercizio della giurisdizione e preliminari ad ogni decisione in rito e in merito, non appaiono manifestamente infondate per quanto di seguito verrà esposto.

1. – Lo statuto speciale della Regione siciliana, per ragioni storiche, in parte legate al secondo conflitto mondiale, è anteriore alla proclamazione della Repubblica ed alla Costituzione repubblicana in quanto è stato approvato nel 1946 con R.D.Lgs. 15 maggio 1946 n. 455 e con la espressa riserva, contenuta nel comma secondo dell'articolo unico, di essere sottoposto alla Assemblea costituente per essere coordinato con la nuova costituzione dello Stato.

Come è noto, tale coordinamento non vi è stato.

Invero, la Costituzione repubblicana è stata pubblicata il 27 dicembre 1947 ed è entrata in vigore il 1 gennaio 1948 ai sensi della XVIII disposizione transitoria e lo statuto siciliano venne convertito in legge costituzionale con l'art. 1, primo comma della legge costituzionale 26 febbraio 1948 n. 2 ed è entrato in vigore, ai sensi dell'art. 2 della legge anzidetta, il 10 marzo 1948.

Il coordinamento con la Costituzione non avvenne né in sede di Assemblea costituente e neppure in epoca successiva. Il secondo comma dell'art. 1 della legge cost. n. 2/1948 prevedeva bensì modifiche allo statuto, modifiche che avrebbero dovuto essere effettuate entro un biennio con legge ordinaria, d'intesa con la Regione, ma, come è noto, l'Alta Corte per la Regione siciliana dichiarò incostituzionale tale disposizione con decisione 10 settembre 1948 n. 4. Pertanto, lo statuto siciliano è rimasto nel testo originario ed il mancato coordinamento è stato sovente sottolineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche costituzionale (v. Corte Cost. nn. 38/1957; 6/1970, 115/1972 e, da ultimo n. 113/1993).

Per quello che concerne la questione in oggetto l'art. 23 dello statuto siciliano prevede semplicemente che «*gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti per gli affari concernenti la Regione*» e che «*Le sezioni svolgeranno, altresì le funzioni, rispettivamente, consultive, e di controllo amministrativo e contabile.*».

Il decentramento non ha mai avuto attuazione per quanto concerne le sezioni civili e penali della Cassazione, la quale ha sempre respinto le questioni di costituzionalità in relazione all'art. 25 Cost. argomentando con la natura meramente programmatica della norma statutaria (v. Cass. 12 settembre 1991 n. 9534; 8 aprile 1992 n. 4270).

Il decentramento è stato invece attuato per il Consiglio di Stato e la Corte dei conti con i coevi decreti legislativi del 6 maggio 1948 rispettivamente n. 654 e 655.

2. – L'articolo 43 dello statuto siciliano (che sotto questo profilo ha rappresentato l'archetipo per altri statuti speciali) stabiliva che le norme di attuazione sarebbero state *tout court «determinate»* da una commissione paritetica. Questa dizione statutaria ha dato luogo ad un conflitto di attribuzione *ante litteram*.

Infatti, con D.C.P.S. 9 ottobre 1946 venne nominata, ai sensi dell'art. 43 dello Statuto, la prima commissione paritetica (Guarino Amella, Uccellatore, Li Voti, Marcolini) la quale interpretò l'art. 43 nel senso che la commissione fosse investita di una vera e propria delega legislativa circa la forma e il contenuto delle norme di attuazione dello statuto siciliano e che quindi non spettasse al Consiglio dei ministri alcun «*potere deliberativo intorno ad esse*».

Di conseguenza le norme in questione in data 24 maggio 1947 vennero inviate alla Assemblea regionale siciliana, accompagnate da una lettera di trasmissione in cui si esponevano le anzidette conclusioni.

In realtà il Governo era a conoscenza della tesi della commissione anche prima. In effetti, già nel verbale n. 1 del 4 febbraio 1947, la commissione aveva maturato questo convincimento e l'aveva manifestato al Presidente del Consiglio dei ministri con apposita relazione del 12 febbraio 1947 con la quale accompagnava la trasmissione delle norme di attua-



zione deliberate dalla commissione stessa. Il Governo, peraltro, pur a conoscenza della tesi suddetta, non vi diede inizialmente troppo peso dal momento che le norme erano state comunque trasmesse al Consiglio dei ministri il quale infatti ne approvò la parte concernente gli organi regionali. Tali norme vennero così emanate secondo l'ordinaria procedura e cioè con decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato, previa deliberazione del Consiglio dei ministri medesimo.

Il contrasto sorse successivamente allorché la commissione, visto che il Governo non aveva tenuto conto della sua tesi ed aveva considerato il suo operato alla stregua di un atto preparatorio, decise – come già accennato – di trasmettere le norme da essa «*determinate*» alla Assemblea regionale siciliana accompagnate dalla nota 24 maggio 1947 in cui ribadiva la tesi secondo cui il Governo non avrebbe avuto il potere di modificare, neppure in minima parte, le norme deliberate dalla commissione, con il che invitava in pratica la Assemblea a prendere posizione in suo favore contro il Governo.

Il Governo, da parte sua, reagì allo stesso modo. Così come la commissione paritetica pretendeva di determinare le norme prescindendo dal governo, allo stesso modo il Governo pretese di determinare autonomamente le norme di attuazione dello statuto siciliano e non si diede più atto dell'intervento della commissione paritetica nel procedimento di formazione delle stesse.

La riprova si ricava dai preamboli delle norme di attuazione anteriori e posteriori ai primi di maggio del 1947.

Invero, le norme di attuazione concernenti gli organi regionali siciliani, norme emanate dopo la approvazione dello statuto siciliano, ed anche prima della sua costituzionalizzazione sono state «*sanzionate e promulgate*» come dianzi accennato, dal Capo provvisorio dello Stato con D.Lgs. C.P.S. 25 marzo 1947 n. 204 in base al D.legge Lgt. 151/1944 al D.Lgs.Lgt. n. 98/1946, vista la deliberazione del Consiglio dei ministri e «*viste le conclusioni della commissione paritetica di cui all' art. 43 dello statuto della regione siciliana*».

Appena un mese e mezzo dopo, il D.Lgs. C.P.S. 10 maggio 1947 n. 307 viene promulgato soltanto con riferimento al D.L.Lgt. 151/1944, al D.Lgs.Lgt. 98/1946, alla deliberazione del Consiglio dei ministri. È scomparso ogni riferimento alle conclusioni, alle determinazioni, a qualsiasi atto o a qualsiasi audizione della commissione paritetica.

Anche le norme di attuazione successive vengono emanate con la stessa formula senza l'intervento della commissione paritetica (v. i preamboli del D.Lgs. C.P.S. 567/1947; D.Lgs. C.P.S. 942/1947; D.Lgs. 141/1948; D.Lgs. 142/1948; D.Lgs. 507/1948; D.Lgs. 654/1948; D.Lgs. 655/1948; D.Lgs. 789/1948).

Peraltro, anche dopo la entrata in vigore della Costituzione repubblicana e l'entrata in funzione del nuovo parlamento, si continuò per lungo tempo ad emanare norme di attuazione senza alcun riferimento all'intervento della commissione paritetica di cui all'art. 43 dello statuto.

Invero le norme di attuazione successive vennero emanate con decreti del Presidente della Repubblica, visto lo statuto della Regione siciliana, visto l'articolo 87 della Costituzione, sentito il Consiglio dei ministri e su proposta del Ministro competente (v. preamboli ai d.P.R. 1182/1949; 878/1950; 1138/1952; 1133/1952; 1113/1953; 510/1956; 977/1956; 1111/1956; 784/1961; 1825/1961; 1074/1965). Occorre attendere sino al 1975 per vedere comparire di nuovo l'intervento della commissione paritetica nel procedimento di formazione delle norme di attuazione dello statuto siciliano. Di tale intervento infatti si dà atto nel preambolo dei decreti del Presidente della Repubblica 635, 636, 637 del 30 agosto 1975 e da allora in poi compare in tutte le successive norme di attuazione sino al D.Lgs. 29 gennaio 1997, n. 26.

3. – Fatta questa premessa indispensabile per inquadrare il clima politico e giuridico dell'epoca, per quanto concerne le norme di attuazione, occorre altresì tenere presente le vicende, anche esse singolari, che, in quel periodo storico, caratterizzarono l'esercizio della funzione legislativa.

Il decreto legislativo 6 maggio 1948 n. 654 relativo alla istituzione e disciplina del C.G.A. è stato promulgato, come risulta dal preambolo, «*visto l'art. 4 del D. legge Lgt. 25 giugno 1944, n. 151, con le modificazioni ad esso apportate dall' art. 3, primo comma del D. Lgs. Lgt. 16 marzo 1946 n. 98*» e «*viste le disposizioni transitorie I e XV della costituzione.*»

A questo proposito va rammentato che il D.L.Lgt. 151/1944, traduceva in formula normativa il cosiddetto «*patto di tregua istituzionale*» stipulato a Salerno tra la Monarchia e i partiti militanti nei Comitati di liberazione nazionale con il quale tutti si impegnavano a non porre in essere, fino alla convocazione della Costituente, atti che potessero pregiudicare la questione istituzionale.

Peraltro, atteso lo stato di guerra e la parziale occupazione del Paese, il decreto 151/1944 conferiva al governo i cosiddetti pieni poteri stabilendo (art. 4, primo comma) che finché non sarebbe entrato in funzione il nuovo parlamento i provvedimenti aventi forza di legge sarebbero stati deliberati dal Consiglio dei ministri. Nel contempo veniva rimandata a dopo la liberazione del territorio nazionale la scelta della nuova costituzione dello Stato (art. 1). Si è perciò sempre ritenuto che dal conferimento di poteri contenuto nel decreto n. 151/1944 rimanesse esclusa soltanto la materia costituzionale (Corte Cost. n. 103/1957).

Terminato lo stato di guerra e dopo la liberazione del territorio nazionale e la sua riunificazione sotto un unico governo, al fine di dare attuazione al D.L.Lgt. 151/1944 venne promulgato il D.Lgs.Lgt. 98/1946 il quale affidò (art. 1) ad un referendum popolare la scelta sulla forma istituzionale di Stato (Repubblica o Monarchia), referendum che avrebbe dovuto aver luogo contemporaneamente alle elezioni per l'Assemblea costituente (Corte Cost. 103/1957 *cit.*).

Per quanto concerne il problema in esame, l'art. 3 del D.Lgs.Lgt. 98/1946 disciplinava l'esercizio della funzione legislativa ordinaria e regolava i rapporti in materia tra il Governo e l'Assemblea costituente. In particolare veniva stabilito che, durante il periodo della Costituente, e sino alla convocazione del Parlamento secondo la nuova costituzione, il potere legislativo sarebbe rimasto delegato al Governo tranne la materia costituzionale, le leggi elettorali e l'approvazione dei trattati internazionali che sarebbero rimasti di competenza dell'Assemblea costituente (art. 3 primo comma). Veniva poi stabilito che i provvedimenti legislativi emanati dal Governo *ex art. 3 primo comma* avrebbero dovuto essere sottoposti a ratifica del nuovo Parlamento entro 1 anno dalla sua entrata in funzione (art. 6).

La Costituzione repubblicana entrò in vigore, come accennato, il 1° gennaio 1948 e, nella XV disposizione transitoria, convertì in legge (non però in legge costituzionale) il decreto legge luogotenenziale n. 151/1944 peraltro qualificandolo (non senza contrasti in seno alla Costituente) come «*decreto legislativo*» anziché come «*decreto legge*», forma nella quale era stato adottato (*Gazzetta Ufficiale* speciale 8 luglio 1944, n. 29) e come risultava dalla clausola (art. 6) che ne prevedeva la conversione in legge. Ne risultò la formula singolare «*si ha per convertito*».

La XVII disposizione transitoria della Costituzione si è invece data carico di regolare, nel periodo della Costituente, i rapporti intertemporali tra Governo e Costituente, e ciò non solo in relazione alle materie di competenza di quest'ultima, come elencate negli artt. 1 e 2 del D.Lgs.Lgt. 98/1946 (110 comma della citata disposizione transitoria) ma, come è stato sottolineato dalla dottrina costituzionalistica dell'epoca, in realtà in tutte le materie, anche in quelle delegate al Governo, come sarebbe risultato implicitamente dal successivo terzo comma della stessa disposizione transitoria.

Il Parlamento venne poi convocato con d.P.R. 8 febbraio 1948 n. 33 per il giorno 8 maggio 1948 e quindi a quella data (ai sensi dell'art. 3 primo comma del D.Lgs.Lgt. 98/1946) veniva meno la delega conferita al Governo.

4. - Il preambolo del D.Lgs. 654/1948, come accennato, richiama peraltro solo la XV disposizione transitoria, e non la XVII, ritenendo evidentemente che la delega base fosse contenuta nell'art. 4 del D.L.Lgt. 151/1944 e che il primo comma dell'art. 3 del D.Lgs.Lgt. 98/1946 ne costituisse una mera modificazione.

In realtà, se si esaminano le due disposizioni dianzi citate ci si avvede della profonda diversità tra le due formule.

Il D.L.Lgt. 151/1944 è emanato «*ritenuta la necessità e l'urgenza per causa di guerra*», concede i pieni poteri al Governo senza alcuna eccezione di materia se non quella costituzionale e rinvia la scadenza di tali poteri ad un momento futuro ed incerto nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo* perché (art. 1) si deve attendere la liberazione del territorio nazionale, si dovranno scegliere nuove forme istituzionali, deliberare una nuova Costituzione (ciò esclude

*ex se* la materia costituzionale) e, finché ciò non avverrà e non sarà entrato in funzione un nuovo Parlamento, il Governo resterà depositario anche della funzione legislativa senza precisi limiti di tempo e di materie.

Era anche previsto (art. 6) che il D.L.Lgt. 151/1944 avrebbe dovuto essere presentato alle assemblee legislative per la conversione in legge il che non si verificò e la conversione in legge, come accennato, avvenne in forza della XV disposizione transitoria della Costituzione. Sono note le discussioni sorte in merito alla natura del decreto 151/1944 di cui è stata negata la natura di delega di poteri soprattutto perché era venuto meno l'organo delegante, e cioè il Parlamento, poiché il R.D. 2 agosto 1943 n. 705 aveva sciolto la Camera dei fasci e delle corporazioni e perché mancava la clausola della conversione in legge dei decreti legislativi che sarebbero stati emanati dal Governo, principio che verrà introdotto solo con l'art. 6 del D.Lgs.Lgt. 98/1946.

Diversa è l'impostazione del D.Lgs.Lgt. n. 98/1946.

Innanzitutto è scomparso ogni richiamo allo stato di guerra ormai terminato.

La fonte da cui il decreto 98/1946 deriva il potere per la sua emanazione è sempre il D.legge Lgt. 151/1944, ma la delega di poteri al Governo ha caratteristiche del tutto diverse anche se la dizione dell'art. 3 primo comma «*il potere legislativo resta delegato al Governo*» vorrebbe far ritenere il contrario.

Innanzitutto il potere legislativo del Governo veniva limitato ad un tempo ben definito. Infatti, insieme al D.Lgs.Lgt. n. 98/1946, nella stessa *Gazzetta Ufficiale* del 23 marzo 1946 venne pubblicato il coevo Decreto Luogotenenziale 16 marzo 1946 n. 99 il quale convocava i comizi elettorali per il 2 giugno 1946.

Poteva quindi già farsi una previsione per la scadenza della delega legislativa al Governo e ciò in base alla anzidetta data delle elezioni ed alla durata prevista dei lavori della Costituente (art. 4 D.Lgs.Lgt. n. 98/1946).

Inoltre, nella delega contenuta nell'art. 3 del D.Lgs.Lgt. n. 98/1946 i poteri, oltre ad essere più limitati nel tempo, lo sono anche per le materie.

Nell'art. 4 del D.legge Lgt. n. 151/1944 non si escludeva altra materia, oltre quella costituzionale mentre l'art. 3 del D.Lgs.Lgt. n. 98/1946 esclude esplicitamente la materia costituzionale, le leggi elettorali e le leggi di approvazione dei trattati internazionali che restano di competenza dell'Assemblea costituente la quale funzionò come parlamento specie per la complessa materia elettorale, per la legge sulla stampa, per la approvazione del trattato di pace e degli statuti speciali della Sicilia, Sardegna, Valle d'Aosta, Trentino Alto Adige.

Nell'esercizio delle sue funzioni, anche in quelle legislative, il Governo è ora responsabile verso la Assemblea costituente (art. 3 terzo comma D.Lgs.Lgt. 98/1946); il Governo è poi obbligato a dimettersi se sfiduciato dalla Assemblea (art. 3 quarto comma).

Il Governo può inoltre sottoporre all'Assemblea *ex art.* 3 secondo comma qualunque altro «*argomento*», anche rientrante nel potere legislativo ad esso delegato ai sensi del precedente 1° comma. In punto di fatto il Governo sottopose alla Costituente tra il 26 settembre 1946 e il 31 marzo 1948 ben 1026 schemi di provvedimenti che il Governo avrebbe potuto adottare autonomamente. In proposito va anche ricordato che la Costituente in data 13 settembre 1946, tramite una modifica al proprio regolamento interno, aveva istituito quattro commissioni permanenti con il compito di esaminare tutti i disegni di legge governativi e di stabilire quali dovessero essere rinviati al Governo per l'emanazione come decreti legislativi e quali dovessero invece essere rimessi alla Costituente per la emanazione con legge ordinaria. Pertanto, la Costituente, oltre alle leggi nelle materie ad essa attribuite emanò quindi anche cinque leggi in materie che, ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs.Lgt. 98/1946 sarebbero state di competenza del Governo (legge 478/1946 sulle formule di giuramento, legge 379/1947 sull'industria cinematografica, legge 530/1947 sul testo unico comunale e provinciale, legge 1577/1947 sul Ministero della P.I., legge 1629/1947 sull'Opera Sila). Il terzo comma della XVII disposizione transitoria costituisce esplicito riconoscimento di tale assetto.

Tutto ciò dimostra la profonda differenza tra la delega *ex art.* 4 D.L.Lgt. 151/1944 e la delega *ex art.* 3 D.Lgs.Lgt. n. 98/1946, diversità che ha portato la dottrina costituzionalistica dell'epoca a ritenere che con il D.Lgs.Lgt. 98/1946 si fossero in qualche modo ristabiliti i rapporti tra l'organo a competenza legislativa ordinaria (Costituente e futuro Parlamento) e quello (Governo) che esercitava la funzione legislativa in via eccezionale e temporanea.

Innanzitutto, la formula adoperata «*i provvedimenti aventi forza di legge sono deliberati dal Consiglio dei Ministri*» del D.L.Lgt. 151/1944 viene sostituita da «*il potere legislativo resta delegato*» del 1° comma dell'art. 3 D.Lgs.Lgt. n. 98/1946 in cui la rilevanza maggiore va posta sul concetto di delega. A questo proposito va ricordato che il testo presentato alla Consulta per il parere recitava «*resta affidato*» e la sostituzione non sembra priva di significato. Comunque la diversità tra i due decreti è ancora più accentuata se si considera che, a differenza del D.L.Lgt. 151/1944, che non prevedeva nulla al riguardo, l'art. 6 del D.Lgs.Lgt. 98/1946 stabiliva che i decreti emanati dal Governo durante il periodo della Costituente (e non di competenza della Costituente medesima) avrebbero dovuto essere sottoposti alla ratifica del nuovo Parlamento entro un anno dalla sua entrata in funzione.

Quale che sia il valore da attribuire a tale ratifica, questa costituisce la riprova dei nuovi rapporti tra potere delegato (Governo) e potere originario (Costituente) dal momento che i provvedimenti di competenza della Costituente, a differenza di quelli del Governo, non avrebbero dovuto essere ratificati dal Parlamento. Significativo in questo senso è anche il riferimento temporale della delega e della ratifica, limitato al «*periodo della costituente e fino alla convocazione del Parlamento*» ex art. 3 primo comma del decreto in esame. Tale periodo, ex art. 4 primo comma, iniziava a decorrere dal 22 giorno successivo alle elezioni del 2 giugno 1946 e sarebbe terminato l'8 maggio 1948, data in cui venne convocato il nuovo Parlamento ai sensi del citato d.P.R. 8 febbraio 1948, n. 33.

È anche significativo che tutte le successive leggi di conversione (legge 5 maggio 1949 n. 178, che convertì i decreti legge anteriori al decreto 151/1944) o di ratifica ex art. 6 D.Lgs.Lgt. 98/1946 (a partire dalla legge 28 dicembre 1952 n. 3136, per finire con la legge 17 aprile 1956, n. 561) abbiano sempre escluso dalla conversione in legge o dalla ratifica tutti i decreti legislativi luogotenenziali emessi nel primo periodo della Luogotenenza e cioè nel periodo di vigenza del solo D.L.Lgt. 151/1944, dall'8 luglio 1944 al 23 marzo 1946, data in cui entrò in vigore il D.Lgs.Lgt. 98/1946.

5. – Tutto ciò premesso, va esaminata la questione legittimità costituzionale dell'art. 3 primo comma del D.Lgs.Lgt. 16 marzo 1946 n. 98 e, derivatamente, degli articoli 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 del D.Lgs. 6 maggio 1948, n. 654 e ciò con riferimento ai principi costituzionali fondamentali in materia di delegazione legislativa.

La questione, per assertedo contrasto tra l'art. 76 della Costituzione e il D.Lgs. 654/1948, fu posta a suo tempo alle Sezioni Unite della Cassazione le quali con la nota decisione 11 ottobre 1955 n. 2994, stesa da un consigliere di eccezionale valore, la respinsero argomentando con il fatto che il D.L. gs. 654/1948 fu emanato in data 6 maggio 1948 e quindi in epoca anteriore di 2 giorni alla prima convocazione del Parlamento fissata per il giorno 8 maggio 1948 con d.P.R. 8 febbraio 1948, n. 33.

La Cassazione ritenne quindi che fino a tale data, e cioè fino alla prima convocazione del Parlamento, il Governo avrebbe legittimamente agito in base «*ad una delegazione di carattere generale per quanto concerne l'esercizio del potere legislativo*» delega contenuta nell'art. 3 del D.Lgs.Lgt. 18 marzo 1946 n. 98 e resa necessaria perché la costituente era occupata con la preparazione della costituzione». Tale orientamento è stato poi ribadito anche successivamente (Cass. SS.UU. 5 giugno 1956, n. 1907; 9 settembre 1972, n. 2717; 19 aprile 1984, n. 2566).

Pertanto, se ciò è esatto (e cioè se si tratta di una delega di potere legislativo) e se si conviene (v. in questo senso Corte Cost. n. 25/1976) con la citata decisione delle Sezioni Unite 2992/1955, va osservato che la anzidetta disposizione non poteva costituire valida base per una delega legislativa.

Al riguardo è noto l'insegnamento della Corte costituzionale con riferimento alle leggi di delega anteriori alla Costituzione repubblicana.

La Corte da un lato ha affermato la propria competenza in materia e, dall'altro, ha ritenuto che per le deleghe anteriori alla Costituzione, pur non potendosi ricorrere all'art. 76 (v. in proposito Corte Cost. 46/1960), ben si poteva esercitare il sindacato di costituzionalità sulla base di principi costituzionali fondamentali, quali la esistenza della delega e la limitazione posta al governo di mantenersi nei limiti della delega (Corte Cost. 37/1957).

A chiarimento di quest'ultimo principio la Corte ha affermato che la delega deve avere ad oggetto «*una materia chiaramente definita*» (Corte Cost. n. 53/1961).

Tale orientamento è stato mantenuto fermo anche successivamente (Corte Cost. n. 2/1966).

È del tutto evidente, quindi, che la delega contenuta nell'art. 3 del D.Lgs.Lgt. n. 98/1946 non poteva in nessun caso costituire una valida delega e ciò per la assorbente considerazione, ripetutamente sottolineata anche dalla dottrina costituzionalistica dell'epoca, che tale delega lasciava arbitro il Governo di legiferare in qualsiasi materia con le sole eccezioni di quella costituzionale, elettorale ed internazionale.

Tuttavia, tali eccezioni non valgono ad escludere l'indeterminatezza delle materie di delega e, quindi, deve ritenersi sussistente la violazione, se non dell'art. 76 della Costituzione, quanto meno di quei principi costituzionali fondamentali in materia, principi che la Corte costituzionale, nelle decisioni dianzi citate, ha assunto quale parametro per giudicare la costituzionalità delle leggi delega e delegate anteriori alla costituzione repubblicana.

Né potrebbe sostenersi che la XV e XVII disposizione transitoria della Costituzione abbiano sanato ogni vizio, la prima del D.L.Lgt. 151/1944 (e, derivatamente del D.Lgs.Lgt. 98/1946), e la seconda comunque di quest'ultimo. Innanzitutto, come già sottolineato, le due deleghe sono diverse per cui, sotto questo profilo non può ritenersi che la delega *ex art. 3 D.Lgs.Lgt. n. 98/1946* costituisca una modifica o una integrazione dell'art. 4 del D. legge Lgt. 151/1944 ma, al contrario, la sostituisce integralmente. Pertanto anche la conversione in legge della XV disposizione transitoria non conferiva affatto efficacia ultratrattiva al decreto 151/1944, ma si limitava a riconoscere gli effetti prodotti nel periodo di vigenza e cioè – come già osservato – dall'8 luglio 1944 al 23 marzo 1946, data in cui venne sostituito come fonte di produzione dal decreto 98/1946. Quanto poi alla XVII disposizione transitoria, essa costitui bensì la riprova sul piano ermeneutico del fatto che il decreto 151/1944 era stato integralmente sostituito dal decreto 98/1946, ma non potrebbe sostenersi che il decreto 98/1946 sia stato a sua volta sostituito (e quindi costituzionalizzato) dal secondo e terzo comma della XVII disposizione transitoria. Quest'ultima, com'è noto, è frutto del timore delle sinistre di possibili colpi di mano del Governo nel periodo tra la scadenza dei poteri ordinari della Costituente (che venivano prorogati al 31 gennaio 1948) e la data delle elezioni politiche. Pertanto, la XVII disposizione transitoria al secondo e terzo comma limita espressamente la sua efficacia temporale a questo periodo e cioè dal primo febbraio 1948 al 18 aprile 1948 (data delle elezioni politiche). Dopo il 18 aprile 1948 il decreto 98/1946 riprende *in toto* la sua efficacia come fonte di produzione.

Deve quindi ritenersi che il D.Lgs. 654/1948, adottato nella vigenza del D.Lgs.Lgt. 98/1946, sia stato emanato esclusivamente in forza di tale disposizione.

Neppure potrebbe sostenersi che la ratifica del D.Lgs. 654/1948 effettuata con legge 17 aprile 1956 n. 561 (v. allegato n. 1 a tale legge) possa aver sanato gli eventuali vizi di costituzionalità insiti nella norma delegante.

6. – Se poi si dovesse ritenere che la delega è stata esercitata soltanto sulla base del D.L.Lgt. 151/1944 la incostituzionalità emergerebbe anche in modo più evidente.

Invero, la indeterminatezza della delega risulta ancora maggiore dalla dizione dell'art. 4 primo comma del D.L.Lgt. 151/1944 e, in secondo luogo, deve ritenersi che dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 del D.Lgs.Lgt. 98/1946 non avrebbe potuto più esercitarsi la delega nei modi e nel contenuto del citato art. 4, ma soltanto con le modalità e nell'ambito delineato dal sopravvenuto art. 3 del D.Lgs.Lgt. 98/1946.

7. – Le anzidette conclusioni rimarrebbero inalterate anche se si ritenesse necessario, dopo l'entrata in vigore del decreto 98/1946, il concorso di ambedue le citate disposizioni; la prima come fonte del potere e la seconda come modalità di esercizio dello stesso, poiché rimarrebbero cumulati, per l'una e per l'altra, i vizi derivanti dall'incostituzionale carattere di indeterminatezza che comunque caratterizza ambedue le deleghe.

Il Collegio è consapevole dell'orientamento assunto dalla Corte costituzionale in merito alle deleghe di cui al decreto legge 151/1944 e al decreto legislativo 98/1946 e, in particolare, alla impossibilità per tali deleghe di richiamarsi ai principi degli articoli 76 e 77 della costituzione (Corte Cost. 103/1957, 46/1960, 65/1962, 27/1964), ma ritiene che i principi costituzionali, evidenziati dalla stessa Corte in relazione alle deleghe anteriori alla costituzione (Corte Cost. 53/1961 e 2/1966 *cit.*), debbano valere anche nei confronti delle norme in esame, pur

se nei loro riguardi «*non può parlarsi di una delegazione di poteri legislativi, bensì di una eccezionale attribuzione temporanea del potere legislativo al Governo, salva la materia costituzionale*» (Corte Cost. 103/1957 *cit.*).

Il collegio è consapevole altresì delle affermazioni contenute in modo particolare nella ordinanza n. 14/1961 in cui venne dichiarata manifestamente infondata la questione di costituzionalità circa l'inesistenza di limiti o direttive nel D.L.Lgt. 151/1944.

È nota anche la più radicale affermazione peraltro apodittica contenuta nella decisione 85/1962 secondo cui «*escluso che si tratti di un caso di delegazione legislativa non sorge alcun problema circa il contrasto tra la denunziata disposizione e gli artt. 70, 76 e 77 cost. né circa un eventuale contrasto con i principi valevoli per la legittimità delle deleghe legislative anteriori all'entrata in vigore della Costituzione*».

Da tale affermazione peraltro dovrebbe discendere, quale corollario, la conseguenza che il D.L.Lgt. 151/1944 e il seguente D.Lgs.Lgt. 98/1946 sono norme costituzionali, ancorché provvisorie, poiché possono, senza limite alcuno di tempo definito e di materia (il primo) ed in modo più circoscritto ma sempre amplissimo (il secondo), demandare all'esecutivo il potere legislativo. In pratica la Luogotenenza costituirebbe un *tertium genus* di assetto costituzionale a cavallo tra lo Statuto Albertino e la costituzione repubblicana. Tale riconoscimento di rango costituzionale peraltro non emerge né dalla XV disposizione transitoria (che converte – ripetesi – il predetto decreto legge in legge ordinaria e non già in legge costituzionale) né dalla XVII disposizione transitoria, e neppure, per quanto risulta, da espresso riconoscimento in tal senso da parte della giurisprudenza costituzionale che non ha mai attribuito al decreto 151/1944 valore di legge costituzionale in virtù della predetta conversione, ma ha sempre accennato una semplice conversione in legge (Corte Cost. 65/1962, 104/1969).

Pertanto, sotto questo profilo e con tale prospettazione, la questione può essere riproposta al vaglio della Corte costituzionale poiché non sembrerebbe dubbio che, se ai decreti 151/1944 e 98/1946 non si dovesse riconoscere valore costituzionale, ad essi dovrebbero comunque applicarsi i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale al riguardo (Corte cost. 53/1961, 2/1966 *cit.*).

8. – Qualora invece dovesse riconoscersi natura e valore costituzionale all'assetto del D.L.Lgt. 15 gennaio 1944 e del D.Lgs.Lgt. 98/1946, quasi si trattasse di un *tertium genus* a cavallo tra lo Statuto Albertino e la Costituzione repubblicana, ne consegue che quanto meno dovrebbero avere natura e valore costituzionale anche i limiti di forma e di contenuto che tali decreti ponevano all'esercizio del potere legislativo conferito al Governo. E così, si dovrebbe riconoscere valore costituzionale all'obbligo di ratifica, *ex art. 6 D.Lgs.Lgt. 98/1946* come pure al limite posto al Governo di non legiferare nelle materie costituzionali, elettorali e dei trattati internazionali. In altri termini, occorrerebbe assumere al rango di canone di costituzionalità la affermazione secondo cui la Costituzione, «*avendo nella disposizione transitoria XV disposto la conversione in legge del D.Lgs.Lgt. 151/1944 sull'ordinamento provvisorio dello Stato, ha reso con ciò impossibile ogni riferimento a disposizioni diverse da quelle di cui al citato decreto per quanto attiene al riscontro della validità dei provvedimenti in base allo stesso emanati*» (Corte Cost. 104/1969).

In quest'ottica ed ancorché prescindendo dall'affermare apertamente il carattere costituzionale o meno delle norme sopraindicate, la Corte costituzionale in effetti ha sempre verificato, ai fini del sindacato di costituzionalità, se fosse o meno intervenuta la tempestiva presentazione al Parlamento per la ratifica di cui all'art. 6 del D.Lgs.Lgt. 98/1946, restando soltanto ininfluente l'epoca in cui la ratifica fosse intervenuta (Corte Cost. 104/1969, 95/1964, 46/1960, 103/1957).

In altri termini alla suddetta presentazione ed alla successiva ratifica è stato attribuito, *mutatis mutandis*, lo stesso effetto della presentazione alle Camere e della conversione di cui all'art. 77 della Costituzione, nel senso che anche ai provvedimenti normativi emanati durante la Costituente doveva riconoscersi efficacia provvisoria e che la mancata presentazione per la ratifica, così come la mancata ratifica, privava l'atto *ab origine* di efficacia.

Se ciò è esatto, identiche conclusioni e identiche censure di costituzionalità potrebbero essere avanzate ove il Governo avesse legiferato in materia riservata alla Assemblea costituente dall'art. 31 comma D.Lgs.Lgt. 98/1946.

In proposito va rilevato che, come già l'art. 1 primo comma del decreto 151/1944, anche l'articolo 3 del D.Lgs.Lgt. 98/1946 escludeva dalla delega la materia costituzionale, laddove l'oggetto del D.Lgs. 654/1948 era inteso proprio alla attuazione di una legge costituzionale già vigente, quale lo statuto siciliano, cui tale carattere era stato attribuito dalla costituzione repubblicana.

Al riguardo va rammentato che la Costituzione è entrata in vigore il 10 gennaio 1948 ai sensi della XVIII disposizione transitoria e che lo statuto siciliano, che era stato approvato con R.D.Lgs. 15 maggio 1946 n. 455, è stato convertito in legge costituzionale dalla legge Cost. 26 febbraio 1948 n. 2, pubblicata il 9 marzo 1948, ed è entrato in vigore il giorno successivo e quindi in epoca anteriore al D.Lgs. 654/1948, che venne deliberato dal Consiglio dei ministri in data 8 aprile 1948, promulgato il 6 maggio 1948 e pubblicato il 2 giugno 1948.

Pertanto, sia la Costituzione, sia lo statuto siciliano erano già leggi costituzionali e la attuazione di quest'ultimo già costituiva materia costituzionale alla data di emanazione del D.Lgs. 654/1948 per cui in nessun caso il Governo poteva giovare della delega di cui all'art. 3 D.Lgs.Lgt. 98/1946 che escludeva espressamente la materia costituzionale.

A tale ultimo proposito non sembra condivisibile quanto affermato al riguardo nella decisione 2994/55 delle SS.UU. dianzi citata. In quella sede era stato eccepito che il D.Lgs. 654/1948 esulava *ratione materiae* dalla delega ex art. 3 primo comma D.Lgs.Lgt. 98/1946. La Cassazione respinse l'eccezione argomentando con il fatto che la materia dell'ordinamento giudiziario e dell'organizzazione giurisdizionale contenuta nel D.Lgs. 654/1948 non «rientra nell'orbita dei principi costituzionali» in quanto attribuita alla legge ordinaria ex art. 108 della Costituzione.

Peraltro la questione può essere ora esaminata sotto un altro profilo, ponendo l'interrogativo se le norme di attuazione degli statuti differenziati, pur non avendo esse stesse rango di norme costituzionali, possano essere ricomprese nel concetto di «materia costituzionale» e ciò, sia di per sé, sia in relazione alla *ratio* della delega di cui all'art. 3 del D.Lgs.Lgt. 98/1946.

Se si pone mente sia alla specifica funzione delle norme di attuazione, e cioè di rendere possibile il concreto esercizio della autonomia regionale per cui a volte possono anche assumere una funzione integrativa degli stessi statuti (Corte Cost. 212/1984, n. 30/1959, n. 20/1956), sia alla speciale competenza in materia che assume carattere riservato e separato (Corte Cost. 237/1983, 180/1980, 137/1998), sia allo speciale procedimento da cui non può prescindere per la loro adozione (Corte Cost. 137/1998, 213/1998, 95/1994), si può agevolmente pervenire alla conclusione che le stesse, in quanto espressione di una competenza permanente per adeguare nel tempo la autonomia speciale (Corte Cost. 212/1984, 353/2001), possono qualificarsi come «materia costituzionale» di per sé e nella lettera e nello spirito del D.Lgs.Lgt. 98/1946, che, all'art. 3 primo comma, la riservava correttamente e consequenzialmente alle deliberazioni della Costituente.

Pertanto, per decidere in *subiecta materia* avrebbe potuto e dovuto essere convocata, se mai, la Assemblea costituente che, tra l'altro, ex art. 1 R.D.Lgs. 15 maggio 1946, n. 455, avrebbe dovuto coordinare lo Statuto siciliano con la nuova Costituzione.

9. – Peraltro occorre anche rilevare che il D.Lgs. 654/1948 appare affetto anche da un altro vizio di costituzionalità, in rapporto all'art. 43 dello statuto siciliano.

Infatti, quando anche si volesse e si potesse superare i vizi dianzi denunciati ai precedenti punti 5, 6, 7 e 8 si volesse giustificare la delega del D.Lgs.Lgt. 98/1946 con la pendenza della approvazione della Costituzione (Cass. SS.UU. 2994/1955 *cit.*), ovvero con la natura costituzionale del D.Lgs.Lgt. 98/1946, ebbene, anche in questo caso, il D.Lgs. 654/1948 risulterebbe costituzionalmente illegittimo.

Invero la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che il potere di emanare norme di attuazione degli statuti delle Regioni a statuto speciale non risiede nell'art. 76 della Costituzione, ma si tratta di una competenza a «carattere riservato e separato» rispetto a quelle esercitabili nei confronti delle Regioni a statuto ordinario ai sensi della VIII disposizione transitoria della Costituzione stessa.

Tale competenza separata e riservata ha carattere permanente, ma deve essere esercitata «nel contesto di particolari procedure caratterizzate dall'intervento consultivo di organi cui partecipano mediatamente le comunità interessate» (Corte Cost. 160/1985, 353/2001).

L'art. 43 dello statuto siciliano, entrato in vigore ben prima dell'emanazione del D. Lgs. 654/1948, prevede che le norme di attuazione dello statuto vengano determinate da una commissione paritetica.

Nella specie tale procedimento non è stato osservato, come risulta testualmente dal preambolo del D.Lgs. 654/1948.

Di qui un ulteriore vizio di costituzionalità.

Costituisce infatti pacifico insegnamento della Corte costituzionale che i decreti legislativi di attuazione statutaria sono espressione – ripetesi – di una competenza separata e riservata rispetto alla leggi statali ordinarie (Corte Cost. 237/1983); che tale competenza si esercita non solo in occasione del primo passaggio di funzioni (come nella specie), ma anche successivamente (Corte Cost. 180/1980, 212/1984); che in sede di attuazione non può prescindersi dallo speciale procedimento posto, con norma di rilievo costituzionale, a garanzia del ruolo e delle funzioni spettanti alla commissione paritetica (Corte Cost. n. 206/1975, 95/1984, 137/1998).

Conseguentemente, gli articoli 1, 3, 1° comma, 4, 5, 6, 7, 8, 9 del D.Lgs. 654/1948 sono incostituzionali per violazione del combinato disposto degli articoli 23 e 43 dello statuto siciliano. Va precisato al riguardo che nella presente questione non viene in discussione l'articolo 2 e neppure i commi 2 e 3 dell'art. 3 in quanto, com'è noto sono stati sostituiti dagli articoli 1 e 2 del d.P.R. 204/1978 rispettoso, sul punto del disposto dell'art. 43 dello statuto anche se, come verrà in appresso precisato tali disposizioni sono denunciate sotto ulteriori profili di incostituzionalità.

Tornando all'argomento va ricordato che nella decisione 2994/1955 le Sezioni Unite della Cassazione si sono poste il problema dell'applicazione dell'art. 43 dello statuto siciliano, ma, anche questa volta, in un'ottica diversa.

Ci si chiese infatti in quella sede a chi spettasse il potere di emanare le norme di attuazione se al Governo o alla commissione paritetica *ex art. 43* dello statuto, e tale interrogativo venne innescato, come in precedenza osservato, dalla pretesa della prima commissione paritetica di «*deliberare*» autonomamente le norme di attuazione.

La Cassazione risolve correttamente il quesito nel senso che il potere di legiferare in proposito spettava e spetta al Governo. Nello stesso senso si era peraltro già espresso questo Consiglio di giustizia amministrativa con parere 19 dicembre 1948 n. 47 e la Corte dei conti con risoluzione 29 aprile 1950 n. 256. Ciò è stato successivamente confermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui si tratta di un potere normativo che spetta al Governo in via permanente ancorché con uno speciale procedimento partecipativo delle autonomie speciali (Corte Cost. 212/1984, 160/1985).

La questione qui prospettata è però diversa, perché si tratta di stabilire se il Governo poteva legittimamente esercitare questo potere prescindendo dallo speciale procedimento disciplinato dall'art. 43 dello statuto.

A tale interrogativo la giurisprudenza della Corte, come già osservato, ha sempre risposto negativamente (v. da ultimo Corte Cost. 213/1998).

D'altra parte, quando anche si potessero superare i rilievi di costituzionalità relativi all'esistenza e all'esercizio della delega di cui all'art. 3 del D.Lgs.Lgt. 98/1946, non si vede come tale potere avrebbe potuto essere legittimamente esercitato dopo l'entrata in vigore della Costituzione, dopo la conversione in legge costituzionale dello statuto siciliano e la sua entrata in vigore (10 marzo 1948 *ex art. 2 legge Cost. 2/1948*).

Nel momento in cui veniva costituzionalizzato lo speciale procedimento per la adozione delle norme di attuazione *ex art. 43* dello statuto, non sembra dubbio che la delega *ex art. 3* del D.Lgs.Lgt. 98/1946 non avrebbe più potuto essere esercitata prescindendo dall'intervento della commissione paritetica e ciò per varie considerazioni.

Innanzitutto, trattandosi di norma successiva, la disposizione dello statuto costituzionalizzato non poteva che prevalere sulla precedente.

In secondo luogo come norma speciale sull'esercizio del potere legislativo, avrebbe comunque prevalso sulla norma (appunto la delega *ex art. 3*, 1° comma D.Lgs.Lgt. 98/1946) di generale (e generica) attribuzione precedente. In terzo luogo, trattandosi (sempre lo statuto) di norma costituzionale avrebbe comunque inficiato per illegittimità costituzionale sopravvenuta (Corte Cost. 1/1956) la delega precedente e ciò quando anche si volesse



riconoscere valore costituzionale al D.L.Lgt. 151/1944 e al D.Lgs.Lgt. 98/1946, poiché la incostituzionalità sopravvenuta inficia anche le norme costituzionali precedenti (Corte Cost. 38/1957, 6/1970, 30/1971, 12/1972, 175/1973).

10. – Peraltro, qualora si volesse riconoscere al Governo la possibilità di agire esclusivamente in base all'art. 3 del D.Lgs.Lgt. 98/1946 o in base anche al disposto dell'art. 4 del D.L.Lgt. 151/1944 sul presupposto che ambedue i decreti abbiano natura costituzionale, si solleva la questione di costituzionalità dei predetti articoli in rapporto alla sopravvenuta disposizione costituzionale di cui all'art. 43 dello statuto siciliano da cui, derivatamente, discende anche la incostituzionalità degli articoli 1, 3 1° comma e da 4 a 9 del D.Lgs. 654/1948 in quanto emanati in base ad una disposizione attributiva di potere viziata da incostituzionalità sopravvenuta.

In proposito il Collegio non ignora che analoga questione venne già esaminata dalla Corte costituzionale nella decisione n. 455/1989. In quell'occasione, effettivamente, venne prospettata dal T.A.R. Sicilia, sezione staccata di Catania, la questione di costituzionalità dell'art. 1 del D.Lgs. 2 marzo 1948, n. 142 che estendeva in Sicilia e funzioni dell'Avvocatura dello Stato in rapporto all'art. 43 dello Statuto e la Corte al punto 2 così si espresse: «*Sul piano formale va innanzitutto richiamata la particolare natura dell'atto normativo impugnato in relazione al profilo, denunciato come eventuale, concernente la violazione del procedimento regolato dall' art. 43 del R.D.Lgs. 15 maggio 1946 n. 455 (Statuto speciale Siciliano).*

*In proposito va ricordato che il decreto legislativo n. 142 del 1948 fu adottato dal Governo in virtù dei poteri conferiti allo stesso dal D.Lgs.Lgt. 16 marzo 1944 n. 151 (concernente la c.d. "costituzione provvisoria") modificato con il D.Lgs.Lgt. 16 marzo 1946 n. 98 e convertito, con l'entrata in vigore della Carta repubblicana, dalla XV disposizione transitoria. Il decreto legislativo in esame – successivamente ratificato mediante la legge 17 aprile 1956 n. 561 – recepiva, peraltro con lievi varianti, il contenuto di una disposizione in materia giurisdizionale che aveva formato oggetto di specifico accordo fra Stato e Regione, nell' ambito dei lavori svolti dalla prima Commissione paritetica nominata, ai sensi dell' art. 43 R.D.Lgs. 15 maggio 1946 n. 455 (Statuto siciliano), mediante D.C.P.S. 9 ottobre 1946. Con una relazione inviata all'Assemblea regionale il 24 maggio 1947 il Presidente di tale Commissione trasmetteva, infatti, le norme transitorie e di attuazione dello Statuto speciale deliberate dalla stessa Commissione, norme raccolte sotto otto paragrafi, di cui uno (sub lett. f), dedicato agli «organi giurisdizionali». Nell' ambito della disciplina concernente tale materia veniva, tra l'altro, prevista una disposizione (art. 30) relativa all'estensione delle funzioni dell' Avvocatura dello Stato all' Amministrazione regionale, con la conseguente applicazione alla stessa della disciplina posta nel R.D. 1611 del 1933 e nel R.D. 1612 del 1933.*

*Non si può quindi dubitare del fatto che la norma impugnata, per essere stata adottata sulla base di un consenso maturato nell' ambito della Commissione paritetica di cui all' art. 43 del R.D.Lgs. n. 455 del 1946, sia venuta ad assumere, almeno nella sostanza, la natura di norma attuazione dello Statuto speciale. Le diversità solo formali che è dato riscontrare tra il testo del decreto legislativo n. 142 del 1948 e quello redatto dalla Commissione paritetica non sono, d'altro canto, tali da intaccare la sostanziale identità delle due discipline, mentre possono trovare una spiegazione d'ordine storico sia nella particolare fase di transizione istituzionale in cui la prima Commissione paritetica, venne a concludere il proprio lavoro sia nel fatto che, successivamente a tale conclusione, il decreto legislativo n. 142 del 1948 venne emanato quando non risultava ancora operante la legge Cost. 26 febbraio 1948, n. 2 (entrata in vigore il 10 marzo successivo), mediante cui fu disposta la «costituzionalizzazione» dello Statuto speciale siciliano. Pur nella riconosciuta natura di norma di attuazione riferibile alla disposizione impugnata, non sussistono, dunque, elementi per ritenere fondata – data l'esistenza di un accordo maturato nell' ambito della Commissione paritetica e successivamente recepito in un atto normativo del Governo – la censura di ordine procedurale formulata in via ipotetica dall'ordinanza con riferimento all'art. 43 del R.D.Lgs. n. 455 del 1946 (Statuto speciale)».*

La questione tuttavia merita di essere formalmente riproposta e stavolta non in via ipotetica ed eventuale, poiché, come risulta dai precedenti storici già ricordati, il mancato richiamo nel preambolo del D.Lgs. 654/1948 all'intervento della commissione paritetica non fu dovuto ad una mera svista o ad una omissione puramente formale, ma rappresentò una intenzionale sconfessione del ruolo della commissione paritetica stessa.

Infatti, va ancora una volta sottolineato, che nelle prime norme di attuazione che vennero emanate anche in epoca anteriore alla costituzionalizzazione dello statuto (10 marzo 1948) e cioè quelle del 25 marzo 1947 n. 204 il Governo ha legiferato «*viste le conclusioni della Commissione paritetica di cui all' art. 43 dello Statuto della Regione siciliana*», laddove, a partire dalle norme di attuazione contenute nel D.Lgs.C.P.S. 10 maggio 1947, n. 307 e sino al decreto del Presidente della Repubblica 30 agosto 1975 n. 635, l'intervento della commissione paritetica scompare dal procedimento di formazione delle norme di attuazione. Di conseguenza non potrebbe ritenersi, in questo caso, che il D.Lgs. 654/1948 sia anche esso una norma che «*per essere stata adottata sulla base di un consenso maturato nell' ambito della Commissione paritetica di cui all'art. 43 del R.D.Lgs. 455 del 1946 sia venuta ad assumere, almeno nella sostanza, la natura di norma di attuazione dello Statuto speciale*» (Corte Cost. 455/1989 *cit.*). Invero, ad avviso del Collegio, ciò che è emerso nel maggio 1947, e come è storicamente dimostrato, è proprio il rifiuto governativo di tener conto dell'operato della commissione paritetica e ciò in risposta ad analogo comportamento della commissione stessa. Non si tratta quindi di un elemento soltanto formale poiché, in questo caso, la forma assume contenuto sostanziale della volontà di prescindere, nel procedimento di formazione delle norme di attuazione dello statuto siciliano, dall'intervento della commissione paritetica pur ritenuto necessario anche in epoca precedente la costituzionalizzazione dello statuto.

Ciò peraltro si spiega se si pone mente ai testuale tenore della già citata nota di trasmissione datata 24 maggio 1947 dal Presidente della commissione paritetica Avv. Giovanni Guarino Amella al Presidente dell'Assemblea regionale siciliana: «*La Commissione all'inizio dei suoi lavori prese in esame il problema della determinazione dei propri poteri; e cioè se suo compito in base allo Statuto fosse quello di predisporre un semplice schema di norme transitorie e di attuazione come una qualsiasi commissione di studi legislativi, o non fosse piuttosto l'altro di stabilire le norme stesse in virtù di una vera delega di potestà normativa.*

*Secondo la prima soluzione la Commissione avrebbe dovuto limitarsi a proporre le norme che il Consiglio dei Ministri avrebbe poscia rielaborate e deliberate colla potestà che ad esso Consiglio spetta nel normale processo formativo delle norme giuridiche emanate dal potere esecutivo.*

*Ma la Commissione, dietro accurato studio della questione, ha opinato per la seconda soluzione.*

*Poiché l'art. 43 dello Statuto ha attribuito alla Commissione potestà di determinare le norme, cioè di fissare in modo definitivo con la propria volontà la forma e il contenuto di tali norme, il Consiglio dei Ministri non ha legalmente potere deliberativo intorno ad esse, non potendosi ammettere che si voglia ridurre tale potere ad una semplice approvazione obbligatoria di norme fissate da altri.*

*Anche la composizione della Commissione depone nello stesso senso, poiché nessun valore avrebbe la pariteticità di essa se le sue norme, approvate dai rappresentanti del Governo Centrale e dai rappresentanti del Governo regionale, potessero essere modificate dagli organi del Governo Centrale.*

*Questo concetto della delega normativa emerge, peraltro, in modo concorde da tutti i lavori preparatori dello Statuto, e fu pure accolto esplicitamente dalla Giunta della Consulta Nazionale, di cui io facevo parte». (V. All. A, pag. 87-88).*

Sotto altro profilo va rammentato che nella citata decisione 455/1989 la Corte costituzionale respinse la eccezione di incostituzionalità in rapporto all'art. 43 dello statuto siciliano anche con la considerazione che il decreto legislativo in quella sede impugnato (D.Lgs. 2 marzo 1948 n. 142) era stato emanato il 2 marzo 1948 e quindi otto giorni prima della entrata in vigore (10 marzo 1948) della legge costituzionale n. 2/1948 che convertiva in legge costituzionale lo statuto siciliano.

L'argomento, all'evidenza, non può essere utilizzato per spiegare la vicenda in esame, dal momento che il D.Lgs. 654/1948 è successivo alla costituzionalizzazione dello statuto siciliano. Invero, come già accennato, non solo l'emanazione del D.Lgs. 6 maggio 1948, n. 654 è posteriore, ma lo è anche la relativa delibera del Consiglio dei ministri che venne assunta in data 8 aprile 1948.

Neppure può essere utilizzato, in questa occasione, l'argomento, pure contenuto nella decisione 455/1989, secondo cui sussisteva un consenso maturato nell'ambito della commissione paritetica, di modo che tra il testo del decreto legislativo n. 142/1948 (allora conside-

rato) e quello redatto dalla commissione paritetica esistevano «*diversità solo formali*». Nella specie, se si esaminano le prime ed uniche norme deliberate dalla anzidetta prima commissione, dedicate agli organi giurisdizionali e rubricate alla sezione *f*) ci si avvede che la sezione stessa è articolata in due titoli: il primo dedicato agli organi centrali giurisdizionali e di controllo ed il secondo dedicato alla giurisdizione amministrativa di primo grado.

Nel primo titolo, dedicato agli organi centrali, mentre viene previsto il decentramento della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato, della Corte dei conti, del Tribunale superiore delle acque pubbliche, della Commissione centrale delle imposte e della Commissione censuaria centrale, non esiste, per nessuno di questi organi centrali, alcun accenno ad una composizione diversa da quella ordinaria poiché le norme così disponevano:

«*Sezioni regionali di Organi Centrali.*

*Art. 1 – Sono istituiti in Sicilia agli effetti dell' art. 23 dello Statuto della Regione:*

- 1) *Una sezione civile ed una penale della Corte di cassazione;*
- 2) *Una sezione consultiva ed una giurisdizionale del Consiglio di Stato;*
- 3) *Una sezione del tribunale Superiore delle Acque Pubbliche;*
- 4) *Una sezione della Corte dei Conti che esercita anche le funzioni di controllo;*
- 5) *Una sezione per le Imposte dirette ed una per la indirette della Commissione Centrale delle Imposte;*
- 6) *Una sezione della Commissione Censuaria Centrale.*

*Art. 2. – Le attribuzioni della Corte di Appello di Roma in materia di usi civici sono devolute, per la Sicilia, ad una Sezione della Sezione della Corte d'Appello di Palermo.*

*Art. 3. – Alla costituzione delle sezioni previste dai numeri 1, 2, 3, 4 dell'art. 2 ed alla destinazione del relativo personale provvederanno i competenti organi dello Stato entro sessanta giorni dalla pubblicazione del presente decreto.*

*Gli oneri relativi alle sezioni predette sono a carico dello Stato».*

Veniva invece istituita una giurisdizione amministrativa di primo grado definita Consiglio regionale di giustizia amministrativa e solo per questa era prevista una speciale composizione come segue:

«*Del Consiglio Regionale di giustizia amministrativa.*

*Art. 13. – Fino a quando la Regione non istituirà nuovi organi di giustizia amministrativa di primo grado, funzionerà in Sicilia un Consiglio regionale di Giustizia Amministrativa con sede in Palermo e sezioni distaccate a Caltanissetta, Catania ed a Messina.*

*Altre Sezioni del Consiglio predetto possono essere istituite con legge della Regione.*

*Art. 14.- Il Consiglio è composto:*

- 1) *del Presidente del Tribunale di Palermo che lo presiede;*
- 2) *di un rappresentante del pubblico Ministero presso lo stesso Tribunale;*
- 3) *di un funzionario di grado non inferiore all'VIII dell'Amministrazione Civile dell'Interno;*
- 4) *di un funzionario di grado non inferiore all'VIII della locale Intendenza di Finanza;*
- 5) *un membro scelto fra docenti universitari di materie giuridiche, avvocati del Libero Foro particolarmente versati nel diritto pubblico.*

*Alla nomina dei membri del Consiglio predetto e dei rispettivi membri supplenti si provvede con decreto del Presidente della Regione, sentita la Giunta e su designazione.*

*a) del Primo Presidente della Corte d'Appello di Palermo per il Presidente di Sezione del tribunale di cui al n. 1;*

*b) del Procuratore generale presso la Corte d'Appello per i membri di cui al n. 2;*

*c) dell' Assessore preposto ai servizi dell' Interno per i membri di cui al n. 3;*

*d) dell' Assessore alle Finanze per i membri di cui al n. 4;*

*e) del Presidente della Sezione giurisdizionale regionale del Consiglio di Stato per i membri di cui al n. 5;*

*I membri predetti durano in carica fino a che la Regione non disciplinerà altrimenti l'ordinamento della giurisdizione amministrativa di primo grado e in ogni caso non oltre i quattro anni» (v. All. A pag. 88-108).*

È pertanto evidente come tra il Governo e la prima commissione paritetica non fosse maturato nessun tipo di accordo al riguardo e come il testo del D.Lgs. n. 654/1948 non rispecchi nemmeno lontanamente le conclusioni cui era pervenuta la commissione stessa.

11. – Né può ritenersi che i vizi di costituzionalità dianzi evidenziati siano stati successivamente sanati per effetto del d.P.R. 5 aprile 1978 n. 204 il quale ha apportato modificazioni ed integrazioni al D.Lgs. n. 654/1948.

Tale d.P.R., infatti, è stato bensì emanato in base alle norme predisposte da una successiva commissione paritetica ex art. 43 dello statuto siciliano, ma non ha affatto novato come fonte l'intero D.Lgs. n. 654/1948.

Infatti, il d.P.R. 204/1978 espressamente intitolato «*modifiche e integrazioni al d.P.R. 654/1948*» è stato adottato per eliminare il vizio di costituzionalità evidenziato dalla decisione della Corte costituzionale n. 25/1976 circa la possibilità di riconferma dei membri laici del C.G.A. possibilità insita nella originaria stesura dell'art. 3 del D.Lgs. 654/1948.

Invero, l'art. 2 del D.Lgs. 654/1948 e il testo sostituito dall'art. 1 del d.P.R. 204/1978 differiscono soltanto per le composizioni del C.G.A. in sede consultiva e giurisdizionale, rese necessarie per superare difficoltà nella formazione dei collegi. La modifica adeguatrice alla pronuncia della Corte è stata invece apportata al secondo comma dell'art. 3 e ciò con l'art. 2 del d.P.R. 204/1978. Gli ultimi 2 articoli del predetto d.P.R. 204/1978 contengono poi soltanto una norma transitoria (art. 3) e la clausola della entrata in vigore (art. 4).

Sono rimasti quindi inalterati, sia nel testuale tenore, sia nella derivazione dalla fonte originaria, sicuramente l'articolo 1, l'art. 3, I comma, nonché gli articoli seguenti da 4 a 9 del D.Lgs. 654/1948.

Peraltro, atteso che l'art. 1 del D.Lgs. 654/1948 dispone la istituzione dell'organo, mentre i successivi articoli ne disciplinano la composizione e il funzionamento, una eventuale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 1 non potrebbe lasciare in vita le restanti norme, che dovrebbero conseguenzialmente essere dichiarate illegittime ai sensi dell'art. 27 della legge 11 maggio 1953, n. 87.

Concludendo sui precedenti punti da 5 a 10 vanno poste, nell'ordine ed in rispettivo subordine (su tale possibilità v. Corte Cost. 188/1995 e, da ultimo Corte Cost. ord. 14/2003) le seguenti questioni di costituzionalità:

A. – questione di costituzionalità dell'art. 3 primo comma del D.Lgs.Lgt. n. 98/1946 con riferimento ai principi costituzionali concernenti le deleghe di poteri anteriori alla Costituzione, e ciò per indeterminatezza delle materie di delega, da cui discende, derivatamente, la incostituzionalità degli artt. 1 e seguenti del D.Lgs. 654/1948;

A 1. – in subordine, ove si ritenga che il D.Lgs. 654/1948, come risulta nel preambolo dal solo richiamo alla XV disposizione transitoria, sia stato emanato soltanto in base all'art. 4 del D.L.Lgt. 151/1944, va posta la questione di costituzionalità di tale norma, e, derivatamente degli artt. 1 e seguenti del D.Lgs. 654/1948 negli stessi termini esposti *sub A*;

A 2. – in subordine, ove si ritenga che il D.Lgs. 654/1948 sia stato emanato in base al combinato disposto dell'art. 4 del D.L.Lgt. 151/1944 e dell'art. 3 primo comma del D.Lgs.Lgt. 98/1946, va posta la questione di costituzionalità di ambedue le disposizioni anzidette e, derivatamente degli artt. 1 e seguenti del D.Lgs. 654/1948 negli stessi termini esposti *sub A*;

A 3. – in ulteriore subordine, qualora si volesse attribuire natura costituzionale al D.L.Lgt. 151/1944 e al D.Lgs.Lgt. 98/1946, va posta la questione di costituzionalità del D.Lgs. 654/1948, per eccesso di potere in rapporto all'art. 4 del D.L.Lgt. 151/1944, e per eccesso di delega in rapporto all'art. 3 primo comma del D.Lgs.Lgt. 98/1946 e ciò in quanto emanato in materia costituzionale di competenza dell'Assemblea costituente e, derivatamente degli articoli 1 e seguenti del D.Lgs. 654/1948;

B. – va posta poi la questione di costituzionalità degli artt. 1, 3, primo comma, 4, 5, 6, 7, 8, 9, del D.Lgs. 654/1948 in rapporto all'art. 43 dello statuto della Regione siciliana convertito in legge costituzionale n. 2/1948 in quanto per la sua adozione non è stato osservato il procedimento previsto dal suddetto art. 43. Resta inteso, anche ai fini della rilevanza, che la stessa questione non può porsi nei confronti dell'art. 2 e dei commi secondo e terzo dell'art. 3 in quanto sostituiti dal d.P.R. 204/1978 rispettoso del procedimento di cui all'art. 43 dello statuto. Peraltro l'eventuale accoglimento della questione farebbe venir meno la istituzione dell'organo (art. 1); la nomina dei componenti (art. 3 primo comma), le competenze, le procedure e le norme sul funzionamento dell'organo (artt. da 4 a 9). Ne dovrebbe discendere ex art. 27 legge 87/1953 la incostituzionalità derivata anche delle norme (art. 2) sulla composizione;

*B 1.* – In subordine, ove si ritenga che il D.Lgs. 654/1948 sia stato emanato in base all'art. 4 del D.L.Lgt. 151/1944 ed all'art. 3 primo comma del D.Lgs.Lgt. 98/1946, ed a tali norme si attribuisca natura costituzionale, si solleva la questione di costituzionalità delle disposizioni anzidette in rapporto alla sopravvenuta norma costituzionale di cui all'art. 43 dello statuto siciliano e, derivatamente degli artt. 1, 3 primo comma, 4, 5, 6, 7, 8, 9, del D.Lgs. 654/1948 con la precisazione di cui al punto B.

Si ribadisce che la rilevanza delle anzidette questioni emerge dal fatto che il dubbio di costituzionalità concerne la stessa esistenza dell'organo chiamato a giudicare (Corte Cost. 25/1976).

Peraltro l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità delle norme denunciate non determinerebbe il venir meno in Sicilia del grado di appello nella giustizia amministrativa, ma soltanto la sostituzione al C.G.A. di una sezione del Consiglio di Stato localizzata in Sicilia conformemente alla previsione statutaria.

12. – Passando ad altro ordine di considerazioni più specificatamente attinenti al contenuto del D.Lgs. 654/1948, si premette in via generale che anche le leggi costituzionali (come ad esempio gli statuti regionali) sono soggette al sindacato di legittimità costituzionale (v. Corte Cost. 38/1957 sull'Alta Corte siciliana e n. 6/1970 sulla responsabilità penale avanti all'Alta Corte del Presidente della Regione).

*A fortiori* sono denunciabili per incostituzionalità le norme di attuazione degli statuti delle Regioni a statuto speciale le quali, sotto questo profilo, sono state ritenute sullo stesso piano delle leggi statali (Corte Cost. 14 luglio 1956 n. 14, 15, 16; 16 luglio 1956 n. 20; 19 luglio 1956 n. 22; 26 gennaio 1957 n. 15; 18 maggio 1959 n. 30, *etc.*) e ciò ancorché le norme di attuazione degli statuti speciali operino ad un livello superiore a quello della legge statale (Corte Cost. 18 maggio 1959, n. 30).

Per quanto poi concerne il contenuto delle norme di attuazione, va rilevato che la giurisprudenza della Corte costituzionale (dec. 20/1956 *cit.*) da un lato ha precisato come non siano da qualificare alla stregua di norme di mera esecuzione dello statuto regionale, come se si trattasse di semplici regolamenti esecutivi. Al contrario, esse possono contenere norme primarie ancorché di «attuazione» degli statuti e quindi rivestono carattere legislativo.

Da tale carattere discende la necessità che non siano in contrasto né con la Costituzione, e neppure con lo statuto speciale, ma debbono, semmai, essere «in aderenza» al medesimo.

Il concetto di «aderenza» può essere poi sottoposto al controllo della Corte costituzionale con riferimento al contenuto delle norme di attuazione e cioè verificando se le stesse siano contrarie o meno allo statuto.

Al di là delle ipotesi di norme di attuazione «*contra statutum*» la Corte costituzionale (sempre nella citata decisione n. 20/1956) si è posta il problema delle norme di attuazione *praeter legem*, o anche apparentemente *secundum legem*, risolvendolo testualmente come segue.

«Se poi le norme di attuazione siano *praeter legem*, nel senso che abbiano integrato le disposizioni statutarie od abbiano aggiunto ad esse qualche cosa che le medesime non contenevano, bisogna vedere se queste integrazioni od aggiunte concordino innanzi tutto con le disposizioni statutarie e col fondamentale principio dell'autonomia della Regione, e se inoltre sia giustificata la loro emanazione dalla finalità dell'attuazione dello Statuto. Laddove, infine, si tratti di norme *secundum legem*, è ovvio che se esse, nel loro effettivo contenuto e nella loro portata, mantengano questo carattere, non è a parlarsi di illegittimità costituzionale, ma sarebbe pur sempre da dichiararsene la illegittimità nel caso che esse, sotto l'apparenza di norme *secundum legem*, sostanzialmente non avessero tal carattere, ponendosi in contrasto con le disposizioni statutarie e non essendo dettate dalla necessità di dare attuazione a queste disposizioni.

Questo insegnamento è stato mantenuto fermo fino ad ora e, sullo specifico punto, la decisione 20/1956 è stata costantemente richiamata dalla successiva giurisprudenza costituzionale (v. da ultimo Corte Cost. 353/2001).

13. – Orbene, se si esaminano le disposizioni dello statuto siciliano e le norme di attuazione in materia di giurisdizione amministrativa si evince come queste ultime siano di segno contrario rispetto alle previsioni statutarie e comunque non in aderenza con la lettera e con lo spirito delle previsioni statutarie stesse.

L'art. 23 primo comma dello statuto, infatti stabilisce semplicemente che gli organi giurisdizionali centrali dovranno avere in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione.

Nello statuto non è contenuto alcun accenno, come tutta la dottrina costituzionalistica dell'epoca non ha mancato di sottolineare, alla composizione dei collegi giudicanti e neppure per i collegi chiamati a decidere in sede consultiva e di controllo (art. 23 secondo comma).

L'art. 2 del D.Lgs. 654/1948 non si limita a dettare norme attuative o che comunque costituiscano la logica e naturale espansione del principio statutario (organizzazione degli uffici e trasferimento di personale per consentire la presenza *in loco* di sezioni delle giurisdizioni superiori per gli affari regionali), ma modifica la struttura ordinaria dell'organo giurisdizionale introducendo un principio del tutto estraneo allo statuto e contrario, come verrà in seguito chiarito, a precise norme e principi di rango costituzionale.

D'altra parte è del tutto evidente che la composizione dell'organo giurisdizionale in modo diverso dall'ordinario non può essere considerata, nel silenzio dello statuto al riguardo, come una necessaria integrazione e specificazione della norma statutaria.

La citata decisione della Corte n. 20 del 1956, è precisa nell'affermare che la legittimità costituzionale delle norme di attuazione è subordinata alla duplice sussistenza di due requisiti.

Innanzitutto occorre la concordanza tra norme di attuazione e statuti (e nella specie *ictu oculi* tale concordanza non esiste); in secondo luogo le norme di attuazione debbono essere giustificate dalla finalità di dare attuazione allo statuto.

Neppure tale ultimo requisito sussiste nella specie.

A proposito di quest'ultimo la Corte ha affermato che «*l'esigenza delle norme di attuazione si manifesta nel bisogno di dar vita, nell'ambito delle ben definite autonomie regionali, ad una organizzazione dei pubblici uffici e delle pubbliche funzioni che si armonizzi con l'organizzazione dello Stato nell'unità dell'ordinamento giuridico*» (dec. 14/1962, 30/1968, 136/1969) ed ha ribadito tale convincimento anche nella decisione 12 luglio 1984, n. 212 nella quale ha anche precisato che «*le finalità della attuazione vanno accertate nel contesto delle autonomie regionali e nei principi costituzionali*».

Nella citata decisione n. 212/1984 la Corte, nel dichiarare la illegittimità costituzionale della istituzione di una sezione giurisdizionale e delle Sezioni unite della Corte dei conti in Sardegna, ha argomentato con il fatto che né dalla lettera dello statuto regionale, né dal suo spirito, né dalle sue finalità era in alcun modo ricavabile che si fosse inteso prevedere, neppure per implicito, Sezioni di organi centrali neppure nei limiti degli affari concernenti la Regione e ciò a differenza di quanto stabilito per altre regioni, richiamando appunto l'art. 23 dello statuto siciliano e l'art. 90 dello statuto del Trentino Alto Adige.

Al riguardo tuttavia non può non sottolinearsi la differenza fondamentale tra lo statuto siciliano e quello del Trentino Alto Adige i quali, ai fini in esame, non possono porsi sullo stesso piano.

Infatti, mentre lo statuto siciliano si limita alla pura e semplice localizzazione in Sicilia delle sezioni delle giurisdizioni superiori, lo statuto del Trentino Alto Adige è di ben diverso contenuto.

Innanzitutto, l'articolo 90 del Testo Unico delle leggi costituzionali di cui al d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 istituisce espressamente il T.R.G.A. e rinvia espressamente alle norme di attuazione per il suo ordinamento. Inoltre, il successivo articolo 91 disciplina espressamente la composizione della sezione giurisdizionale per la provincia di Bolzano del T.R.G.A. così come prevede espressamente che la metà dei componenti la Sezione è nominata dal Consiglio provinciale di Bolzano (art. 91 secondo comma).

Le norme di attuazione dello statuto del Trentino (d.P.R. 6 aprile 1984 n. 426) di conseguenza, essendo a ciò espressamente delegate dallo statuto, disciplinano le modalità di scelta dei magistrati cosiddetti laici individuando le categorie tra cui questi debbono essere scelti, il ruolo in cui debbono essere collocati, le garanzie che li assistono, lo stato giuridico e il trattamento economico (artt. 2, 4, 5, d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426). In proposito, nella decisione 137/1998 la Corte costituzionale ha espressamente rilevato come la specialità del T.R.G.A. risieda nella delega contenuta nell'art. 90 dello statuto speciale da cui legittimamente discendono le norme di attuazione adottate con lo speciale procedimento della commissione paritetica.

Anche il d.P.R. 654/1948 di attuazione dello statuto siciliano contiene, all'art. 2, norme di contenuto analogo alle norme di attuazione dello statuto del Trentino, ma con la fondamentale differenza che lo statuto siciliano né istituisce un organo speciale e neppure delega il suo ordinamento alle norme di attuazione. Nessun accenno – ripetesì – né esplicito né implicito è contenuto nello statuto siciliano circa la istituzione di un organo giurisdizionale a speciale composizione per la Regione siciliana e neppure circa la necessità che parte del collegio giudicante sia costituito da magistrati laici di designazione regionale.

Né potrebbe sostenersi che la presenza in Collegio di magistrati laici di designazione regionale costituisca la logica e naturale conseguenza, se non della lettera, almeno dello spirito e delle finalità autonomistiche dello statuto siciliano.

Un conto infatti è la localizzazione di una funzione, un altro è la organizzazione della funzione. Sono due aspetti del tutto diversi che il legislatore costituzionale può disciplinare diversamente a seconda dei casi così come dimostra lo statuto del Trentino Alto Adige (istituzione espressa dell'organo speciale, delega espressa alle norme di attuazione, localizzazione e previsione di giudici laici), quello della Regione Sardegna (nessuna disposizione sulla giurisdizione) e della Sicilia (solo localizzazione degli organi ordinari).

14. – D'altra parte, la riprova che le deroghe alla organizzazione giurisdizionale nazionale sono e debbono essere contenute negli statuti si rinviene nello stesso statuto siciliano.

Innanzitutto va osservato che quando si è voluta una composizione mista, lo statuto siciliano lo ha espressamente sancito, come risulta dal confronto dell'art. 23 con l'art. 24 primo comma secondo cui i membri dell'Alta Corte dovevano essere nominati «*in pari numero dalle Assemblies legislative dello Stato della Regione*».

Peraltro un ulteriore argomento si ricava dal testuale tenore dello stesso articolo 23. Invero, l'articolo 23 terzo comma dello statuto siciliano si dà carico di precisare che i magistrati della Corte dei conti sono nominati d'accordo dal Governo dello Stato e dalla Regione.

Il legislatore costituzionale ha talmente avvertito l'effetto derogatorio alla normale organizzazione del giudice contabile da ritenerne necessaria la specificazione nello statuto.

Orbene, di fronte a tale espressa specificazione dello statuto per una delle magistrature superiori non si vede come si possa sostenere che invece l'assoluto silenzio dello stesso legislatore circa le altre possa essere interpretato come una implicita delega a disciplinare, in sede di attuazione, la nomina, la composizione, la stessa struttura del giudice amministrativo in una organizzazione giurisdizionale del tutto difforme da quella ordinaria.

La Corte costituzionale ha affermato chiaramente che, anche laddove gli statuti prevedano in via generica la emanazione di norme di attuazione, sarebbe illogico ritenere che queste ultime debbano essere emanate per tutte le materie statutarie perché in tal modo si perverrebbe «*all'assurdo di giudicare che esse sono state previste anche in caso in cui il testo statuario avesse avuto in sé piena completezza e non avesse reclamato integrazioni o specificazioni. In tali ipotesi le norme di attuazione non potrebbero mai emanarsi per mancanza di oggetto*» (Corte Cost. 1° luglio 1969, n. 136).

15. – Neppure potrebbe sostenersi, sotto altro profilo, che nella previsione statutaria siciliana limitata alla localizzazione sia implicita la disciplina della organizzazione giurisdizionale.

Al riguardo la Corte costituzionale ha sempre affermato che in materia di ordinamento giudiziario esiste *ex art. 108 Cost.* una riserva di legge statale (Corte Cost. n. 4/1956, n. 76/1995, n. 134/1998, n. 86/1999).

È stato anche affermato che il disegno del costituente è stato «*di procedere bensì per determinate materie ad un decentramento istituzionale nel campo legislativo ed amministrativo a favore dell'Ente Regione, ma di escludere dal decentramento tutto il settore giudiziario e di sottrarlo, quindi, a qualsiasi competenza delle Regioni, anche di quelle a statuto speciale dettando così uno di quei principi dell'ordinamento giuridico dello Stato che costituiscano limite insuperabile all'attività legislativa delle Regioni*» (Corte Costituzionale n. 4/1956, v. anche Corte Costituzionale n. 43/1982).

In questa ottica appare oltremodo significativa la decisione n. 150/1993 in cui si trattava di stabilire la legittimità costituzionale della legge statale 374/1991 istitutiva del giudice di pace asseritamente lesiva delle norme statutarie della Regione Valle d'Aosta disciplinanti la istituzione degli uffici di conciliazione (art. 41 legge Cost. 4/1948).

In quella occasione la Corte ha affermato «*Il Titolo VII dello Statuto di autonomia della Valle d'Aosta, rubricato come Ordinamento degli uffici di conciliazione prevede nella sua unica norma (l'art. 41) determinate attribuzioni, di natura amministrativa, in favore del Presidente della Giunta, nonché della Giunta stessa, attribuzioni concernenti sia l'istituzione degli uffici di conciliazione (che è disposta con decreto del Presidente della Giunta deliberazione di questa); sia la nomina, la decadenza, la revoca e la dispensa dall'ufficio dei giudici conciliatori e viceconciliatori (che è disposta dal Presidente della Giunta in virtù di delegazione del Presidente della Repubblica); sia, infine, l'esercizio delle funzioni di cancelliere e di usciere (che è autorizzato anch'essa dal Presidente della Giunta).*»

Orbene, il significato limitativo espresso dal tenore testuale della previsione statutaria riferentesi esclusivamente – sia nella rubrica del titolo, sia nella formulazione della sua unica norma – al giudice conciliatore ed al suo ufficio, e non al «giudice onorario» in generale, trova conforto non solo nella considerazione che la più ampia figura, appunto, del «giudice onorario» – ricomprendente in sé quella del «giudice conciliatore» già all'epoca esistente nell'ordinamento giudiziario – non poteva non essere presente al legislatore costituente, essendo la Carta costituzionale (che tale figura «generale» conosce ed ammette: art. 106, secondo comma, Cost.) antecedente, sia pure di poco, allo Statuto di autonomia, ma trova conferma anche in altre varie e concorrenti ragioni.

La norma statutaria, per il suo contenuto precettivo, incide sull'ordinamento giudiziario e sullo «status» di un giudice dell'ordine giudiziario.

Sotto il primo profilo (incidenza sull'ordinamento giudiziario), va innanzi tutto ribadito che in tale materia c'è riserva di legge (art. 108 Cost.) e questa Corte ha già più volte puntualizzato trattarsi di riserva di legge statale, con conseguente esclusione di qualsivoglia interferenza della normativa regionale (sent. n. 767 del 1988, sent. n. 43 del 1982, sent. n. 81 del 1976, sent. n. 4 del 1956). Deve quindi ripetersi che alla legge statale «*compete in via esclusiva disciplinare in modo uniforme per l'intero territorio nazionale e nei confronti di tutti (art. 3 Cost.) i mezzi e le forme di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (artt. 24, primo comma, e 113 Cost.)*» (sent. n. 81 del 1976, citata). Tale riserva abbraccia sia la disciplina degli organi giurisdizionali, sia la normativa processuale, anch'essa riservata esclusivamente alla legge statale (sent. n. 505 del 1991, sent. n. 489 del 1991).

Come la legge processuale (secondo il disegno costituzionale del nostro ordinamento), così anche la normativa degli organi giurisdizionali non può che essere uniforme su tutto il territorio nazionale, dovendo a tutti essere garantiti pari condizioni e strumenti nel momento di accesso alla fruizione della funzione giurisdizionale, il cui esercizio è imprescindibilmente neutro, perché insensibile alla localizzazione in questa o quella regione, oltre che neutrale, perché svolto in posizione di terzietà rispetto ai poteri dello Stato, non escluso il potere esecutivo delle Regioni.

Pertanto le attribuzioni regionali in materia di giudice conciliatore, in quanto incidenti in materia soggetta a riserva di legge statale, hanno carattere di specialità sicché l'art. 41 della legge Cost. n. 4 del 1948 (Statuto) si pone come deroga a tali principi, consentita soltanto dal rango costituzionale della norma stessa; deroga doppiamente eccezionale perché contempla un'interferenza regionale in materia di esclusiva competenza statale e perché tale interferenza nell'ordinamento giudiziario si realizza a livello non già di legge regionale, bensì esclusivamente di atti dell'esecutivo. Tale connotazione di eccezionalità non può che confinare la norma statutaria nel ristretto ambito del suo tenore letterale sicché in Valle d'Aosta è solo il «giudice conciliatore», e non anche il «giudice onorario» ex art. 106, secondo comma, Cost., ad essere in qualche misura diverso dal giudice conciliatore sul restante territorio del Paese.

Il rilevato carattere derogatorio si appalesa poi ancora più marcato se si considera il contenuto della norma statutaria, che – seppur su delegazione del Presidente della Repubblica – prevede una serie di provvedimenti di competenza dell'esecutivo della Regione che incidono in radice sullo «status» di giudice conciliatore, condizionandone la nomina, la decadenza, la revoca e la dispensa. Anche sotto questo secondo profilo giova richiamare la giurisprudenza di questa Corte che ha evidenziato come la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario è posta «a garanzia dell'indipendenza della magistratura» (sent. n. 72 del 1991); indipendenza che costituisce valore centrale per uno Stato di diritto, sicché l'eventuale difetto di presidi a sua difesa può ridondare in vizio di incostituzionalità (sent. n. 6 del 1970); indipendenza che è assicurata



*in generale, ma anche con specifico riferimento al giudice onorario, dalle competenze del Consiglio superiore della Magistratura, sicché anche per la nomina dei giudici di pace è in generale prevista la previa deliberazione dello stesso (art. 4 della legge n. 374 del 1991).*

*Quindi, anche sotto questo profilo dell'esigenza di garanzia dell'indipendenza del giudice, la previsione, contenuta nell'art. 41 della legge Cost. 26 febbraio 1948, n. 4 (Statuto Valle d'Aosta), del potere (seppur delegato) del Presidente della giunta di dichiarare la decadenza e la dispensa del giudice conciliatore, e soprattutto il potere di revocarne la nomina, denuncia il suo carattere singolare e del tutto eccezionale, nella specie consentito dal rango costituzionale della norma stessa.*

Il principio ricavabile dalla anzidetta decisione sembra molto chiaro nel senso che la deroga alla riserva costituzionale di legge statale in materia di giurisdizione è consentita solo se espressamente prevista da una norma speciale di rango costituzionale, che le disposizioni degli statuti speciali in materia di giurisdizione hanno carattere eccezionale e che quindi, come si esprime la Corte *«tale connotazione di eccezionalità non può che confinare la norma statutaria nel suo ristretto ambito del tenore letterale»*.

16. – Se ciò è esatto, se ne deve concludere che la norma di attuazione dello statuto siciliano ha previsto un istituto eccezionale, quale la possibilità di nomina di magistrati laici al di fuori di qualsiasi previsione statutaria, in una materia costituzionalmente riservata alla disciplina statale e pertanto derogabile solo per espressa previsione di norma equiordinata e cioè di rango costituzionale.

Tale natura non è riconosciuta – ripetesi – alle norme di attuazione degli statuti delle regioni a statuto speciale.

Con riferimento al D.Lgs. 654/1948 la Corte costituzionale ha affermato *«che il predetto decreto legislativo ha valore di legge ordinaria»* (Corte Cost. n. 61/1975).

Inoltre, più in generale, la Corte ha affermato che *«hanno dunque valore di legge, e per alcuni statuti, come per quello sardo, è prevista la loro compilazione da parte di una commissione paritetica e occorre sentire il parere di alcuni organi regionali. Sia per ragioni formali che per ragioni sostanziali, esse si pongono dunque su un piano diverso e superiore rispetto alle leggi da emanare nelle materie da esse regolate; ma non per questo si può ad esse attribuire il carattere di leggi costituzionali»* (v. Corte Cost. n. 30/1959 cit.).

È stato infatti osservato *esse sono, per definizione, norme dettate per «l'attuazione» di norme costituzionali. Se esse risultano conformi alla norma costituzionale (secundum legem), nessuna questione può essere sollevata; ma se, al contrario, si dimostrano in contrasto con la norma costituzionale, della quale dovrebbero rendere possibile l'attuazione (contra legem), non si comprende come e perché potrebbero sottrarsi ad una pronuncia di illegittimità costituzionale. Più delicati possono essere i casi, nei quali, pur non prospettando un manifesto contrasto, la norma di attuazione ponga un precetto nuovo, non contenuto neppure implicitamente nella norma costituzionale (praeter legem): casi, che mal si prestano ad essere classificati preventivamente in via generale e che possono richiedere piuttosto decisioni di specie. È chiaro, comunque, che ai fini di tali decisioni, non si potrà prescindere dal criterio fondamentale stabilito dallo stesso costituente (art. 2 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1) che ha affidato alla Corte Costituzionale il compito di garantire che non avvengano invasioni nella sfera di competenza assegnata alla Regione dalla Costituzione. A meno di attribuire alle norme di attuazione natura ed efficacia di vere e proprie norme costituzionali (il che, in verità, non è stato sostenuto neppure dall'Avvocatura Generale dello Stato), la competenza della Corte ad esaminarle e a pronunciare sulla legittimità costituzionale di esse non può essere posta in dubbio»* (v. Corte Cost. n. 14/1956).

Va anche ricordato, su questo punto, che la riserva dell'art. 108 della Costituzione concerne *«la disciplina di tutto quanto concerne l'Amministrazione della giustizia, sia riguardo alla istituzione dei giudici, che alle loro funzioni ed alle modalità del correlativo esercizio»* (v. Corte Cost. n. 4/1956).

Tale principio è stato sempre tenuto fermo dalla giurisprudenza della Corte che ne ha fatto applicazione numerose volte anche in Sicilia (v. Corte Cost. 154/1995, 115/1972). In proposito va ricordato come già osservato – che alle censure di costituzionalità riguardo alla giurisdizione non si è sottratto neppure lo stesso statuto siciliano di cui sono stati dichiarati incostituzionali gli artt. 26 e 27 sulla giurisdizione penale dell'Alta Corte (Corte Cost. n. 6/1970).

Premesso poi che la funzione delle norme di attuazione, in Sicilia come nelle altre Regioni a statuto speciale, consiste nel rendere possibile il trasferimento alle Regioni delle funzioni e degli uffici nelle materie di competenza (v. Corte Cost. 17/1961, 14/1962, 180/1980), va sottolineato che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto che, nella specie, l'articolo 23 dello statuto siciliano, a differenza dello statuto del Trentino Alto Adige non contiene né una delega alle norme di attuazione, né alcun accenno alla nomina di giudici laici regionali «*poiché esso stabilisce soltanto che gli organi giurisdizionali centrali debbano avere in Sicilia le Sezioni per gli affari concernenti la Regione*» (Corte Cost. 189/1992) ed inoltre «*l'art. 23 del R.D.L. 15 maggio 1946, n. 455 attiene soltanto al decentramento degli organi giurisdizionali centrali per gli affari concernenti la Regione*» (Corte Cost. n. 61/1975).

Se tutto ciò è esatto, l'art. 2, IV comma, lettera b), il VI comma e il successivo VIII comma del D. Lgs. 654/1948, laddove prevedono la presenza e la designazione di laici regionali, solo apparentemente rivestono il carattere di norme di attuazione, ma, in realtà, rientrano in quella categoria individuata dalla Corte costituzionale nelle decisioni 14/1956 e 20/1956 e censurabile in sede di giudizio di costituzionalità.

Si tratta di norme che, sotto l'apparenza di norme *secundum legem*, in realtà, in primo luogo contrastano con le disposizioni statutarie e, comunque non sono dettate dalla necessità di dare attuazione a queste disposizioni.

Ciò si evince con chiarezza poiché il legislatore costituzionale aveva limitato la autonomia regionale alla sola localizzazione in Sicilia degli organi delle giurisdizioni superiori, come riconosciuto nelle citate decisioni della Corte costituzionale 189/1992 e 61/1975.

17. – Il decreto legislativo 654/1948 appare quindi «*contra statutum*» poiché, nell'istituire in Sicilia «*un organo di giustizia amministrativa caratterizzato da una propria fisionomia e struttura*» (Corte Cost. 25/1976), diverso da quello ordinario, composto anche con giudici laici di nomina regionale, ha ampliato enormemente la sfera di autonomia regionale, ma ciò ha fatto vulnerando non solo la lettera, quanto e soprattutto lo spirito della disposizione costituzionale statutaria, che limitava la autonomia regionale nel solo ambito della presenza in Sicilia di sezioni delle magistrature superiori, senza alcuna intenzione di alterarne la struttura e le funzioni (v. in questo senso l'ordinanza 6 marzo 1975 con cui l'Adunanza Plenaria rimise alla Corte costituzionale la questione su cui poi intervenne la dec. 25/1976).

L'incostituzionale ampliamento dell'autonomia regionale operato con le norme di attuazione di cui al D.Lgs. 654/1948 le ha portate di conseguenza a collidere con i principi costituzionali sanciti dall'art. 108 per quanto concerne la riserva di legge statale sulla amministrazione della giustizia e, in particolare, sulla nomina di magistrati laici.

A dimostrazione poi che la materia disciplinata dall'art. 2 del D.Lgs. 654/1948, come sostituito dal d.P.R. 204/1978, rientra nella riserva di legge statale è sufficiente rammentare l'insegnamento della Corte costituzionale nelle decisioni 585/1989 e 224/1999.

Nella prima, che si riferiva alla Regione Trentino Alto Adige, si è affermato che, salvo il principio della proporzionale etnica, che non veniva peraltro messo in discussione, spettava allo Stato stabilire le variazioni qualitative e quantitative della pianta organica dei magistrati addetti agli uffici giudiziari della Provincia di Bolzano.

Nella seconda, con riferimento alla Regione Sicilia, si è affermato che anche la disciplina degli incarichi extraistituzionali a magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti operanti in Sicilia rientra nella competenza esclusiva statale.

Se ciò è esatto, sembra evidente che con l'art. 2 delle norme di attuazione dianzi citate si sia invasa una sfera di competenza riservata al legislatore statale e di qui la necessità di acclarare se tale invasione era o meno giustificata a livello costituzionale.

18. – Peraltro, quando anche le disposizioni dell'alt. 2 del D.Lgs. 654/1948 volessero qualificarsi non già *contra legem*, ma semplicemente *praeter legem*, le conclusioni non muterebbero.

La legittimità costituzionale delle norme di attuazione degli statuti speciali *praeter legem* è infatti subordinata – ripetesi – alla duplice condizione del dovere concordare con le disposizioni statutarie e con il principio dell'autonomia regionale e dell'essere giustificate dalla finalità di dare attuazione allo statuto.

Nessuna di queste condizioni è ravvisabile nella nomina regionale di giudici laici presso il C.G.A.

Tale previsione non concorda affatto con lo statuto (Corte Cost. 189/1992 e 61/1975 *cit.*) e neppure concorda con il principio dell'autonomia regionale in quanto, in difetto di apposita deroga di rango costituzionale, la norma di attuazione non può impingere su altri principi costituzionali non conferenti con l'autonomia regionale (Corte Cost. 150/1993). La Corte costituzionale in proposito ha sempre affermato che «*la capacità additiva si esprime pur sempre nell'ambito dello spirito dello statuto e delle sue finalità e – come s'è pure rilevato – nel rispetto dei principi costituzionali*» (Corte Cost. 212/1984).

La nomina dei giudici laici di designazione regionale neppure è giustificata dalla necessità di dare attuazione allo statuto.

Tale necessità, com'è costante insegnamento della Corte costituzionale, si concreta nel trasferimento di funzioni e uffici (Corte Cost. 17/1961, 14/1962, 30/1968, 180/1980) al fine di dar vita «*nell'ambito delle ben definite autonomie regionali ad una organizzazione degli uffici e delle pubbliche funzioni che si armonizzi con l'organizzazione dello Stato nell'unità dell'ordinamento amministrativo generale*» (Corte Cost. 14/1962).

Orbene, ai fini del mero trasferimento di una sezione del Consiglio di Stato in Sicilia – poiché tale è l'oggetto dell'art. 23 dello statuto siciliano (Corte Cost. 189/1992 e 61/1975) – non si vede perché era necessario cambiare la composizione ordinaria della sezione con l'introduzione nel collegio giudicante di giudici laici di designazione regionale. È stato infatti affermato che la norma di attuazione, intanto può porsi in funzione di integrazione dello statuto «*sempreché sia giustificata da un rapporto di strumentalità logica rispetto all'attuazione di disposizioni del medesimo*» (Corte Cost. 260/1990). Diversamente, ove il testo statutario sia completo, le norme di attuazione sarebbero prive di oggetto (Corte Cost. 136/1969 *cit.*).

19. – Il Collegio è consapevole della circostanza che la questione della composizione del C.G.A. è stata ripetutamente affrontata anche dalla Corte costituzionale, ma sempre sotto angoli di valutazione diversi.

Nella decisione n. 25/1976 la Corte costituzionale si è occupata del problema, con riferimento tuttavia soltanto all'art. 5 III° comma del D.Lgs. 654/1948 e cioè all'istituto dell'appello all'Adunanza Plenaria delle decisioni emesse in unico grado del C.G.A. allora, prima della istituzione dei T.A.R..

In quell'occasione la Corte ha fatto altresì riferimento alla nota decisione delle Sezioni Unite della Cassazione 11 ottobre 1955 n. 2994 dichiarando di condividerla. Nella anzidetta decisione la Cassazione, non essendo ancora in funzione la Corte costituzionale, si pose il problema della costituzionalità in generale della istituzione del C.G.A. sotto un duplice aspetto: estrinseco ed intrinseco.

Sotto il profilo estrinseco si trattava di accertare l'osservanza o meno del principio di cui all'art. 76 della Costituzione e quindi l'esistenza di una norma di delega, nonché la attribuzione o meno di una competenza legislativa alla commissione paritetica di cui all'art. 43 dello statuto siciliano anziché al Governo, e di tale profilo si è trattato in precedenza nei punti 2 e da 4 a 11.

Sotto il profilo intrinseco, invece, la costituzionalità si pose con preciso riferimento alla questione se il C.G.A. dovesse considerarsi o meno un giudice speciale (la cui istituzione era vietata *ex art.* 102 II° comma della Costituzione) che i ricorrenti ritenevano offrisse minori garanzie rispetto ad una ordinaria sezione del Consiglio di Stato.

A riprova della specialità venivano addotte la diversità del numero dei votanti (5 anziché 7) e la differenza di talune prerogative: inamovibilità dei componenti le sezioni del Consiglio di Stato; temporaneità dei due membri designati dalla Giunta regionale; partecipazione al collegio esclusa per gli allora referendari del Consiglio di Stato.

La Cassazione, com'è noto, affermò che il C.G.A. non poteva considerarsi quale giudice speciale, ma soltanto una sezione specializzata del Consiglio di Stato superando in questo modo la eccezione di incostituzionalità.

Né in quella occasione ne successivamente è stato posto *ex professo* alla Corte costituzionale il profilo del rapporto tra la lettera e lo spirito dell'art. 23 dello statuto e le norme di attuazione che prevedono la designazione regionale di magistrati laici.

Inoltre, se si esaminano i precedenti, emerge chiaramente, nel pensiero e nelle parole della Corte costituzionale, la consapevolezza che il D.Lgs. 654/1948 sia andato ben al di là della lettera e dello spirito dell'articolo 23 dello statuto.

Invero, nella decisione n. 61/1975 la Corte – come già rilevato - afferma che «l'art. 23 del R.D.Lgs. 15 maggio 1946 n. 455 attiene soltanto al decentramento degli organi giurisdizionali centrali per gli affari concernenti la Regione».

Nella decisione 25/1976 occupandosi della indipendenza dei membri laici del C.G.A., per quanto qui interessa, la Corte ha affermato testualmente che «*certamente l'art. 23 dello Statuto della Regione siciliana prevedeva semplicemente l'istituzione in Sicilia di una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato ed è innegabile che con il D.Lgs. n. 654/1948 è stato invece istituito un organo di giustizia amministrativa caratterizzato da una propria particolare fisionomia e struttura*».

Nella decisione dianzi citata la Corte ha confermato l'orientamento della Cassazione circa la natura del C.G.A. (sezione specializzata del Consiglio di Stato e non giudice speciale, anche se la anzidetta definizione fa pensare più ad un giudice speciale che ad una sezione specializzata) ma, com'è noto, ciò non gli ha impedito di dichiarare incostituzionale il D.Lgs. 654/1948 nella parte in cui (art. 3 III° comma) prevedeva la possibilità di rinnovo dei giudici laici.

20. – Possono pertanto proporsi le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 IV° comma lettera *b*) e dei successivi commi VI e VIII del D.Lgs. 654/1948, come sostituito dal d.P.R. 204/1978, in rapporto agli articoli 23 e 43 dello statuto siciliano nonché agli articoli 108 I° comma, 102 I° e II° comma e al I° comma della VI° disposizione transitoria della Costituzione.

I profili relativi al rapporto tra gli anzidetti commi del decreto legislativo 654/1948 e gli articoli 23 e 43 dello Statuto ed all'art. 108 I comma della Costituzione sono stati in precedenza esposti.

21. – Circa il rapporto tra il decreto legislativo 654/1948 e gli articoli 102 I° e II° comma e 108 I° e II° comma della Costituzione occorre sottolineare che anche qualificando il C.G.A. come sezione specializzata, la costituzione di sezioni specializzate innanzitutto deve essere prevista da una legge statale come si evince dall'art. 102 I° comma per il giudice ordinario e dall'art. 108 I° comma per i giudici speciali.

Esiste, quindi, a livello costituzionale, una riserva di legge statale circa la istituzione di sezioni specializzate derogabile solo in presenza di norma espressa di pari rilevanza costituzionale (Corte Cost. 150/1980 *cit.*).

Nella specie – ripetesi – in nessun comma dell'art. 23 dello statuto siciliano è contenuto il minimo accenno, né implicito né esplicito alla possibilità che in Sicilia vengano istituite sezioni specializzate né del Consiglio di Stato né delle altre magistrature superiori.

Il decentramento puro e semplice (Corte Cost. 61/1975 e 25/1976) non implica affatto di per sé la creazione *ex novo* di sezioni specializzate tanto più che l'unico accenno di specialità contenuto nell'art. 23 riguarda, come già osservato, il concerto tra Stato e Regione, sulla nomina soltanto dei magistrati della Corte dei conti.

Va poi rammentato che la Carta costituzionale prevede la istituzione di sezioni specializzate soltanto nell'ambito della magistratura ordinaria (art. 102 II° comma) per cui la sezione specializzata viene considerata «*non già un tertium genus fra la giurisdizione speciale e quella ordinaria, bensì una species di quest'ultima*» (Corte Cost. n. 76/1961, 394/1998 e ordinanza 424/1989).

È stato infatti rilevato che, a fronte del divieto di istituire giudici speciali, la deroga costituzionale a favore delle sole Sezioni specializzate, dipende proprio dalla loro compenetrazione istituzionale con il giudice ordinario (Corte Cost. n. 4/1984, 424/1989).

Pertanto, se la istituzione di sezioni specializzate è consentita dalla costituzione (ex art. 102 II° comma) solo nell'ambito della magistratura ordinaria e ciò in ragione del nesso organico con quest'ultima, se ne dovrebbe anche inferire che, così come non è possibile istituire nuovi giudici speciali, alla stessa stregua non sarebbe possibile istituire sezioni specializzate all'interno dei giudici speciali attualmente esistenti.

La questione non è stata affrontata e risolta nell'unico caso in cui il problema si è posto nei confronti di un giudice speciale già esistente o, meglio, già previsto dalla Costituzione.

Invero, nella decisione n. 49/1968 esaminando la legittimità costituzionale delle sezioni dei T.A.R. per il contenzioso elettorale ex art. 2 legge 23 dicembre 1966, n. 1147, la Corte costituzionale da un lato ha escluso il loro carattere di nuovi giudici speciali in quanto «*parte degli istituendi T.A.R.*» ex art. 125 Cost. e non essendo vietata «*la gradualità nell'intro-*

*duzione di nuovi organi di giustizia amministrativa». Peraltro, la Corte neppure ha riconosciuto alla anzidetta sezione elettorale la natura di sezione specializzata degli istituendi T.A.R. pervenendo ad affermare che si trattava di «un'articolazione di Tribunale amministrativo» e che, in quanto tale «non richiede la presenza di giudici togati così come non sembra che la richieda questo stesso Tribunale».*

In altri termini, nel pensiero della Corte sembrerebbe che, mentre si ammette che il giudice speciale da istituire *ex novo*, come i T.A.R., possa anche essere interamente composto da laici (salvo le garanzie di indipendenza *ex art.* 108 II° comma Cost.), lasciava impregiudicato il problema se, nell'ambito dell'istituendo giudice speciale, fosse costituzionale istituire sezioni specializzate in analogia a quanto previsto dall'art. 102 II° comma per il giudice ordinario.

22. – In ogni caso, quando anche si pervenisse alla conclusione che l'art. 102 II° comma e l'art. 108 I° comma Cost. non implicano di per sé il divieto di istituire sezioni specializzate nell'ambito del giudice speciale già esistente, non sembra possa dubitarsi che tale possibilità sia coperta da riserva di legge statale *ex art.* 102 I° comma e 108 I° comma Cost..

In tal caso il vizio di costituzionalità dei citati commi 4 lettera *b)*, VI e VIII dell'art. 2 del D.Lgs. 654/1948 come sostituito dal d.P.R. 204/1978 si porrebbe negli stessi termini dianzi enunciati.

Quanto poi al rapporto tra il D.Lgs. 654/1948 e la VI° disposizione transitoria della Costituzione, va rammentato che la stessa prevedeva di procedere, entro cinque anni, alla revisione delle giurisdizioni speciali eccettuando espressamente il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e i Tribunali militari. In questa espressa eccezione trova concordanza la formulazione dell'art. 23 dello statuto siciliano che si limitava al mero decentramento. Il D.Lgs. 654/1948 istituendo una sezione specializzata ha invece apportato sicuramente una modificazione all'organo giurisdizionale, ponendosi in contrasto oltre che con lo statuto siciliano anche con il I° comma della VI° disposizione transitoria.

23. – In conclusione sui precedenti punti da 11 a 21 possono essere avanzate nell'ordine e in subordine le seguenti questioni di costituzionalità.

C. – dell'art. 2 IV° comma lettera *b)* nonché, *in parte qua*, dei successivi VI° e VIII° comma del D.Lgs. 654/1948 come sostituito dal d.P.R. 204/1978 in rapporto all'art. 23 I° comma dello statuto siciliano ed in rapporto al I° comma della VI° disposizione transitoria della Costituzione che esclude dalla revisione la giurisdizione del Consiglio di Stato.

C1. – in subordine all'art. 2 IV° comma lettera *b)* nonché, *in parte qua*, dei successivi commi VI° e VIII° del D.Lgs. 654/1948 come sostituiti dal d.P.R. 204/1978 in rapporto allo stesso art. 23 I° comma dello statuto siciliano, nonché in rapporto all'art. 102 II° comma e 108 I° e II° comma della Costituzione, non essendo consentito istituire sezioni specializzate nell'ambito dei giudici speciali.

C2. – in subordine dell'art. 2 IV° comma lettera *b)* nonché, *in parte qua*, dei successivi commi VI° e VIII° del D.Lgs. 654/1948 come sostituiti dal d.P.R. 204/1978 in rapporto all'art. 23 dello statuto siciliano ed all'art. 102 I° comma e 108 I° comma Cost. in quanto l'art. 23 dello statuto non prevede alcuna deroga alla composizione ordinaria delle sezioni del Consiglio di Stato da localizzare in Sicilia, e in rapporto agli articoli 102 I° comma e 108 II° comma Cost. in quanto disciplina materia riservata dalla Costituzione alla legge statale, per cui eventuali deroghe a favore dell'autonomia regionale debbono essere supportate da una espressa previsione di pari rango costituzionale che – come più volte rappresentato – non è rinvenibile nell'art. 23 dello statuto siciliano.

C3. – in subordine dell'art. 2 IV° comma lettera *b)* nonché, *in parte qua*, dei successivi VI° e VIII° comma del D.Lgs. 654/1948 come sostituiti dal d.P.R. 204/1978 in rapporto all'art. 23 I° comma dello statuto siciliano che non prevede né una sezione specializzata del giudice speciale né una composizione collegiale diversa da quella ordinaria e ciò anche in relazione, quale *tertia comparationis*, all'art. 24 I° comma dello statuto siciliano concernente la composizione dell'Alta Corte, nonché all'art. 23 III° comma del medesimo statuto, al coevo D.Lgs. 6 maggio 1948 n. 655 concernente la istituzione di sezioni della Corte dei conti per la Regione siciliana, ed all'art. 90 e 91 II° comma del testo unico delle leggi costituzionali di cui al d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670.

24. – Quest'ultima questione consente di porre sotto un diverso angolo di visuale l'affermazione, contenuta nella decisione delle Sezioni Unite della Cassazione n. 2994/1955, circa la aderenza del D.Lgs. 654/1948 allo spirito dell'art. 23 dello statuto siciliano.

In quella occasione la Cassazione si è preoccupata di chiarire che il C.G.A., per la sua composizione, non è un giudice *capite deminutus* quanto a quantità, qualità e garanzia dei suoi membri.

La Cassazione non si è invece data carico della questione di costituzionalità a monte e cioè se lo Statuto e la Costituzione legittimavano la istituzione (già fortemente criticata dalla dottrina costituzionalistica dell'epoca) di una sezione, sotto molteplici profili, diversa rispetto a una sezione ordinaria del Consiglio di Stato, ma si è limitata ad affermare apoditticamente che «*le variazioni morfologiche del C.G.A. sono in funzione di quella stessa esigenza di decentramento che ha giustificato l'istituzione dell'Ente Regione*».

A questo proposito è opportuno segnalare, anche a chiarimento del precedente richiamo che è stato operato quale *tertium comparationis*, al D.Lgs. 655/1948, che, nella stessa data del 6 maggio 1948, venne adottato anche il D.Lgs. 655/1948 relativo alla istituzione in Sicilia di una sezione giurisdizionale e di controllo della Corte dei conti. Com'è noto, il predetto D.Lgs. 655/1948 non dispone una composizione delle Sezioni diversa da quella ordinaria, ma si è limitato a ribadire (art. 10 I° comma) la previsione statutaria (art. 23 III° comma) della intesa tra Stato e Regione sulla nomina dei magistrati. Va ulteriormente rimarcato che in sede di modifica delle norme di attuazione del predetto D.Lgs. 655/1948, il D.Lgs. 18 giugno 1999, n. 200, adottato questa volta su determinazione della commissione paritetica ex art. 43 dello statuto siciliano, ha introdotto all'art. 1 del D.Lgs. 655/1948 un secondo comma che testualmente dispone che «*la composizione e la competenza delle sezioni sono determinate dalle disposizioni della legge statale*».

Orbene, nell'unico caso in cui l'art. 23 dello statuto siciliano prevedeva, al III° comma, un accenno di specialità, né le prime norme di attuazione (adottate senza la procedura dell'art. 43 dello statuto), né le successive (adottate stavolta con il procedimento speciale) hanno ritenuto possibile e legittimo alterare la composizione ordinaria delle sezioni della Corte dei conti.

Sulla base delle argomentazioni addotte dalle Sezioni Unite della Cassazione nella decisione 2994/1955 in merito alle «*esigenze del decentramento*» non è agevole giustificare come mai, in sede di attuazione della stessa norma statutaria, nei confronti della clausola di una qualche maggiore specialità si sia mantenuta la composizione ordinaria della Corte dei conti mentre di fronte alla clausola dell'art. 23 I° comma, del tutto anodina sotto questo profilo, si sia ritenuto di poter istituire una sezione specializzata del Consiglio di Stato.

Comunque, le vicende del coevo D.Lgs. 655/1948 come pure le successive determinazioni della commissione paritetica del 1999 allorché è stato introdotto il II° comma all'art. 1 del predetto D.Lgs. 655/1948 concernente la Corte dei conti, costituiscono ulteriore riprova del fatto che le norme di attuazione di cui al D.Lgs. 654/1948 sono in palese contrasto con la lettera e lo spirito dello statuto siciliano.

Né potrebbe addursi, a giustificare il differente regime tra i due decreti legislativi del 6 maggio 1948, l'argomento secondo cui non sarebbe ammissibile che nell'organo controllante (Corte dei conti) siano presenti magistrati designati dal soggetto controllato (Regione). Va infatti sottolineato che l'art. 23 dello statuto siciliano e il D.Lgs. 655/1948 prevedono anche la localizzazione in Sicilia della Sezione giurisdizionale per i giudizi di conto, responsabilità e pensionistici e che neppure la composizione di tale sezione è stata modificata.

La stessa prima commissione paritetica del 1946, come già ricordato, nelle prime ed uniche norme da essa «*deliberate*» non aveva modificato la composizione delle magistrature superiori esistenti e certamente non per superficialità o per ignoranza delle norme statutarie. Invero, il Presidente della Commissione, come è noto, e come aveva lui stesso dichiarato nella citata nota 24 maggio 1947, era stato uno dei redattori dello statuto siciliano. Tuttavia, né lui, né nessun altro dei padri fondatori dello statuto (Giovanni Salemi, Mario Mineo, lo stesso Movimento per l'Autonomia della Sicilia) pensarono mai ad organi giurisdizionali superiori a composizione mista paritetica.

Com'è noto lo statuto siciliano è frutto di una commissione nominata con decreto 1 settembre 1945 dall'Alto Commissario per la Sicilia on.le Salvatore Aldisio.

La commissione prese a base dei lavori quattro progetti predisposti rispettivamente dal prof. Giovanni Salemi, dall'on.le Giovanni Guarino Amelia, dal dott. Mario Mineo e dal Movimento per l'Autonomia della Sicilia.

Per quanto concerne gli organi giurisdizionali il progetto del prof. Salemi all'art. 21 1° comma così recitava: *«l'organizzazione giudiziaria è stabilita con legge dello Stato ed è a carico dello Stato».*

Il progetto dell'avv. Guarino Amelia all'art. 30 si limitava a stabilire che: *«Tutti gli organi per la definizione delle controversie nel campo civile, penale, commerciale, amministrativo, tributario e sindacale e in tutti i gradi di giurisdizione, debbono risiedere nella Regione, in modo che tutte le controversie abbiano in Sicilia il loro intero e totale svolgimento».*

Il progetto del dott. Mineo all'art. 37 prevedeva semplicemente che: *«lo Stato istituirà in Sicilia sezioni autonome di ciascuno dei suoi supremi organi giurisdizionali».*

Il progetto del Movimento per l'Autonomia della Sicilia agli artt. 26 e 27 era così formulato: *«Art. 26 - L'ordinamento giudiziario è stabilito con legge dello Stato.*

*La creazione di nuovi uffici giudiziari e le modifiche alle circoscrizioni giudiziarie sono però stabilite con provvedimento del Consiglio Regionale.*

*Art. 27 - L'Amministrazione della giustizia nella Regione è a carico del bilancio dello Stato.*

*Tutti gli Organi per la definizione delle controversie nel campo civile, penale, commerciale, amministrativo, tributario e del lavoro, ed in tutti i gradi di giurisdizione, debbono risiedere nella Regione, in modo che tutte le controversie abbiano in Sicilia il loro intero e totale svolgimento».*

Se poi si esaminano i resoconti stenografici della commissione (riportati in un volume, dedicato ai lavori preparatori dello statuto dal presidente della commissione prof. Giovanni Salemi) e, in particolare quelli delle sedute del 21 dicembre 1945 e del 22 dicembre 1945 si trova documentato che la formula (inserita nell'art. 20) *«l'organizzazione giudiziaria è stabilita con legge dello stato»* venne eliminata su proposta del consigliere Taormina il quale *«basandosi sul principio che la funzione giurisdizionale è riservata allo Stato propone la soppressione dell'art. 20 ...»* ... *«La Consulta respinge l'articolo. Ne dissente solo il cons. Romano Battaglia».*

In relazione poi alla stesura dell'art. 21 (poi divenuto il definitivo art. 23) i lavori così riportano: *«Scartata la proposta del prof. Di Carlo, di votare al riguardo l'art. 27 del progetto del "Movimento per l'autonomia", si approva nei seguenti termini il primo comma dell'art. 21: "Gli organi giurisdizionali aventi oggi la sede soltanto in Roma saranno istituiti anche in Sicilia per gli affari concernenti la Regione".*

*Sul secondo comma dello stesso articolo, intervengono il prof. Majorana e il cons. Cartia; l'uno proponendo di non assegnare al Consiglio di Stato in Sicilia la funzione consultiva, al fine di soddisfare meglio alle esigenze dell'autonomia; l'altro per dare alla Corte dei conti una composizione mista, con rappresentanti, cioè dello Stato e della Regione, essendo comune ai due enti l'interesse al controllo contabile.*

*Si invita il Relatore a presentare la redazione definitiva del detto comma.»* .....

*«Il Relatore presenta un'altra formula, più semplice e comprensiva: «Gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione». Essa viene approvata e diventa il primo comma dell'art. 21.*

*Ritornando al secondo comma dello stesso art. 21, il Relatore propone di metterlo in armonia col primo, dicendo: «Sezioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti» anziché «Il Consiglio di Stato e la Corte dei conti». Al fine di attuare la rappresentanza mista dello Stato e della Regione in seno alla Corte dei conti, suggerisce il seguente nuovo comma: «I magistrati della Corte dei conti sono nominati di accordo dai Governi dello Stato e della Regione.»» (v. all. B pag. 69-70).*

Il progetto definitivo venne poi approvato dalla Consulta siciliana, poi dalla Consulta nazionale. Per quanto qui interessa non vennero apportati emendamenti, e venne infine approvato con R.D.Lgs. 15 maggio 1946, n. 455.

Emerge quindi con chiarezza che mai nessuno in sede di redazione dello statuto pensò ad una organizzazione delle magistrature superiori diversa da quella disciplinata dalla legge statale e che, se vi fu un accenno di specialità, esso riguardò solo il giudice contabile.

Pertanto, la affermazione delle Sezioni unite 2994/1955 dianzi citata secondo cui «*le variazioni morfologiche del C.G.A sono in funzione di quella stessa esigenza di decentramento che ha giustificato l'istituzione dell'Ente Regione*» non solo non trova alcun riscontro, ma anzi è smentita proprio dalle vicende occorse in sede di istituzione dell'Ente Regione.

Anche i lavori preparatori dello statuto confermano quindi testualmente e sul piano storico quanto più volte in precedenza osservato circa il carattere «*contra statutum*» del D.Lgs. 654/1948.

Se poi ci si chiede come mai, nel 1948 in sede di norme di attuazione sia stata così radicalmente stravolta la lettera e lo spirito tanto dello statuto siciliano, quanto della conforme proposta della prima commissione paritetica, può farsi riferimento a coloro che, in dottrina, attribuiscono storicamente il tenore del decreto legislativo 654/1948 ad un accordo personale intercorso tra Ferdinando Rocco e l'on.le Luigi Sturzo, del quale, peraltro, sembra non sia rimasta traccia.

Le questioni di costituzionalità dianzi esposte appaiono rilevanti ai fini del presente giudizio in quanto la legittimità costituzionale della composizione del Collegio rappresenta un presupposto imprescindibile per l'esercizio della funzione giurisdizionale (v. da ultimo Corte Cost. 353/2002).

Quanto alla non manifesta infondatezza il Collegio ritiene che tale requisito sussista sia con riferimento all'assetto costituzionale precedente, sia anche con riferimento all'assetto costituzionale quale risulta dopo la modifica del Titolo V della Costituzione per effetto della legge Cost. n. 3/2001.

25. – Al riguardo va innanzitutto premesso, alla stregua del pacifico insegnamento della Corte costituzionale, inaugurato con la sua stessa prima decisione (n. 1/1956), che le norme ordinarie ancorché nate costituzionalmente legittime possono essere affette da illegittimità costituzionale sopravvenuta per contrasto con nuove norme costituzionali.

Ciò vale anche per lo statuto siciliano, approvato con R.D.Lgs. 15 maggio 1946, n. 455 prima della Costituzione repubblicana, i cui articoli 26 e 27 – come già ricordato sono stati dichiarati incostituzionali malgrado la costituzionalizzazione dello statuto fosse intervenuta successivamente.

Ciò premesso, il nuovo Titolo V della costituzione, ad avviso del Collegio, non solo non fa venir meno le questioni di costituzionalità dianzi prospettate, *sub A – B – C* ma rafforza, se mai, il peso delle argomentazioni di cui sopra quantomeno in relazione a taluni profili elencati *sub C*.

Le questioni di costituzionalità rubricate *sub A* circa il vizio delle norme deleganti i pieni poteri non paiono né scalfite né influenzate dal nuovo Titolo V della Costituzione, come pure le questioni *sub B* che denunciano la mancata osservanza dello speciale procedimento previsto dall'art. 43 dello statuto siciliano.

Similmente, mantiene identica rilevanza e non manifesta infondatezza la questione rubricata *sub C* concernente la violazione del I° comma della VI° disposizione transitoria della Costituzione.

Quanto invece agli altri profili *sub C*, può ritenersi anche per essi la perdurante rilevanza ed anzi la maggiore fondatezza per effetto delle disposizioni del nuovo Titolo V.

Com'è noto, l'articolo 10 della legge Cost. n. 3/2001 dispone che sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni del nuovo Titolo V si applicano anche alle Regioni a statuto speciale per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite.

Peraltro, in precedenza si è denunciata la incostituzionalità di talune disposizioni del D.Lgs. 654/1948 in quanto norme di attuazione statutaria *contra legem*, o comunque, *praeter legem* in quanto in contrasto con la lettera e lo spirito dello statuto siciliano oltretutto con principi e precise disposizioni costituzionali.

Tuttavia tali principi e tali disposizioni sono contenuti nel Titolo IV della Costituzione e non già nel Titolo V le cui modifiche, pertanto, dovrebbero risultare ininfluenti ai fini qui in esame. Tuttavia, per scrupolo di completezza, può esaminarsi un profilo che comunque non incide sulle conclusioni dianzi esposte ma, se mai, le rafforza.



Nella ripartizione di competenze stabilita dal nuovo art. 117 della Costituzione le Regioni (anche quelle a statuto speciale) hanno goduto di un significativo ampliamento della loro sfera di competenza legislativa che, ai sensi del quarto comma dell'attuale art. 117, è divenuta generale in via residuale invertendosi l'originario criterio.

Resta da chiedersi se, a fronte, dell'ampliamento delle competenze legislative non debba contrapporsi, anche per le Regioni a statuto speciale, la riserva di legislazione esclusiva a favore dello Stato così come elencata all'alt. 117 secondo comma (v. ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri avverso la legge della Provincia Autonoma di Bolzano 15 novembre 2002 n. 14 in *G.U.*, prima serie speciale 26 marzo 2003, n. 12).

Al riguardo, la Corte ha pronunciato alcune decisioni in cui si afferma che il nuovo Titolo V non si applica alle Regioni a statuto speciale se non nelle parti che prevedono forme di autonomie più ampie rispetto a quelle già attribuite (v. Corte Cost. ord. 377/2002 decisioni 408/2002, 533/2002, 48/2003, 103/2003). Tuttavia, in un'altra decisione, concernente la Regione Sardegna, e in materia di caccia in cui tale Regione gode di potestà normativa primaria, le argomentazioni della Corte appaiono molto più articolate in quanto si è affermato (con riferimento espresso al nuovo Titolo V) che *«la disciplina statale rivolta alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema può incidere anche sulla materia caccia pur riservata alla potestà legislativa regionale, ove l'intervento statale sia rivolto a garantire standard minimi e uniformi di tutela della fauna trattandosi di limiti unificanti che rispondono ad esigenze riconducibili ad ambiti riservati alla competenza esclusiva dello Stato»* (Corte Cost. 536/2002).

Sembrirebbe quindi che la Corte costituzionale abbia riconosciuto che nel nuovo assetto delle competenze legislative, delineato dal nuovo Titolo V, le materie riservate in via esclusiva allo Stato si impongono anche alle competenze legislative primarie delle Regioni a statuto speciale, nel senso cioè di poter fissare a quelle autonomie regionali nuovi limiti prima inesistenti.

Se tale orientamento dovesse consolidarsi sarebbe agevole argomentare dalla riserva di legge statale di cui all'art. 117 II° comma lettera 1) nel senso che i vizi di costituzionalità in precedenza denunciati *sub C 1, C 2, C 3* non solo non sono stati superati, ma si dovrebbero ritenere ulteriormente confermati. Al limite, qualora i dubbi di costituzionalità dianzi esposti potessero essere superati con riferimento al precedente assetto costituzionale, gli stessi dovrebbero essere inevitabilmente riconosciuti con riferimento al nuovo.

Invero, la lettera 1) dell'art. 117 II° comma della Costituzione pone sullo stesso piano e nella stessa riserva esclusiva di legge statale, la giurisdizione e le norme processuali, l'ordinamento civile e penale, ed infine anche la giustizia amministrativa.

Pertanto, il combinato disposto degli articoli 102 I° comma, 108 I° comma e 117 II° comma lettera 1) dovrebbero ormai dimostrare in modo inconfutabile che le norme di attuazione di cui al D.Lgs. 654/1948 restano incostituzionali anche alla luce della riforma del Titolo V e, quando anche si volesse ritenere che non fossero affette *ab origine* da vizi di costituzionalità con riferimento al precedente assetto costituzionale, sarebbero affette da incostituzionalità sopravvenuta alla luce della chiara disposizione dell'art. 117 II° comma lettera 1). Invero, essendo la materia della giurisdizione riservata costituzionalmente in via esclusiva allo Stato, richiederebbe anche essa, a maggior ragione, una deroga di pari livello costituzionale per essere disciplinata in sede di attuazione delle autonomie regionali.

26. – Pertanto in relazione alle questioni elencate *sub C 1, C 2, C 3*, può essere posta anche la seguente:

*C 4.* – in subordine qualora si potesse ritenere la costituzionalità dell'art. 2 IV° comma del D.Lgs. 654/1948 in relazione alle questioni sollevate ai precedenti punti *sub C 1, C 2, C 3*, si ripropongono le stesse questioni in rapporto anche al disposto dell'art. 117 II° comma lettera 1) della Costituzione.

Potrebbe invece consolidarsi una diversa esegesi dell'art. 10 della legge Cost. 3/2001, nel senso cioè che le materie riservate in via esclusiva allo Stato dal nuovo art. 117, II° comma non possono costituire un limite ai più ampi poteri che, nelle stesse materie, sono previsti negli statuti speciali, ma, anche in questo caso, permarrrebbe la rilevanza dei dubbi di costituzionalità dianzi enunciati e la loro non manifesta infondatezza.

Invero, come si è in precedenza dimostrato, anche nel precedente assetto costituzionale, la materia della giurisdizione era di esclusiva competenza statale, e tale permane anche nel vigore del nuovo Titolo V che non ha modificato gli articoli 102 I° comma e 108 I° comma.

In proposito la Corte costituzionale ha affermato che il potere di disciplinare l'esercizio della giurisdizione «*alla Regione Sardegna come alle altre Regioni a statuto speciale od ordinario non spetta, restando invece riservato alla competenza del legislatore statale (cfr. sentenza 115 del 1972; e v. oggi l'art. 117, II° comma lettera 1) della Costituzione come sostituito dalla legge costituzionale n. 3 del 2001*» (Corte Cost. 29/2003).

In conclusione, quindi, anche le questioni di cui ai precedenti punti *sub C* appaiono rilevanti al pari di quelle sollevate nei precedenti punti *sub A* e *B*, in quanto, così come la istituzione dell'organo, anche la legittimità costituzionale della composizione del collegio costituisce, di per sé, un presupposto per l'adozione di qualsivoglia decisione (v. da ultimo Corte Cost. n. 353/2002).

Peraltro, di fronte alla tassatività della normativa in esame neppure è possibile adottare, in *subiecta materia*, una esegesi costituzionale corretta né sussiste un diritto giurisprudenziale vivente che la supporti (v. da ultimo Corte Cost. ord. 30 gennaio 2003, n. 19).

27. – Qualora le precedenti eccezioni *sub A*, *B* e *C* venissero ritenute infondate, ovvero, qualora si ritenesse fondata solo taluna delle questioni *sub C*, ma che ciò non comporti, ex art. 27 legge 87/1953, anche la incostituzionalità derivata dall'art. 2 del D.Lgs. 654/1948 come sostituito dal d.P.R. 204/1978, in tal caso si prospetta, in subordine, un altro profilo di possibile incostituzionalità della normativa di attuazione di cui all'art. 2 IV° comma lettera *b*), VI° comma, VIII° comma *in parte qua* come sostituiti dal d.P.R. 204/1978 nonché dell'art. 7 del D.Lgs. 654/1948 in rapporto all'art. 23 dello statuto siciliano ed all'art. 3, 24, 100 III° comma, 101 II° comma, 108 II° comma e 111 II° comma della Costituzione e ciò in quanto non sono assicurate per i membri laici del C.G.A., le necessarie garanzie di indipendenza e imparzialità.

Non può opporsi a questo proposito la temporaneità dell'incarico, fissato in sei anni dall'art. 3 II° comma del D.Lgs. 654/48 come modificato dal d.P.R. 204/1978.

Se effettivamente esistono esigenze di imparzialità e di indipendenza della funzione, il carattere definitivo o temporaneo dell'incarico non può incidere sul corretto esercizio della funzione stessa (v. ad es. art. 7 I° comma legge 11 marzo 1953, n. 87 ed art. 135 VI° comma della Costituzione).

D'altra parte, l'imparzialità e l'indipendenza sono requisiti necessari di ogni processo e di ogni giurisdizione, sia essa ordinaria che speciale (Corte Cost. 326/1997, 51/1998, 121/1970, 103/1964). Pertanto, essendo attributi connaturali della funzione in quanto tale, appare ininfluyente la temporaneità o meno dell'incarico conferito al soggetto che esercita la funzione stessa. In questo senso la Corte costituzionale ha affermato che i requisiti essenziali dell'indipendenza debbono essere assicurati ai giudici speciali «*almeno per tutto il periodo nel quale tali giudici esercitano le loro funzioni*» (Corte Cost. 103/1964, 60/1969).

Ciò premesso, occorre preliminarmente esaminare i caratteri essenziali della indipendenza e della imparzialità al fine di accertare se le disposizioni in esame (art. 2 commi IV, VI, VIII ed art. 7 D.Lgs. 654/48 ne assicurino o meno la sussistenza).

In proposito, è noto che diversi sono i concetti di indipendenza e di imparzialità come pure i parametri costituzionali di riferimento (art. 101 II° comma e 108 II° comma per l'indipendenza ed ora, *ex professo*, art. 111 II° comma per l'imparzialità).

28. – Circa la indipendenza, intesa come indipendenza esterna, e cioè rispetto agli altri poteri dello Stato, la giurisprudenza costituzionale non ha ritenuto che nei confronti del giudice speciale potessero applicarsi gli stessi parametri costituzionali di cui agli art. 102, 104, 105, 106, 107 fissati per il giudice ordinario.

L'art. 108 II° comma rimetterebbe infatti alla discrezionalità del legislatore la individuazione dei modi per assicurare l'indipendenza dei giudici speciali. Secondo la giurisprudenza della Corte tale requisito sarebbe difficilmente configurabile in termini precisi, potrebbe diversificarsi a seconda dei periodi storici e delle strutture statali, e dovrebbe adeguarsi alla varietà dei tipi di giurisdizione (Corte Cost. 108/1962).

E così, in questa ottica, è stata giustificata la deroga alla regola del concorso, ritenendo costituzionalmente legittima la nomina basata sulla scelta discrezionale da parte di quello stesso potere che il soggetto scelto dovrà poi giudicare (Corte Cost. n. 1/1967) e sono state così giustificate anche le cosiddette «*informate*» (Corte Cost. n. 177/1973).

Comunque, è stato ritenuto che anche il sistema della nomina scelta non si pone in contrasto con la Costituzione, a condizione che dopo la nomina sia rescisso ogni legame con l'autorità nominante (Corte Cost. 107/1994, 18/1989, 49/1989, 281/1989, 196/1982).

La Corte infatti ha affermato che l'indipendenza dei giudici speciali va ravvisata piuttosto che nelle modalità di nomina, nelle modalità con cui si svolge la funzione (Corte Cost. 1/1967, 196/1982 e 266/1988).

Essi, pertanto, debbono godere di adeguate garanzie di inamovibilità e non possono quindi essere discrezionalmente revocati, e al potere discrezionale di revoca è equiparato, a questi fini, il potere di conferma nell'incarico, potere ritenuto quindi anch'esso costituzionalmente illegittimo (Corte Cost. 49/1968, 25/1976, 281/1989).

Pertanto, dopo avere affermato che la garanzia di indipendenza è costituita dalla inamovibilità (Corte Cost. 1/1967 e 177/1973 *cit.* 103/1964, 55/1966), si è rilevato che tale garanzia sussiste allorché siano tassativamente indicati i casi di revoca, di decadenza o cessazione dalla carica, in modo da escludere qualsiasi valutazione discrezionale sul punto (Corte Cost. 103/1964, 196/1982, 121/1970, 107/1994).

Nella decisione 196/1982 l'incostituzionalità delle commissioni tributarie, è stata negata, sotto questo profilo, nel presupposto della esistenza di cause di «*decadenza nei casi espressamente previsti dalla legge*», mentre, nella decisione 121/1970, la incostituzionalità della giurisdizione penale del comandante del porto è stata accertata anche perché «*nelle norme che lo riguardano non esiste alcuna disposizione relativa all'istituto della inamovibilità*».

Al riguardo, va osservato che nel D.Lgs. 654/1948 non è contenuto alcun accenno ad eventuali poteri di revoca dell'incarico ovvero a cause di decadenza o cessazione dall'incarico del membro laico di questo Consiglio e ciò a differenza di quanto previsto non solo per i magistrati ordinari, soggetti al potere disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura (v. artt. 18 e 19 R.D.Lgs. 31 maggio 1946, n. 511), ma anche per i magistrati onorari presso il giudice ordinario (v. art. 9 legge 21 novembre 1991, n. 374, art. 7 legge 22 luglio 1997, n. 276). Ai giudici tributari si applica, poi, il regime di cui agli articoli 8 e 12 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 545. Ai magistrati laici del Consiglio di Stato e della Corte dei conti (e cioè di nomina governativa) si applica il regime delle incompatibilità, disciplina e decadenze stabilito in generale per tutti i magistrati della Corte o del Consiglio (v. Corte Cost. 177/1973, 1/1967 *cit.* ed art. 5 testo unico 1034/1924 ed ora artt. 28 e 32 della legge 27 aprile 1982 n. 186 ed art. 8 testo unico 1214/1934 e artt. 53 segg. e 76 segg. R.D. 1364/1933).

Similmente, anche ai laici nominati in Cassazione ed ai laici designati nel T.R.G.A. dai Consiglieri provinciali di Trento e Bolzano si applicano in tema di decadenza, le stesse norme stabilite per i togati (art. 3 II° comma legge 188, art. 1 III° comma e 5 III° comma d.P.R. 426/1984). Perfino per i giudici costituzionali sono previste cause di decadenza e il procedimento secondo cui applicarle (v. art. 3 legge cost. 1/1948, art. 8 legge Cost. 1/53 artt. 14, 15, 16 Regolamento generale 20 gennaio 1966).

Nei confronti dei giudici laici del C.G.A. non è invece prevista – ripetesi – alcuna causa di decadenza, revoca o cessazione dall'incarico e la riprova è data dalla mancata previsione, oltre che delle ipotesi anzidette, anche del procedimento in contraddittorio che, come insegna la giurisprudenza costituzionale, dovrebbe essere sempre previsto per la loro applicazione (Corte Cost. 297/1993 e 107/1994).

D'altra parte, il carattere eccezionale stesso delle norme sulla decadenza, cessazione e revoca non consente di colmare la lacuna in via interpretativa con l'applicazione estensiva od analogica delle disposizioni (artt. 32, 33, 34 legge 186/1982) dettate per tutti i magistrati del Consiglio di Stato (di nomina governativa e non).

Non va infatti dimenticato che, una volta nominato, il consigliere di Stato di nomina governativa entra nei ruoli di magistratura *pleno jure* alla pari del magistrato proveniente da concorso o dai T.A.R. ed è quindi naturale che sia identico tanto lo stato giuridico quanto il trattamento economico (v. nello stesso senso anche gli artt. 1 e 5 del d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426 che rinviano, per i magistrati laici del T.R.G.A. allo *status* di quelli ordinari).

Per i giudici laici del C.G.A questa equiparazione non è prevista né sotto il profilo dello *status* (possono continuare ad esercitare la professione di avvocato e/o l'insegnamento universitario, non entrano nel ruolo ordinario, né in un ruolo a parte) né sotto il profilo economico (il loro compenso *ex art.* 1 D.Lgs.P.R.S. 31 marzo 1952 n. 8 è dimidiato).

Talune di queste differenze sono ascrivibili alla temporaneità dell'incarico (es. mancato ingresso in ruolo) e giustificabili, almeno *prima facie*, con tale circostanza. Non lo sono invece la mancata previsione delle ipotesi di revoca, decadenza, cessazione dall'incarico, regime disciplinare e relativi procedimenti.

Neppure potrebbe sostenersi che ai magistrati laici del C.G.A. si applichino *tout court* le stesse norme in materia di decadenza, cessazione dal servizio e poteri di disciplina stabilite per i magistrati delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e ciò in forza del rinvio contenuto nell'art. 7 del D.Lgs. 654/1948 secondo cui, per il funzionamento del C.G.A. in sede consultiva e in sede giurisdizionale si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti per il Consiglio di Stato.

Il predetto articolo 7 non appare idoneo, di per sé, a supportare tale conclusione, in quanto sembrerebbe piuttosto inteso a richiamare le norme organizzative delle segreterie delle sezioni e, al più, le norme di procedura avanti il Consiglio di Stato.

Inoltre, il carattere eccezionale delle ipotesi di revoca, decadenza e cessazione dal servizio inducono a concludere nel senso della inapplicabilità, a questi fini, dell'art. 5 del testo unico 1054/1924, dell'art. 28 della legge 186/1982 e del procedimento di cui agli articoli 32 e seguenti della stessa legge 186/1982.

D'altra parte l'articolo 7 opera un rinvio condizionato alle norme dettate per il Consiglio di Stato «*in quanto applicabili*».

Pertanto, quanto anche si ritenesse che il rinvio dell'art. 7 del D.Lgs. 654/1948 si potesse estendere fino all'art. 5 del testo unico 1054/1924, ed agli articoli 28, 32 e seguenti della legge 186/1982, sarebbe dubbio che ai laici del C.G.A. possano automaticamente applicarsi le sanzioni e i procedimenti ivi previsti.

Per quanto concerne le sanzioni, alcune (censura, perdita della anzianità) sembrano ininfluenti nei confronti di soggetti che non entrano nella carriera della magistratura.

Per quanto invece concerne i procedimenti, si osserva che nel procedimento di cui all'ultimo comma del citato art. 5 del testo unico 1054/1924 non si prevede (né si poteva all'epoca prevederlo) alcun intervento dell'autorità (Giunta Regionale siciliana) che ha designato il membro laico, ma ciò neppure è previsto negli articoli 32 e seguenti della legge 186/1982, legge peraltro posteriore al D.Lgs. 654/1948.

A questi fini si potrebbe invece ritenere che la autonomia regionale, così come si esplica nel procedimento di designazione dei laici del C.G.A., dovrebbe ugualmente in qualche modo intervenire nel procedimento di revoca e decadenza degli stessi o nell'eventuale procedimento di irrogazione di sanzioni disciplinari estreme quali la rimozione o la destituzione.

In questo senso, dispone ad esempio, l'art. 5 III° comma del d.P.R. 6 aprile 1984 n. 426 il quale prevede «*i provvedimenti di rimozione, sospensione o collocamento a riposo anticipato sono adottati, limitatamente ai magistrati di nomina del Consiglio provinciale di Balzano, previa intesa con il Consiglio provinciale stesso*».

Ebbene, le forme, le modalità, i tempi di un eventuale analogo intervento regionale non potrebbero neppure essere ipotizzati nel silenzio più assoluto sia del testo unico 1054/1924 e del D.Lgs. 654/1948, sia delle norme di cui alla successiva legge 186/1982.

Se quanto finora esposto è esatto, se ne deve concludere che il membro laico del C.G.A., attualmente, e per la durata dell'incarico, gode di uno *status* di inamovibilità assoluta per cui può svolgere (o non svolgere) come crede il suo incarico senza tema di procedimento disciplinare, di revoca o decadenza, ovvero di essere giudicato inidoneo (per qualsiasi motivo) a continuare nell'esercizio della sua funzione.

Tale conclusione, peraltro, si pone in contrasto con i parametri costituzionali dell'art. 3, perché differenze irragionevolmente il regime dei laici rispetto al regime dei togati, malgrado ambedue esercitino in collegio la stessa funzione. Inoltre, l'esercizio del potere giudicante può risulterne non più equilibrato, risolvendosi in una sostanziale disuguaglianza di tutela delle parti rispetto all'esercizio della funzione, con violazione, sotto altro profilo, dello stesso art. 3 nonché dell'art. 24 della Costituzione.

L'anzidetta conclusione è inoltre in contrasto con la riserva assoluta di legge che deve fornire la necessaria disciplina dello *status* di indipendenza di tutti i magistrati del Consiglio di Stato *ex* art. 100 III° comma Cost., e con le garanzie che debbono assistere (e di converso anche regolare) lo stato giuridico anche dei giudici speciali (art. 108 II° comma Cost.) e, più in generale, di tutti i giudici, (art. 101 II° comma Cost.) sottraendoli «*nel loro giudizio*

*ad ogni volontà esterna che non sia quella obiettiva della legge»* (v. Corte Cost. 55/1966, 60/1969, 18/1989). Alle stesse conclusioni si dovrebbe pervenire ove si ritenesse l'esistenza in capo al Governo o alla Regione di un potere discrezionale di revoca o di decadenza, perché in tal caso difetterebbe in radice il requisito dell'indipendenza.

Può pertanto sollevarsi la seguente questione di costituzionalità:

D. – dell'art. 2 IV° comma lettera b), e, derivatamente anche del successivo V° comma, dell'alt. 3 II° e III° comma del D.Lgs. 654/1948 come sostituiti dal d.P.R. 204/1978, nonché dell'art. 7 del D.Lgs. 654/1948 in rapporto agli articoli 3, 24, 100 III° comma, 101 II° comma, 108 II° comma Cost. in quanto, non prevedendo né cause di revoca, decadenza e cessazione dall'incarico, né sanzioni disciplinari nei confronti dei giudici laici del C.G.A., né il procedimento contenzioso attraverso cui applicarle, differenzia irragionevolmente il regime dei laici rispetto ai togati (art. 3), pone le parti in posizione di disuguaglianza rispetto all'esercizio della funzione (artt. 3 e 24), viola il principio della riserva di legge che deve assicurare l'indipendenza di tutti i giudici (artt. 100, 101, 108) e ciò anche in relazione quale *tertia comparationis* all'art. 9 della legge 374/1991, all'art. 7 della legge 276/1997, all'art. 12 del d.P.R. 645/1992, agli artt. 53, 54, 62 e 76 del R.D. 1364/1933, agli artt. 28 e 32 della legge 186/1982, all'art. 3 II° comma della legge 303/1998, agli artt. 1 III° comma e 5 III comma del d.P.R. 426/1984, agli artt. 3 legge Cost. 1/1948, 8 legge Cost. 1/1953, 7 legge Cost. 1/1953, 14, 15, 16 Reg. 20 gennaio 1966.

29. – Ciò premesso per quanto concerne l'indipendenza va ora affrontato il tema relativo alla imparzialità.

Va a questo punto precisato che la questione di costituzionalità di cui appresso concerne, sotto altro profilo, il citato art. 2 IV° comma ed il successivo V° comma del D.Lgs. 654/1948 come sostituito dal d.P.R. 204/1978.

Tale questione si pone in subordine rispetto alla precedente e cioè qualora la precedente *sub D* dovesse essere respinta, ovvero qualora si ritenesse che il suo accoglimento non comporti, derivatamente, anche la incostituzionalità del successivo V° comma.

È noto che il requisito della imparzialità si differenzia rispetto alla indipendenza perché quest'ultimo attiene ai rapporti con gli altri poteri dello Stato (ovvero con gli altri organi dello stesso potere) mentre il primo vuole sottolineare la posizione di «*indipendenza del giudice dagli interessi presenti in giudizio*» «*di assoluta estraneità ed indifferenza e perciò di neutralità rispetto agli interessi in causa*» (v. Corte Cost. n. 93/65) «*il cui primo fondamento risiede nell'art. 3 della Costituzione*» (Corte Cost. 17/1965).

A questo proposito occorre chiarire il tipo di imparzialità della cui sussistenza si dubita.

Premesso in generale che l'indipendenza tocca l'attribuzione della funzione, mentre l'imparzialità attiene all'esercizio concreto della funzione stessa, è frequente la affermazione che l'imparzialità del giudice viene assicurata con i rimedi della astensione e ricusazione (Corte Cost. 53/1970, 108/1962, 103/1964).

Peraltro, la stessa giurisprudenza costituzionale ha distinto la astensione e la ricusazione come rimedio alla imparzialità nel caso singolo, dalla imparzialità per così dire istituzionale che è stata ricondotta anche essa al concetto di indipendenza di cui all'art. 108 II° comma Cost. per quanto concerne i giudici speciali.

Emblematica è la vicenda della giurisdizione dei comunali in cui, da una posizione originaria della Corte che negava la dedotta censura di imparzialità, nel presupposto della sufficienza del rimedio della astensione e ricusazione (Corte Cost. 92/1962), si è passati a considerare che, al di là del caso singolo, possono darsi vicende in cui il giudice sia interessato alla materia su cui è chiamato a decidere (Corte Cost. 93/1965 *cit.*). In questo caso, gli istituti della astensione e ricusazione non giovano e l'imparzialità rifluisce nella indipendenza.

Nella successiva giurisprudenza costituzionale si è ribadito che il principio della «*imparzialità – terzietà della giurisdizione ... ha pieno valore costituzionale*» e che «*non assume la stessa valenza attribuitagli con riguardo agli istituti della astensione e della ricusazione regolati da norme aventi una diversa ratio*» (v. Corte Cost. 51/1998, 284/1986).

Ormai è anche chiaro che l'imparzialità trova attualmente espresso riferimento costituzionale negli articoli 24 e 111 della Costituzione e che «*la ricusazione è di per sé istituito volto a porre rimedio a situazioni eccezionali e non fisiologiche né di quotidiana verifica che riguardano di volta in volta, in concreto, singoli procedimenti e le rispettive parti*» (Corte Cost. 78/2002).

Ciò premesso, deve concludersi nel senso che allorché il profilo della imparzialità trascende il caso singolo e diventa una questione necessaria e costante per tutta la attività giurisdizionale che il giudice è chiamato a svolgere, in questo caso l'istituto della astensione e della ricasazione non è sufficiente e l'ordinamento ricorre all'istituto della incompatibilità.

Con questo, com'è noto, vengono individuate le cause che, al di là dei casi singoli, impediscono la legittimazione ad esercitare determinate funzioni.

Per quanto concerne la funzione giurisdizionale in via generale si è ritenuto incompatibile con l'esercizio delle funzioni di giudice il contemporaneo esercizio della professione di avvocato. È infatti troppo immanente il rischio o, anche soltanto il sospetto, che, al di là del caso singolo, il giudice sia tentato di far prevalere nel collegio giudicante determinate tesi giuridiche alle quali è interessato come professionista legale. D'altra parte, nell'attuale momento storico, il rapporto di trasparenza che deve esistere tra la Amministrazione della giustizia ed i cittadini impone che venga assicurata la fiducia delle parti nella imparzialità del giudice e che venga tutelata la sua stessa credibilità come giudice imparziale.

Per i magistrati ordinari l'incompatibilità con qualsiasi professione è sancita dall'art. 16 1° comma del R.D. n. 12/1941. Per i giudici contabili dall'art. 76 del R.D. 12 ottobre 1933, n. 1364. Per i giudici amministrativi dall'art. 28 della legge 27 aprile 1982, n. 186 che rinvia alle stesse incompatibilità previste per i magistrati ordinari.

Va anche sottolineato che il sospetto di possibile inquinamento tra funzione di giudice e professione di avvocato è così avvertito dal legislatore da stabilire anche una incompatibilità di sede in relazione alla professione di avvocato esercitata da parenti o affini del magistrato (v. art. 18 R.D. 12/1941 come modificato dall'art. 7 del D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51).

Anche nei casi eccezionali dei giudici onorari presso la magistratura ordinaria si è avvertita la necessità di fissare almeno qualche incompatibilità per materia e per sede con riferimento alle professioni legali (v. art. 8 comma 1 lettera e *bis* e comma 1 *bis* e 1 *ter* della legge 21 novembre 1991, n. 374 come aggiunti dalla legge 24 novembre 1999, n. 468; v. anche gli artt. 42 *ter* e 71 del R.D. 12/1941, nonché l'art. 42 *quater* del medesimo R.D. 12/1941, l'art. 5 1° e II° comma, l'art. 6 1° e II° comma, nonché il seguente comma 2 *bis* e 2 *ter* ed all'art. 9 1° comma della legge 22 luglio 1997 n. 276 nel testo originario e nelle successive modifiche ed integrazioni di cui al decreto legge 21 settembre 1998, n. 328 e alla relativa legge di conversione 19 novembre 1998, n. 399).

Pertanto, anche in una legislazione chiaramente di emergenza (v. l'epigrafe del decreto legge 328/1998 che giustifica l'abbassamento, sotto questo profilo, dei requisiti per la nomina a G.O.A. con la scarsità delle domande presentate) non si è potuto prescindere dall'assicurare, nei limiti del possibile, la separazione tra attività di giudice e quella di avvocato. Nello stesso senso è emblematica la vicenda dei giudici tributari laici la cui assoluta incompatibilità originaria con la professione di avvocato è stata progressivamente attenuata (v. art. 8 1° comma lett. *i*) del D.Lgs. 31 dicembre 1992 n. 545, poi sostituita dall'art. 31 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 e, successivamente, dall'art. 84 della legge 21 novembre 2000, n. 342).

Peraltro non possono qui venire in considerazione le medesime esigenze straordinarie dianzi ricordate in relazione alla nomina dei G.O.A. e dei giudici tributari. Tali esigenze, come da più parti sottolineato in Parlamento e fuori, erano e sono riconducibili alla impossibilità per lo Stato di reclutare rapidamente, ma soprattutto di sostenere l'onere finanziario connesso ad un regime di tempo pieno per un numero così rilevante di giudici.

Ciò premesso va evidenziato che, alla stregua dell'art. 2 quinto comma del D.Lgs. 654/1948, ai magistrati laici di questo Consiglio «è interdetto, per la durata della carica, l'esercizio della professione innanzi alle giurisdizioni amministrative».

Tale norma va posta in relazione al precedente quarto comma che, alla lettera *b*), prevede che in sede giurisdizionale siano membri di questo C.G.A. «quattro giuristi scelti tra professori di diritto delle università o tra avvocati abilitati al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori». Il Collegio giudicante, poi, ai sensi del successivo quarto comma è composto dal Presidente, da due togati e da due laici.

La questione è perciò rilevante sia ai fini del presente giudizio e comunque lo è in via generale in relazione a qualsiasi possibile composizione del Collegio attuale e futura.

In proposito va evidenziato in punto di fatto che attualmente tutti i quattro membri laici di nomina regionale di questo Consiglio risultano iscritti all'ordine degli avvocati di Messina, Caltanissetta e Palermo ed esercitano la professione. (v. All. C 1, C 2, C 3, C 4).

Sempre in punto di fatto, va inoltre sottolineato che per due di essi il mandato è temporaneamente scaduto il 16 maggio 2002 ed è in corso la procedura di sostituzione, mentre per i restanti due la scadenza si verificherà rispettivamente il 27 ottobre 2004 e il 20 marzo 2008. (v. All. D, D 1, D 2, D 3, D 4, D 5, D 6).

Pertanto, quando anche i due laici scaduti fossero sostituiti con altri due non esercenti la professione di avvocato al momento della nomina la questione rimarrebbe comunque rilevante.

Al riguardo va innanzitutto osservato che l'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale della norma che consente l'esercizio della professione, quando anche colpisse soltanto due dei quattro membri laici del Collegio, renderebbe comunque illegittima la composizione del Collegio stesso per mancanza di supplenti, poiché in tal caso non potrebbero trovare attuazione le norme in materia di astensione e ricusazione e ciò in quanto l'eventuale designazione di supplenti volta per volta, per le singole controversie, contrasterebbe con i principi di cui agli artt. 108 e 25 Cost. in tema di imparzialità e di precostituzione del giudice (Corte Cost. 108/1962, 103/1964, 272/1998, 419/1998, 305/2002, 393/2002).

In secondo luogo il Collegio osserva che la questione resterebbe comunque rilevante, a regime e sul piano generale, poiché nulla potrebbe impedire al laico regionale, ancorché non esercente all'atto della nomina, di iniziare successivamente la professione, ovvero di riprenderla.

In particolare, poi, per quanto concerne il presente giudizio, in Collegio sono presenti un membro laico già scaduto il 16 maggio 2002 ed un altro che verrà a scadere il 20 marzo 2008 entrambi iscritti all'Albo rispettivamente di Palermo e Messina ed entrambi esercenti la professione (v. All. C 1, C 3).

Il problema che si pone a livello costituzionale consiste nel valutare se il giudice professionista legale sia compatibile con i principi costituzionali dell'art. 108 secondo comma e 111 secondo comma.

La questione assume anche maggiore delicatezza se si considera che la disposizione del citato quinto comma inibisce, in materia amministrativa, soltanto l'esercizio della professione in sede contenziosa, ma lascia impregiudicato l'esercizio della professione (sempre in materia amministrativa) svolto in sede consultiva.

In tali ipotesi, a parte gli ovvii doveri di astensione allorché si trattino, in udienza o in camera di consiglio, questioni su cui il membro laico abbia espresso il proprio parere, resta l'interrogativo se possa essere fornita consulenza amministrativa al soggetto (pubblico o privato) sul cui comportamento, sempre in materia amministrativa, ancorché su altre fattispecie, si è poi chiamati a decidere.

Nella stessa ottica, peraltro, si pone la consentita attività di patrocinio delle parti (pubbliche o private), in materie e avanti a giurisdizioni diverse da quella amministrativa, dal momento che permane la possibilità di giudicare il comportamento di quelle stesse parti nel giudizio amministrativo e cioè le stesse parti che il membro laico professionista legale può aver difeso avanti ad altre giurisdizioni.

Occorre poi sottolineare che la vicenda in esame è diversa rispetto ad altre fattispecie più volte esaminate dalla Corte costituzionale con riferimento agli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia perché in possesso di particolari competenze tecniche *ex art. 102* secondo comma e *108* secondo comma della Costituzione (v. da ultimo Corte Cost. n. 83/1998), ovvero alle ipotesi dei componenti delle speciali giurisdizioni domestiche (v. da ultimo Corte Cost. 284/1986).

La possibilità per i primi di continuare ad esercitare la professione o il lavoro dipende, a seconda dei casi, o dalla saltuarietà dell'esercizio della funzione giurisdizionale (v. art. 36 legge 10 aprile 1951 n. 281 sui giudici popolari in Corte di Assise), ovvero dalla *ratio* stessa dell'inserimento nella organizzazione giudiziaria (v. art. 2, R.D.L. 20 luglio 1934 n. 1404 e successive modifiche circa gli esperti nel Tribunale per i minorenni).

Se infatti la *ratio* dell'inserimento è offerta dalla esperienza in una certa professione, è del tutto naturale che tale professione possa essere esercitata anche contemporaneamente alla funzione giurisdizionale (v. Corte Cost. dec. 76/1961, 108/1962, 49/1989, ord. 424/1995).

Nello stesso ordine di idee può ammettersi l'esercizio della professione per il giudice laico presente nei collegi giurisdizionali degli ordini professionali.

Anche in questo caso, sia che si tratti di giurisdizione domestica (come i collegi composti da soli appartenenti all'ordine), sia che si tratti di giurisdizione speciale (con collegi a composizione mista di laici e togati) o di sezioni specializzate (Corte Cost. ord. 424/1989), è evidente che per il laico l'esercizio della professione costituisce il presupposto della sua presenza in collegio (v. Corte Cost. n. 284/1986, 49/1989).

Nella specie invece non ricorre nessuna delle ragioni che giustificano il mantenimento della professione per il giudice laico di questo Consiglio.

L'esercizio della professione di avvocato abilitato innanzi alle magistrature superiori può valere ai fini della valutazione della idoneità a ricoprire la funzione (v. art. 106 terzo comma Cost., Corte Cost. 177/1973, 83/1998, 353/2002), ma non vale a giustificare il contemporaneo esercizio di una professione, nella quale il giudice laico deriva i suoi mezzi di sussistenza, o il suo più o meno elevato tenore di vita, dagli stessi soggetti (pubblici e privati) che poi deve giudicare.

Nella specie la disposizione di cui al quinto comma dell'art. 2 del D.Lgs. 654/1948 non è riconducibile a nessuna situazione di emergenza del tipo di quelle indicate in precedenza e concernenti i G.O.A. e i giudici tributari e, quindi, il contemporaneo esercizio della professione di avvocato da parte del magistrato laico del C.G.A. non risulta giustificabile né sotto questo, né sotto altri profili. In particolare, non potrebbe giustificarsi, come talvolta si è adombrato, né con la temporaneità dell'incarico e neppure con la dimidiazione del trattamento economico ex art. 1 del Decreto Legislativo del Presidente della Regione siciliana 31 marzo 1952 n. 8, poi ratificato dall'art. 1 della legge regionale siciliana 13 marzo 1953 n. 9.

Invero, di fronte alle esigenze di imparzialità che debbono essere assicurate per tutti giudizi (Corte Cost. 78/2002) e per tutti i giudici anche temporanei (Corte Cost. 25/1976), la temporaneità dell'incarico potrebbe giustificare semmai, la temporanea inibizione dell'esercizio della professione (v. art. 7 legge 87/1953 ed art. 135 II, III e IV comma della Costituzione nonché art. 1 terzo comma d.P.R. 6 aprile 1984, n. 326 come modificato dal d.P.R. 17 dicembre 1987, n. 554 per il T.R.G.A.).

Similmente, l'indipendenza economica può essere assicurata con la corresponsione dello stesso trattamento economico stabilito per i giudici togati, come prevede, per i laici del T.R.G.A., la norma di attuazione da ultimo citata (per i giudici costituzionali v. art. 6 legge Cost. 1/1957). In questa ottica, l'art. 1 del D.Lgs. P.R.S. n. 8/1952, ratificato con legge regionale n. 9 del 1953, può essere denunciato di incostituzionalità in concorso con il V° comma dell'art. 2 del D.Lgs. 654/1948 in relazione agli articoli 3, 24, 101 primo comma e 108 secondo comma della Costituzione, perché a parità di funzioni fissa un compenso inferiore rispetto ai togati (art. 3) perché non assicura l'indipendenza del giudice laico al pari di quello togato (101 secondo comma e 108 secondo comma) ed infine perché incide negativamente in tal modo sul diritto di difesa discriminando la posizione delle parti (artt. 3 e 24).

In questo senso – e cioè per la totale incompatibilità dispongono infatti le norme che possono essere assunte quale *tertia comparationis* in relazione alle fattispecie attualmente esistenti della assunzione da parte di estranei alla magistratura dell'incarico di giudice presso le giurisdizioni superiori o speciali.

Infatti, la già citata legge 5 agosto 1998 n. 303, emanata in attuazione dell'art. 106 terzo comma della Costituzione, nel disciplinare la nomina di professori ed avvocati all'ufficio di Consigliere di Cassazione dispone, all'art. 2 primo comma lett. e) che gli avvocati debbono avere cessato, ovvero essersi impegnati a cessare l'esercizio dell'attività forense. Una volta poi nominato, il giudice laico acquisisce lo *status* ed è tenuto all'osservanza degli stessi doveri dei magistrati ordinari (art. 3 secondo comma), e gode dello stesso trattamento economico (art. 5). Identica previsione esiste, come già ricordato, per i Consiglieri di Stato e della Corte dei conti di nomina governativa.

Disposizione analoga si rinviene poi anche nelle norme di attuazione dello statuto speciale del Trentino Alto Adige in relazione al Tribunale regionale di giustizia amministrativa di quella Regione.

Invero, per la sezione autonoma per la provincia di Bolzano è prevista la nomina di avvocati iscritti nell'albo con almeno sette anni di effettivo esercizio (art. 2 terzo comma



lett. e del d.P.R. 6 aprile 1984 n. 326). Tuttavia, anche in questo caso, una volta nominati, ad essi «*si applicano le norme sullo stato giuridico e sul trattamento economico dei magistrati amministrativi regionali*» (art. 5 secondo comma d.P.R. 326/1984) e, di conseguenza, anche il regime delle incompatibilità dei magistrati ordinari, così come sono state richiamate, per i magistrati amministrativi, dall'art. 28 della legge 186/1982.

Nè il richiamo delle norme predette quale *tertia comparationis* potrebbe essere contestato con la circostanza della definitiva assunzione dello *status* di magistrato per i laici nominati in Cassazione, nel Consiglio di Stato, nella Corte dei conti, e nella sezione di Bolzano del Tribunale regionale di giustizia amministrativa e ciò a differenza dei membri laici del C.G.A. il cui incarico è temporaneo. Invero, come in precedenza osservato, esistono disposizioni di rango costituzionale e di attuazione di leggi costituzionali secondo cui anche l'esercizio temporaneo delle funzioni giudicanti comporta il divieto, per lo stesso periodo, dell'esercizio della professione di avvocato. Oltre all'art. 135 sesto comma della Costituzione, va ricordato che le già citate norme di attuazione dello statuto del Trentino Alto Adige disciplinano, oltre alla sezione autonoma di Bolzano, anche quella di Trento. Due componenti di quest'ultima sono designati dal Consiglio provinciale di Trento, possono essere scelti anche tra gli avvocati con sette anni di esercizio effettivo e l'incarico ad essi conferito è temporaneo e dura nove anni. Tuttavia, «*per il periodo di durata in carica ai predetti due magistrati si applicano le norme sullo stato giuridico e sul trattamento economico dei magistrati amministrativi regionali*» (art. 1 terzo comma d.P.R. 426/1984 *cit.*).

Il Collegio è consapevole dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui il principio di uguaglianza non comporta il divieto di regolamentazioni diverse dei diversi tipi processo (Corte Cost. 78/2002 *cit.*) e che le soluzioni per garantire giusto processo non debbono seguire linee direttive necessariamente identiche per i diversi tipi di processo (Corte Cost. 38/1999). Tuttavia, non può non rilevare come la stessa giurisprudenza sopraindicata abbia affermato che «*a diversi processi possono corrispondere, in base a scelte discrezionali del legislatore discipline differenziate anche degli stessi istituti purché non siano lesi principi costituzionali come quello di imparzialità che debbono reggere tutti i giudizi*» (Corte Cost. 78/2002 *cit.*).

A questo proposito è opportuno sottolineare che la questione dianzi esaminata, ad avviso del Collegio involge appunto una questione di imparzialità istituzionale del giudice laico del C.G.A. che emerge per il tramite della insufficiente disciplina delle cause di incompatibilità, e che influisce perciò sulla indipendenza.

Il rapporto tra la imparzialità a regime (che prescinde cioè dal caso singolo) e l'indipendenza, è stato evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale, anche sulla base del nuovo tenore dell'art. 111 della Costituzione. La Corte costituzionale, in un caso sottoposto al suo esame ha così deciso «*La questione è fondata sotto il profilo della violazione dell' art. 108 della Costituzione e del principio di indipendenza e terzietà del giudice, quale elemento essenziale alla stessa intrinseca natura della giurisdizione, che si identifica nella indipendenza istituzionale del giudice e nella sua posizione di terzo imparziale, qualunque siano le parti in giudizio, compresa la pubblica amministrazione. Detto principio riguarda anche i giudici delle giurisdizioni speciali ed i componenti c.d. laici che partecipano alla amministrazione della giustizia*» ed inoltre «*In relazione alle funzioni affidate ai componenti c.d. laici, il legislatore è tenuto, inoltre, ad assicurare le garanzie di indipendenza (sia giuridica che economica) dei predetti «estranei» (art. 108, secondo comma, della Costituzione), rafforzate ora dal nuovo testo dell' art. 111 della Costituzione (legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2) applicabile ad ogni giudice in qualsiasi processo*» (Corte Cost. 353/2002). È bensì vero che in quel caso si trattava della fattispecie del giudice – dipendente pubblico di cui la Pubblica Amministrazione poteva gestire lo stato giuridico ed economico, laddove, nel caso in esame, si tratta di valutare la ammissibilità del giudice – professionista legale, ma, ad avviso del Collegio, le differenze tra le due fattispecie non rivestono carattere sostanziale.

Invero, quantomeno sotto il profilo economico, il rischio che tale fattore possa influire sul corretto esercizio della funzione giudicante emerge non solo se dipenda da condizionamenti esterni, ma anche, *a fortiori*, se dipenda da autocondizionamenti dovuti al contemporaneo esercizio di una professione da cui il giudice trae in tutto o in parte i mezzi di sostentamento o comunque da cui dipende il suo tenore di vita più o meno elevato.

Né potrebbe sostenersi che nella specie il condizionamento è escluso dalla differenza di materia trattata e ciò in quanto ai membri laici del C.G.A. è inibito *ex art. 2 V° comma D.Lgs. 654/1948 «l'esercizio della professione innanzi alle giurisdizioni amministrative»*. Innanzitutto va rilevato che la norma, mentre vieta il patrocinio, non vieta come già accennato – la consulenza in materia amministrativa, la quale non rientra quindi nel tenore letterale del quinto comma sopra citato.

Pertanto, e ciò di fatto si è verificato, da parte di taluni membri laici di questo Consiglio sono state assunte consulenze di pubbliche amministrazioni per lo più aventi sede in Sicilia (v. parere Adunanza generale 27 febbraio 2003, n. 273). Al di là dell'obbligo di astensione, o delle ipotesi di ricusazione ove la consulenza resa dal membro laico del C.G.A. aveva ad oggetto la fattispecie dedotta in giudizio, la stessa possibilità di assumere la consulenza di pubbliche amministrazioni, fa emergere quella incompatibilità istituzionale tra funzioni di giudice e professione di avvocato che anche le norme più permissive in materia hanno voluto evitare. L'art. 8 primo comma lettera *i*) del D.Lgs. 545/1992 nel testo attuale prevede che l'esercizio, anche saltuario, della consulenza tributaria è causa di incompatibilità ai fini della nomina a componente delle commissioni tributarie.

Sotto altro profilo va poi rilevato che ormai, con sempre maggior frequenza, gli interessi della pubblica amministrazione trovano attuazione non soltanto attraverso atti amministrativi e nell'ambito del processo innanzi al giudice amministrativo. È sufficiente esemplificare richiamando la materia del pubblico impiego ormai demandata al giudice ordinario, laddove i relativi atti di organizzazione a monte rimangono di competenza del giudice amministrativo. In campo penale non poche volte la esistenza stessa del reato dipende dalla esistenza e legittimità di provvedimenti amministrativi come dimostra ad esempio la materia dell'edilizia. Altri esempi potrebbero essere ricondotti alla materia dei contratti con le pubbliche amministrazioni. È noto che non sempre l'esecuzione del contratto rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo (v. art. 23 *bis* primo comma lett. *b*) legge 1034/1971) e che, in determinati casi, la sorte del contratto può dipendere sia dall'accertamento della legittimità o meno degli atti amministrativi a monte, sia dall'accertamento della legittimità dell'esercizio di poteri autoritativi che permangono in capo alla Pubblica Amministrazione.

Da tutte le ipotesi dianzi elencate emerge come il giudice laico potrebbe avere interesse ad assumere in collegio un determinato orientamento su questioni giuridiche che influiscono su vicende connesse o derivate e che egli tratta, ancorché con parti diverse (o anche con le stesse), nelle sue vesti di avvocato innanzi ad altre giurisdizioni.

Peraltro il Collegio ritiene che il solo divieto della consulenza amministrativa non sia sufficiente ad assicurare l'osservanza dei canoni di cui agli artt. 108 secondo comma e 111 secondo comma della Costituzione poiché, la possibilità di continuare l'esercizio della professione forense eventualmente in associazione, o comunque con studio in comune con colleghi che possono patrocinare in sede amministrativa, può non assicurare la sostanza e comunque non tutela la credibilità del giudice come terzo imparziale.

Il Collegio è consapevole della giurisprudenza costituzionale secondo cui la eventuale patologia non incide sulla costituzionalità della norma (v. Corte Cost. ord. 377/1993, dec. 101/1995), ma, in tema di imparzialità anche la sola apparenza diviene sostanza poiché, mancando l'apparenza, anche in assenza di patologia può risultare ugualmente compromessa, sia la fiducia del cittadino nella esistenza di un giudice imparziale, sia l'immagine di quest'ultimo.

Al riguardo va ribadito che le incompatibilità (che nella specie si ritiene debba essere totale) sono poste non solo a garanzia del cittadino che adisce il giudice, ma anche a tutela del giudice stesso e della magistratura cui appartiene. Da un lato infatti sono volte ad assicurare l'esatto adempimento dei doveri d'ufficio e ad evitare ogni possibile confusione tra il ruolo del magistrato e quello di esercente altre attività estranee alla funzione giurisdizionale, ma, dall'altro, tendono anche a salvaguardare la dignità e il prestigio del singolo magistrato e dell'ordine giudiziario (Cass., Sez. Un., 22 aprile 1992, n. 4786).

Il Collegio osserva infine, senza volere minimamente sminuire l'importanza del canone di imparzialità in ogni grado di giudizio, che nell'ultimo grado, quale quello attuale, tale esigenza si evidenzia in modo ancora più incisivo.

Può pertanto porsi l'ulteriore seguente questione di costituzionalità:

*E.* – dell'art. 2 quarto comma lettera *b)* e del successivo quinto comma del D.Lgs. 654/1948 come sostituiti dal d.P.R. 204/1978 limitatamente alle parole «*innanzi alle giurisdizioni amministrative*» nonché dell'art. 1 del Decreto legislativo del Presidente della Regione siciliana 31 marzo 1952, n. 8 ratificato dall'art. 1 della legge regionale siciliana n. 9 del 23 marzo 1953 e ciò in rapporto ai parametri costituzionali dell'art. 3 in quanto, a parità di funzioni fissa per i laici un trattamento economico inferiore a quello dei togati e, sotto altro profilo, in rapporto agli artt. 3 e 24, in quanto il difetto di imparzialità, rompendo l'equilibrio degli stessi interessi in causa, si traduce in una sostanziale disuguaglianza delle parti rispetto al potere giudicante e vulnera altresì diritti di azione e di difesa di cui all'art. 24 primo e secondo comma (Corte Cost. n. 78/2002 *cit.*, Corte Cost. 17/1965 *cit.*) nonché in rapporto agli artt. 101 secondo comma e 108 secondo comma in quanto non assicura l'indipendenza del giudice laico al pari di quello togato ed infine in rapporto agli artt. 108 secondo comma e 111 secondo comma Cost. in quanto ai laici non viene assicurata l'indipendenza giuridica ed economica (Corte Cost. 78/2002, 353/2002, 393/2002), e pertanto, non viene garantita una effettiva imparzialità e non viene neppure tutelata l'immagine di imparzialità del giudice e ciò anche con riferimento, quale *tertia comparationis*, all'art. 76 del R.D. 1364/1933, all'art. 28 della legge 186/1982, all'art. 3 secondo comma della legge 303/1998, agli articoli 1 terzo comma, 2 terzo comma lettera *e)*, 5 terzo comma del d.P.R. 426/1984, all'art. 7 della legge 87/1953, all'art. 135 VI° comma della Costituzione, all'art. 6 della legge Cost. 1/1953.

30. – Si prospetta, infine, un ulteriore dubbio di costituzionalità.

Come in precedenza accennato, con la decisione n. 25/1976 la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 3 secondo comma del D.Lgs. 654/1948 nella parte in cui prevedeva la possibilità di riconferma dei membri laici.

Pertanto, il citato d.P.R. 204/1978 ha modificato, in *parte qua*, il d.P.R. 654/1948 portando a sei anni la durata in carica dei membri designati dalla Giunta regionale ed escludendone la conferma.

A garanzia della continuità della funzione giurisdizionale è stato tuttavia previsto che tali membri «*continuano a svolgere le loro funzioni fino all'insediamento dei rispettivi successori*» (art. 3, comma 2, del D.Lgs. n. 654/1948, come sostituito dall'art. 2 del d.P.R. n. 204/1978).

Ad avviso del Collegio, pur nella nuova formulazione, l'articolo in questione presenta profili di incostituzionalità, anche in relazione ai medesimi principi affermati nella richiamata sentenza n. 25 del 1976 della Corte costituzionale.

Invero, la prospettiva in cui si pone la citata sentenza è solo parzialmente coincidente con quella attuale. Nel testo originario dell'art. 2 del D.Lgs. 654/1948 veniva in discussione una disciplina legislativa che contemplava un provvedimento discrezionale di conferma, nella cui aspettativa il componente in carica avrebbe potuto subire condizionamenti.

Attualmente, vengono in rilievo un divieto di conferma e il ritardo nella adozione di un provvedimento (volto alla necessaria sostituzione del componente scaduto), vale a dire una situazione rispetto alla quale non è configurabile alcuna aspettativa in capo al componente scaduto, ma, se mai, solo un interesse di fatto (all'inerzia), interesse per così dire «*esterno*» al procedimento di nomina del nuovo componente.

Anche le problematiche costituzionali sono solo parzialmente coincidenti.

Nel quadro legislativo dell'originario tenore del D.Lgs. 654/1948 la problematica investiva soltanto la indipendenza del giudice e non anche la continuità dell'organo giurisdizionale, rispetto alla quale era indifferente la scelta finale dell'Amministrazione regionale (conferma del precedente componente ovvero nomina di un successore).

Nell'odierno assetto legislativo, come risulta dal secondo comma dell'art. 3 del decreto legislativo 654/1948 come sostituito dal d.P.R. 204/1978, la questione di costituzionalità coinvolge anche e soprattutto la garanzia di continuità dell'organo, poiché, qualora la continuità non venisse assicurata potrebbero restare pregiudicati, sia pure temporaneamente, i parametri costituzionali che assicurano *ex art.* 24, 103 e 113 della Costituzione la azionabilità e la incondizionata tutelabilità delle situazioni giuridiche.

Il punto merita di essere evidenziato, perché impone una comparazione tra due esigenze (la indipendenza del giudice e la continuità della funzione giurisdizionale).

Ciò premesso, sembra al Collegio che non siano prospettabili *prima facie* soluzioni tali da privilegiare l'una esigenza con il sacrificio dell'altra o viceversa.

In effetti, si potrebbe sostenere che la garanzia *ex art. 3, comma 2, del D.Lgs. 654/1948* e successive modificazioni (proroga del componente scaduto sino all'insediamento del successore) è insensibile ai ritardi procedurali nella nomina di quest'ultimo (situazioni di crisi istituzionale degli organi competenti alla designazione e alla nomina, rimozione o sospensione degli atti medesimi sia in autotutela che in sede giudiziaria, rinuncia o altro impedimento dei soggetti designati, e più in generale, ogni dilazione incidente sulla dinamica procedimentale).

La proroga *ex lege e sine die* in questi casi potrebbe essere giustificata e sortirebbe lo scopo di assicurare la continuità della attività giurisdizionale, ancorché in presenza di notevoli ritardi procedurali nella sostituzione.

Le inerzie, ovviamente, potrebbero dare luogo a responsabilità e potrebbero essere sanzionate in vario modo dall'ordinamento, ma potrebbero restare esterne al sistema giurisdizionale di garanzia, che dovrebbe comunque operare, essendo diretto a tutelare l'irrinunciabile interesse pubblico alla continuità della funzione.

Esse, in altre parole, configurerebbero un inconveniente di mero fatto, incidente nella applicazione della norma e non nella sua legittimità costituzionale.

In proposito la giurisprudenza costituzionale ha affermato che «*Non incidono sulla legittimità di una norma le eventuali carenze o gli inconvenienti di fatto relativi alla sua applicazione e non direttamente riconducibili (come tali) alla stessa previsione normativa, per cui è inammissibile la questione di costituzionalità che nella denuncia di siffatti inconvenienti si risolve*» (Corte costituzionale, decisioni 23 maggio 1995, n. 188 e 224/1999; v. anche nello stesso senso Corte Cost. ord. 172/2001 e 261/2002).

Per contro si potrebbe affermare che la indipendenza del giudice è un valore presupposto alla operatività del medesimo e da tutelare anche indipendentemente da questa, o addirittura con sacrificio di questa.

In punto di fatto i componenti laici nominati prima degli attuali sono rimasti in carica dal 13 ottobre 1981 fino al 16 maggio 1996 (v. all. E, E 1, E 2, E 3, E 4, D, D 1, D 2, F). Hanno quindi mantenuto la carica per ben 15 anni anziché 6 malgrado i ripetuti solleciti rivolti alla Regione dal Presidente del C.G.A. dell'epoca (v. all. G, G 1, G 2), e ciò evidenzia i rischi connessi ad una non compiuta disciplina dello status anche riguardo alle procedure di cessazione dall'incarico e di sostituzione.

Storicamente, è poi noto che il problema della *prorogatio* a tempo indeterminato dei membri laici del C.G.A. e della sua dubbia costituzionalità venne già prospettato (v. C.d.S. Ad. Gen. 27 ottobre 1977 n. 40), ma la commissione paritetica di quell'epoca (v. determinazione 21 febbraio 1978) sul punto non aderì al parere della Adunanza Generale specialmente per evitare che venisse vanificata la attività *medio tempore* svolta dal Consiglio. Tale era anche lo scopo della norma transitoria di cui all'art. 3 del d.P.R. 204/1978, scopo che neppure venne conseguito (v. Cass. SS.UU. 7 novembre 1981 n. 5885, 24 settembre 1982 n. 4935, 29 marzo 1983, n. 2448).

Entrambe le anzidette impostazioni, tuttavia, ad avviso del Collegio, non sono del tutto soddisfacenti, in quanto il sistema costituzionale della giustizia impone (ove possibile) una composizione delle due esigenze, entrambe a rilevanza costituzionale, e, nella sua attuale formulazione, la norma non appare idonea ad assicurarle.

Invero, dal momento che la norma di cui sopra dispone che i componenti laici del C.G.A. permangano in carica per un tempo predeterminato (sei anni) e quindi che l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte loro sia temporalmente circoscritto a tale periodo, un'eventuale *prorogatio* dell'incarico *sine die* – demandato all'arbitrio di chi debba provvedere alla loro sostituzione – violerebbe il principio della riserva di legge in materia di organizzazione giurisdizionale di cui all'art. 108, comma 1 Cost., nonché quelli dell'imparzialità e della indipendenza del giudice *ex artt. 100 III° comma, 101 II° comma e 108 comma II° Cost.* (sugli inconvenienti della *prorogatio* di fatto v. anche Corte Cost. 4 maggio 1992, n. 208).

La proroga dovrebbe quindi essere limitata temporalmente, con norme tassative implicanti, in caso di inosservanza, la cessazione dell'incarico.

D'altra parte dovrebbero essere contemporaneamente previste idonee garanzie per la continuità della attività giurisdizionale, a tutela del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e di effettività della tutela giurisdizionale (art. 103 e 113 Cost.).

Il Collegio ritiene che la soluzione dei dubbi costituzionali, come sopra evidenziati, non possa discendere soltanto da una interpretazione dell'art. 3, comma 2, del D.Lgs. 654/1948 (come modificato dal d.P.R. 204/1978) nel senso che la proroga ivi prevista sia legittima nei soli casi in cui la designazione regionale sia intervenuta prima della scadenza del sessennio.

Peraltro, in questo senso, recentemente, si sono orientate le Sezioni Unite della Cassazione le quali hanno affermato che la presenza nel Collegio di questo Consiglio di un membro laico scaduto comporterebbe un vizio attinente alla giurisdizione ove non fosse intervenuta, anteriormente alla scadenza, la designazione del nuovo componente laico da parte della Giunta regionale siciliana (Cass. SS.UU. 12 luglio 2002 n. 10167).

In proposito, pur concordando pienamente con la anzidetta decisione sul fatto che la proroga *sine die* può collidere con il canone costituzionale della indipendenza del giudice, non si può non rilevare come l'adesione completa a tale esegesi come diritto vivente (Corte Cost. ord. 19/2003) non appare possibile e ciò sia per ragioni formali (letterali), sia per ragioni sistematiche.

Sotto il primo profilo va rilevato che il dubbio di costituzionalità potrebbe essere risolto in via esegetica ove la stessa fosse possibile in relazione ad un testo letterale, aperto a diverse soluzioni interpretative, dovendosi privilegiare in questo caso, tra quelle possibili, la soluzione conforme al dettato costituzionale (Corte cost. 127/2002).

Nella specie, il testo appare invece sufficientemente chiaro; poiché da esso sembra emergere la volontà di consentire una proroga *ex lege* della funzione «*tuttavia continuano a svolgere*» sino all'insediamento dei successori, senza ulteriori condizioni.

La norma, sotto questo aspetto, sembra appunto incondizionata e corrisponde ad uno schema legislativo «storico» (cfr. già art. 205 della legge n. 2248/1865 all. A e art. 16 I° comma del regolamento delle I.P.A.B. approvato con r.d. 5 febbraio 1891, n. 99 e le altre richiamate da Corte Cost. 208/1992 *cit.*).

Dal tenore del II° comma dell'art. 3 non risulta, neppure implicitamente, che la designazione regionale debba avvenire prima della scadenza e non piuttosto in un congruo termine prima o dopo la scadenza.

A quest'ultimo proposito si deve rilevare come un breve termine, decorrente dalla scadenza, non solo non sembrerebbe incongruo ma consentirebbe di ricomprendere nella sua previsione anche fattispecie in cui la cessazione dell'incarico si ricollega a cause diverse da quelle della ultimazione del mandato (inabilità, morte, dimissioni, *etc.*).

In questo senso infatti dispongono sia l'art. 135 IV° comma della Costituzione, secondo cui «*alla scadenza del termine il giudice costituzionale cessa dalla carica e dall'esercizio delle funzioni*», sia l'art. 5 della legge Cost. 22 novembre 1967 n. 2 secondo cui «*in caso di vacanza a qualsiasi causa dovuta la sostituzione avviene entro un mese dalla vacanza stessa*».

Non sembra poi trovare un sufficiente supporto letterale nell'art. 3, comma 2 la esegesi, affermata nella citata decisione 10167/2002 delle SS.UU., per effetto della quale si determinerebbe in pratica la automatica cessazione dalle funzioni dei membri regionali, alla scadenza del mandato, ove nel frattempo non ne sia stato designato il successore.

Invero, verrebbe in tal modo ad attribuirsi alla mancata designazione un effetto pratico decadenziale, effetto che dovrebbe invece risultare in modo inequivoco atteso che le norme decadenziali sono da considerare di stretta interpretazione.

Inoltre, neppure la tempestività della designazione risolverebbe automaticamente anche il problema (del pari essenziale) della tempestività della nomina e dell'insediamento del sostituto. Il Collegio osserva infatti che ai fini di escludere ogni riflesso sulla indipendenza, occorre sia intervenuto, non solo e non tanto l'atto iniziale del procedimento, quanto piuttosto anche la sua conclusione con il provvedimento di cui all'art. 3 I° comma del D.Lgs. 654/1948.

La designazione, come peraltro storicamente si è verificato, può infatti essere revocata, può essere rifiutata dall'interessato, può non essere condivisa dalla Autorità statale.

Essenziale, ai fini in esame, è la circostanza che l'intero procedimento sia concluso in tempi ragionevoli.

I condizionamenti, che possono nascere dal ritardo procedimentale, sono infatti configurabili non solo nei confronti della Autorità regionale, ma anche nei confronti di quella statale. Con riferimento alla problematica in esame possono essere richiamate, anche in relazione al nuovo testo dell'art. 3 del D.Lgs. 654/1948, le osservazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 25 del 1976. Nella prospettiva di un ritardo procedimentale a tempo indeterminato, l'indipendenza dei membri designati dalla Regione non può ritenersi assicurata dalla legge, non solo nei confronti del Governo regionale, ma neppure nei confronti del Governo centrale.

Con il ritardo nelle designazioni la Regione potrebbe infatti condizionare il membro laico, ma identico condizionamento potrebbe essere indotto da un ritardo nella nomina da parte della Autorità statale.

Ne consegue che l'illegittimità costituzionale sembra potersi configurare non solo nella parte in cui l'art. 3, comma 2, non prevede una tempestiva designazione regionale (con la fissazione di un termine entro il quale la designazione deve intervenire), ma anche e soprattutto laddove non prevede un termine finale della proroga, trascorso il quale il componente decade comunque dalla carica.

Va infatti considerato che la interpretazione delle SS.UU. nella decisione 10167/2002 dianzi citata, secondo cui è legittima la proroga purché sia intervenuta tempestivamente la designazione, ove non coordinata con altre previsioni tali da assicurare la continuità giurisdizionale, potrebbe prestare il fianco a dubbi di costituzionalità, non minori di quelli risolti.

Invero, sotto un primo profilo, il Governo, malgrado l'intervenuta designazione, potrebbe non concludere il procedimento e lasciare in carica *sine die* il membro laico scaduto ed in questo caso, secondo l'esegesi dianzi ricordata, il Collegio sarebbe legittimamente composto.

Sotto altro profilo la decadenza dei componenti regionali, prima dell'insediamento dei successori, potrebbe determinare, come in effetti determinerebbe attualmente, una paralisi della giustizia amministrativa in Sicilia, con lesione dei principi costituzionali di cui all'art. 24, 103, 113 della Costituzione e dell'art. 23 dello statuto siciliano.

Si ripropone pertanto qui, sotto altro profilo, il già denunciato vizio degli artt. 2 e 3 del D.Lgs. 654/1948 in quanto non prevedono e disciplinano meccanismi non solo a carattere eccezionale quali la decadenza, la revoca, la cessazione dall'incarico, ma anche fisiologico, quale la sostituzione che avvenga al termine naturale dell'incarico ovvero per cause indipendenti da atti autoritativi o da procedimenti disciplinari.

Una compiuta risposta legislativa appare quindi necessaria, per definire in modo corretto l'indispensabile equilibrio normativo tra le due fondamentali istanze della indipendenza del giudice e della continuità della attività giurisdizionale.

Peraltro, va sottolineato che l'incompletezza del sistema che potrebbe derivare dalla pronuncia di incostituzionalità non può certo rendere di per sé irrilevante o inammissibile la prospettazione dei dubbi dianzi elencati.

La questione è innanzitutto rilevante nel presente giudizio in quanto il Collegio, come in precedenza esposto è composto, da un membro che scadrà il 20 marzo 2008 e da altro scaduto il 16 maggio 2002 (v. all. D 6, D 1). D'altra parte il collegio non poteva essere formato diversamente poiché, come già accennato, i laici regionali *ex art. 2 IV° comma D.Lgs. 654/1948*, sono quattro in tutto, e il Collegio è sempre composto con due di loro. Orbene, dei quattro componenti regionali, due hanno completato il sessennio il 16 febbraio 2002 e operano solo in regime di proroga di fatto, nella situazione ritenuta non legittima dalla citata decisione 10167/2002 delle Sezioni Unite della Cassazione poiché la designazione dei successori è stata disposta soltanto con delibera della Giunta regionale siciliana n. 114 del 2 aprile 2003 (v. all. H) e quindi ben oltre la scadenza del sessennio. Dei rimanenti due non ancora in scadenza uno è da tempo indisponibile per malattia (v. già Corte Cost. ord. 261/2002 e all. I). Pertanto, con la presenza di soli tre membri laici di cui due già scaduti non era possibile comporre il Collegio prescindendo dall'uno o dall'altro di questi ultimi poiché altrimenti l'attività giurisdizionale avrebbe dovuto essere totalmente sospesa a tempo indeterminato in attesa delle nuove nomine e/o del rientro dalla malattia del quarto membro

laico. Il Collegio non ha ritenuto tuttavia, per quanto dianzi esposto, che dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite, pur condivisibile per taluni aspetti, potesse derivare un automatico effetto decadenziale.

Da ultimo, quindi può porsi la seguente questione, che rileva in via subordinata rispetto alle precedenti sub *A, B, C, D*, ma che si pone come successiva rispetto alla questione sub *E* qualora, respinte le precedenti, ovvero qualora siano ritenute non in grado di determinare l'incostituzionalità derivata dell'intero art. 2 D.Lgs. 654/1948, la Corte pervenga ad esaminare la precedente questione sub *E*.

*F.* – dell'art. 3, comma II°, del d.P.R. 6 maggio 1948, n. 654, come sostituito dall'art. 2, d.P.R. 5 aprile 1978, n. 204, in rapporto con gli articoli 3, 24, 100, 101, 103, 108 e 113 Cost. e con l'articolo 23 dello statuto siciliano, nella parte in cui non prevede termini tassativi, a pena di decadenza, entro i quali deve intervenire la designazione dei membri regionali e la nomina (o l'insediamento) dei medesimi e non prevede per l'ipotesi del venir meno, per altre cause, dei membri laici, meccanismi sostitutivi tali da assicurare la continuità della attività giurisdizionale e ciò anche con riferimento, quale *tertia comparationis*, all'art. 135 IV° comma Cost. ed all'art. 5 II° comma della legge Cost. 22 novembre 1967, n. 2.

Anche la suesposta questione incide sulla legittima composizione del Collegio e quindi sull'esercizio della giurisdizione ed è inoltre rilevante poiché il Collegio, prima di esaminare il merito alla controversia, ha ritenuto di verificare la correttezza della propria costituzione avvenuta peraltro in conformità al disposto dell'art. 2 del predetto D.Lgs. 654/1948 (Corte Cost. 168/1963, 80/1970, 128/1974, 25/1976, 125/1977, 196/1982, 266/1988, 18/1989 e, da ultimo, 353/2002).

Il Collegio peraltro ritiene che anche la futura possibilità di diversa composizione del Collegio per effetto di nuove nomine di laici regionali o, per rientro in servizio del membro laico assente per infermità, non influisca sulla rilevanza della questione qui prospettata come pure su quella di cui alla precedente lettera *E*.

Innanzitutto si tratta di questioni che riguardano direttamente, e a regime, il modo di essere e di funzionare di questo Consiglio.

Inoltre, è opportuno richiamare il pacifico e costante insegnamento della Corte costituzionale in tema di autonomia del processo costituzionale secondo cui «*il requisito della rilevanza riguarda solo il momento genetico in cui il dubbio di costituzionalità viene sollevato e non anche il periodo successivo alla remissione della questione alla Corte Costituzionale*» (v. da ultimo Corte Cost. ord. 110/2000).

Nella medesima ottica è stato chiarito che «*la vicenda del processo incidentale di legittimità costituzionale non può essere influenzata da circostanze di fatto sopravvenute nel procedimento principale: e ciò in quanto, svolgendosi il processo incidentale nell'interesse pubblico, e non in quello privato, una volta che esso si sia validamente instaurato a norma dell'art. 23 legge 77 marzo 1953, n. 87, acquisisce una autonomia che lo pone al riparo dall'ulteriore atteggiarsi della fattispecie, financo nel caso in cui, per qualsiasi causa, fosse venuto a cessare il giudizio rimasto sospeso (art. 22 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale)*» (Corte Cost. 300/1984 e v. anche dec. 135/1963, 701/1988, 52/1986).

Pertanto la rilevanza è stata ritenuta sussistere anche nel caso in cui era a priori prevedibile che la pronuncia della Corte non sarebbe potuta intervenire in tempo utile per soddisfare l'interesse della parte (da ultimo v. Corte Cost. 359/1995).

Quanto poi alla ammissibilità delle questioni anzidette il Collegio si richiama parimenti all'insegnamento della Corte costituzionale (Corte Cost. 177/1973, 25/1976 e 266/1988). La Corte ha infatti affermato che la possibilità di una declaratoria di incostituzionalità della composizione del Collegio non può far venir meno, *ex ante*, la ammissibilità e rilevanza della questione (Corte Cost. 177/1973) poiché, in tal caso, siffatte questioni non potrebbero mai venire sollevate (Corte Cost. 266/1988).

È stato altresì chiaramente affermato che la denuncia di incostituzionalità per difetto di garanzie di indipendenza non deve essere supportata da dimostrazioni concrete poiché, proprio in quanto garanzie alla autonomia ed indipendenza del giudice, esse, *ex art. 108 II° comma Cost.* debbono essere fomite comunque e, «*non sono condizionate nella loro attuazione alla concreta esistenza di specifiche aggressioni alla predetta autonomia e indipendenza*»

(Corte Cost. 108/1962). Inoltre, la loro mancanza non si risolve «in un mero fatto di inerzia del legislatore» ma rende le norme stesse «censurabili sotto l'aspetto del difettoso esercizio dell'attività organizzativa esplicita» (Corte Cost. 108/1962 *cit.*).

Infine, in relazione ai possibili effetti delle pronunce di incostituzionalità va rammentato che «l'eventuale vuoto di disciplina che verrebbe a prodursi in conseguenza della dichiarazione d'illegittimità costituzionale ... (vuoto di disciplina che spetterebbe in ogni caso al legislatore colmare)» non può incidere sulla ammissibilità delle questioni di costituzionalità (Corte Cost. 266/1988 *cit.*).

Ritenuto pertanto che il giudizio non possa essere definito prescindendo dalla risoluzione delle anzidette questioni di costituzionalità.

*P.Q.M.* Visto l'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 il Collegio dichiara rilevanti e non manifestamente infondate le seguenti questioni di costituzionalità:

*A.* – questione di costituzionalità dell'art. 3 I° comma del D.Lgs.Lgt. n. 98/1946 con riferimento ai principi costituzionali concernenti le deleghe di poteri anteriori alla Costituzione, e ciò per indeterminatezza delle materie di delega, da cui discende, derivatamente, la incostituzionalità degli artt. 1 e seguenti del D.Lgs. 654/1948;

*A 1.* – in subordine, ove si ritenga che il D.Lgs. 654/1948, come risulta nel preambolo dal solo richiamo alla XV° disposizione transitoria, sia stato emanato soltanto in base all'art. 4 del D.L.Lgt. 151/1944, va posta la questione di, costituzionalità di tale norma, e, derivatamente degli artt. 1 e seguenti del D.Lgs. 654/1948 negli stessi termini esposti *sub A*;

*A 2.* – in subordine, ove si ritenga che il D.Lgs. 654/1948 sia stato emanato in base al combinato disposto dell'art. 4 del D.L.Lgt. 151/1944 e dell'art. 3 I° comma del D.Lgs.Lgt. 98/1946, va posta la questione di costituzionalità di ambedue le disposizioni anzidette e, derivatamente degli artt. 1 e seguenti del D.Lgs. 654/1948 negli stessi termini esposti *sub A*;

*A 3.* – in ulteriore subordine, qualora si volesse attribuire natura costituzionale al D.L.Lgt. 151/1944 e al D.Lgs.Lgt. 98/1946, va posta la questione di costituzionalità del D.Lgs. 654/1948, per eccesso di potere in rapporto all'art. 4 del D.L.Lgt. 151/1944, e per eccesso di delega in rapporto all'art. 3 I° comma del D.Lgs.Lgt. 98/1946 e ciò in quanto emanato in materia costituzionale di competenza dell'Assemblea costituente e, derivatamente degli articoli 1 e seguenti del D.Lgs. 654/1948;

*B.* – va posta poi la questione di costituzionalità degli artt. 1, 3 I° comma, 4, 5, 6, 7, 8, 9, del D.Lgs. 654/1948 in rapporto all'art. 43 dello Statuto della Regione siciliana convertito in legge costituzionale n. 2/1948 in quanto per la sua adozione non è stato osservato il procedimento previsto dal suddetto art. 43;

*B 1.* – in subordine, ove si ritenga che il D.Lgs. 654/1948 sia stato emanato in base all'art. 4 del D.L.Lgt. 151/1944 e dall'art. 3 I° comma del D.Lgs.Lgt. 98/1946 ed a tali norme si attribuisca natura costituzionale, si solleva la questione di costituzionalità delle disposizioni anzidette in rapporto alla sopravvenuta norma costituzionale di cui all'art. 43 dello Statuto siciliano e, derivatamente degli artt. 1, 3 I° comma, 4, 5, 6, 7, 8, 9, del D.Lgs. 654/1948;

*C.* – dell'art. 2 IV° comma lettera *b*) nonché, in *parte qua*, dei successivi VI e VIII comma del D.Lgs. 654/1948 come sostituito dal d.P.R. 204/1978 in rapporto all'art. 23 I comma dello Statuto siciliano ed in rapporto al I comma della VI disposizione transitoria della Costituzione che esclude dalla revisione la giurisdizione del Consiglio di Stato;

*C 1.* – in subordine all'art. 2 IV° comma lettera *b*) nonché, in *parte qua*, dei successivi commi VI e VIII del D.Lgs. 654/1948 come sostituiti dal d.P.R. 204/1978 in rapporto allo stesso art. 23 I comma dello Statuto siciliano, nonché in rapporto all'art. 102 II comma e 108 I e II comma della Costituzione, non essendo consentito istituire sezioni specializzate nell'ambito dei giudici speciali;

*C 2.* in subordine dell'art. 2 IV° comma lettera *b*) nonché, in *parte qua*, dei successivi commi VI e VIII del D.Lgs. 654/1948 come sostituiti dal d.P.R. 204/1978 in rapporto all'art. 23 dello Statuto siciliano ed all'art. 102 I comma e 108 I comma Cost. in quanto l'art. 23 dello Statuto non prevede alcuna deroga alla composizione ordinaria delle sezioni del Consiglio di Stato da localizzare in Sicilia, e in rapporto agli articoli 102 I° comma e 108 II comma Cost. in quanto disciplina materia riservata dalla Costituzione alla legge statale, per cui eventuali deroghe a favore dell'autonomia regionale debbono essere supportate da una espressa previsione di pari rango costituzionale;



C 3. – in subordine dell'art. 2 IV comma lettera *b*) nonché, in *parte qua*, dei successivi VI e VIII comma del D.Lgs. 654/1948 come sostituiti dal d.P.R. 204/1978 in rapporto all'art. 23 I comma dello Statuto siciliano che non prevede né una sezione specializzata del giudice speciale né una composizione collegiale diversa da quella ordinaria e ciò anche in relazione, quale *tertia comparationis*, all'art. 24 I comma dello Statuto concernente la composizione dell'Alta Corte, nonché all'art. 23 III comma del medesimo Statuto, al coevo D.Lgs. 6 maggio 1948 n. 655 concernente la istituzione di sezioni della Corte dei conti per la Regione siciliana, ed all'art. 90 e 91 II comma del testo unico delle leggi costituzionali di cui al d.P.R. 31 agosto 1972 n. 670;

C 4. – in subordine, qualora si potesse ritenere la costituzionalità dell'art. 2 IV comma del D.Lgs. 654/1948 in relazione alle questioni sollevate ai precedenti punti sub C1, C2, C3, si ripropongono le stesse questioni in rapporto anche al disposto dell'art. 117 II comma lettera 1) della Costituzione;

D. – dell'art. 2 IV comma lettera *b*), e, derivatamente anche del successivo V° comma, dell'art. 3 II e III comma del D.Lgs. 654/1948 come sostituiti dal d.P.R. 204/1978, nonché dell'art. 7 del D.Lgs. 654/1943 in rapporto agli articoli 3, 24, 100 III comma, 101 II comma, 108 II comma Cost. in quanto, non prevedendo ne cause di revoca, decadenza e cessazione dall'incarico, ne sanzioni disciplinari nei confronti dei giudici laici del C.G.A., né il procedimento contenzioso attraverso cui applicarle, differenza irragionevolmente il regime dei laici rispetto ai togati (art. 3), pone le parti in posizione di disuguaglianza rispetto all'esercizio della funzione (art. 3 e 24), viola il principio della riserva di legge che deve assicurare l'indipendenza di tutti i giudici (art. 100, 101, 108) e ciò anche in relazione quale *tertia comparationis* all'art. 9 della legge 374/1991, all'art. 7 della L. 276/1997, all'art. 12 del d.P.R. 645/1992, agli artt. 53, 54, 62 e 76 del R.D. 1364/1933, agli artt. 28 e 32 della legge 186/1982, all'art. 3 II comma della legge 303/1998, agli artt. 1 III comma e 5 III comma del d.P.R. 426/1984, agli artt. 3 legge Cost. 1/1948, legge Cost. 1/1953, legge Cost. 1/1953, 14, 15, 16 Reg. 20 gennaio 1966.

E. – dell'art. 2 IV comma lettera *b*) e del successivo V comma del D.Lgs. 654/1948 come sostituiti dal d.P.R. 204/1978 limitatamente alle parole «*innanzi alle giurisdizioni amministrative*» nonché dell'art. 1 del Decreto legislativo del Presidente della Regione siciliana 31 marzo 1952, n. 8 ratificato dall'art. 1 della legge regionale siciliana n. 9 del marzo 1953 e ciò in rapporto ai parametri costituzionali dell'art. 3 in quanto, a parità di funzioni fissa per i laici un trattamento economico inferiore a quello dei togati e, sotto altro profilo, in rapporto agli artt. 3 e 24, in quanto il difetto di imparzialità, si traduce in una sostanziale disuguaglianza delle parti rispetto al potere giudicante e vulnera altresì diritti di azione e di difesa di cui all'art. 24 I e II comma nonché in rapporto agli artt. 101 II comma e 108 II comma in quanto non assicura l'indipendenza del giudice laico al pari di quello togato ed infine in rapporto agli artt. 108 II comma e 111 II comma Cost. in quanto ai laici non viene assicurata l'indipendenza giuridica ed economica, e pertanto, non viene garantita una effettiva imparzialità e non viene neppure tutelata l'immagine di imparzialità del giudice e ciò anche con riferimento, quale *tertia comparationis*, all'art. 76 del R.D. 1364/1933, all'art. 28 della legge 186/1982, all'art. 3 II comma della legge 303/1998, agli articoli 1 III comma, 2 III comma lettera *e*), 5 III comma del d.P.R. 426/1984, all'art. 7 della legge 87/1953, all'art. 135 VI comma della Costituzione, all'art. 6 della legge Cost. 1/1953.

F. – dell'art. 3, comma II, del d.P.R. 6 maggio 1948, n. 654, come sostituito dall'art. 2, d.P.R. 5 aprile 1978, n. 204, in rapporto con gli articoli 3, 24, 100, 101, 103, 108 e 113 Cost. e con l'articolo 23 dello statuto siciliano, nella parte in cui non prevede termini tassativi, a pena di decadenza, entro i quali deve intervenire la designazione dei membri regionali e la nomina (o l'insediamento) dei medesimi e non prevede per l'ipotesi del venir meno, per altre cause, dei membri laici, meccanismi sostitutivi tali da assicurare la continuità della attività giurisdizionale e ciò anche con riferimento, quale *tertia comparationis*, all'art. 135 IV comma Cost. ed all'art. 5 II comma della legge Cost. 22 novembre 1967 n. 2.

Sospende ogni pronuncia in rito e in merito e dispone la immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale (*omissis*)».

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite – Controricorso dell'Avvocatura Generale dello Stato** per il Ministero della Giustizia e la Commissione per gli esami di abilitazione alla professione di avvocato presso la Corte d'Appello di Catania (cont. 36390/03, avv. Stato W. Ferrante) c/ D.D.I. (Avv. M. Messina).

«Fatto – La ricorrente impugnava il provvedimento di esclusione dalle prove orali dell'esame di avvocato e il TAR Sicilia, sez. Catania, con sentenza n. 1599/01 accoglieva il ricorso. Le amministrazioni in epigrafe impugnavano detta decisione e il C.G.A.R.S., con sentenza n. 223/03, accoglieva l'appello.

Avverso tale sentenza, deliberata nella camera di consiglio del 30 ottobre 2002 e pubblicata in data 9 giugno 2003, ha proposto ricorso per cassazione l'odierna ricorrente, chiedendone l'annullamento per difetto di giurisdizione dovuto all'asserita irregolare composizione del Collegio giudicante, di cui era componente il consigliere laico A.A., in regime di proroga stante la scadenza del sessennio di nomina il 16 maggio 2002 e considerato che la procedura per la sua sostituzione è stata avviata dalla Regione Siciliana nel febbraio 2003 (e completata con delibera della Giunta Regionale n. 114 del 2 aprile 2003, come si evince dall'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del C.G.A.R.S. n. 185/03 in atti).

Con il presente atto, le amministrazioni in epigrafe propongono il seguente controricorso.

Come affermato da codesta Suprema Corte in un risalente ma autorevole precedente (SS.UU., 29 ottobre 1981 n. 5690) «*la irregolare composizione dell'organo giurisdizionale collegiale si inquadra sotto lo schema del difetto di giurisdizione esclusivamente quando si tratti dell'illegittimità della nomina che derivi dalla violazione di una norma organica concernente lo stato di giudice e che, perciò, si traduca nell'assoluta inidoneità del soggetto nominato ad assumere la veste e le funzioni di membro di un organo giurisdizionale (cfr. Cass. 9 ottobre 1974, n. 2715, id. Rep. 1974, voce Giustizia amministrativa n. 914; 5 giugno 1975, n. 2233, id., 1975, I, 2491; 13 dicembre 1977, n. 5465, id., 1978, I, 2565).*

Con tale pronuncia, le SS.UU. cassarono la sentenza del C.G.A.R.S. del 7 febbraio 1979 n. 6, adottata con la partecipazione di giudici laici nominati in applicazione dell'art. 3, comma 2 d.l. 6 maggio 1948 n. 654, dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con la sentenza 22 gennaio 1976 n. 25.

Com'è noto, la Corte costituzionale, con la citata sentenza dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, secondo comma, del decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 654 nella parte in cui disponeva che i membri laici del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, designati dalla Giunta regionale, potevano essere riconfermati dopo la scadenza del periodo di durata in carica di quattro anni in quanto la prospettiva del reincarico ne escludeva l'indipendenza.

A seguito di tale sentenza, la disciplina della composizione del C.G.A.R.S. e della durata in carica dei membri designati dalla giunta regionale è stata modificata con l'adozione del d.P.R. 5 aprile 1978, n. 204.

In base a tale normativa, fanno parte del C.G.A.R.S. in sede giurisdizionale quattro membri designati dalla giunta regionale (art. 2, quarto ed ottavo comma, D.Lgs. 6 maggio 1948, n. 654, nel testo sostituito dall'art. 2 del d.P.R. 5 aprile 1978, n. 204) e due di essi entrano a comporre il collegio giudicante (art. 2, sesto comma).

I membri designati dalla giunta regionale durano in carica sei anni, decorrenti per ciascuno di essi dalla data del giuramento, e non possono essere confermati. *Tuttavia, continuano a svolgere le loro funzioni fino all'insediamento dei rispettivi successori* (art. 3, secondo comma, del decreto 654/1948, sostituito dall'art. 2 del d.P.R. n. 204/1978).

È stato quindi disposto che i membri designati dalla Giunta regionale conservano il loro ufficio fino al momento dell'insediamento di coloro che li sostituiranno.

A differenza del citato precedente delle SS.UU. n. 5690/1981, fondato su una normativa dichiarata incostituzionale, nella fattispecie, l'eccepito vizio di costituzione del Collegio, composto da un membro laico in regime di *prorogatio* – ipotesi, come si è visto, espressamente contemplata dal d.P.R. n. 204/1978 – non si fonda nemmeno su un dubbio di legittimità costituzionale della norma che tale *prorogatio* prevede.

Nel ricorso avverso, viene infatti semplicemente richiamata l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del C.G.A. n. 185/03, peraltro, non al fine di dividerne i dubbi di costituzionalità ivi sollevati ma solo allo scopo di comprovare la data di avvio della procedura di sostituzione del consigliere A.

Quanto all'invocata sentenza di codesta Suprema Corte (SS.UU. n. 10167 del 12 luglio 2002), che, si sottolinea, ha *rigettato* il ricorso per cassazione volto ad ottenere l'annullamento di una sentenza del C.G.A.R.S. censurata sotto analogo profilo, si evidenzia che, in tale pronuncia, è stato affermato come fossero da escludere dubbi di costituzionalità quando le disposizioni in questione fossero interpretate in modo conforme alla Costituzione.

La citata pronuncia si è così espressa: «*Sancito che i componenti del Consiglio designati dalla giunta regionale durano in carica per un periodo di tempo determinato e non possono essere confermati, l'indipendenza di quei componenti come giudici cessa di poter risultare compromessa dalla prospettiva di un nuovo incarico rimesso ad una scelta discrezionale. Nè rileva in contrario il fatto che sia stata prevista per i componenti designati dalla giunta regionale una proroga della efficacia della loro nomina sino alla data di insediamento del componente destinato a succedere a quello il cui incarico sia scaduto. La norma ha ragione d'essere e giustificazione nella esigenza di assicurare che il Consiglio di giustizia possa funzionare in modo continuo*».

Dopo aver escluso che l'attuale normativa possa in qualche modo pregiudicare l'imparzialità del membro di nomina regionale, codesta Suprema Corte, ha chiarito come l'intento di evitare soluzioni di continuità tra la cessazione dalla carica di un membro laico e l'insediamento del successore sia volto a garantire la continuità della funzione giurisdizionale: «*Considerato il ristretto numero di componenti del Consiglio a designazione regionale, quattro, e la necessità che la metà componga il collegio decidente, la proroga dell'incarico del componente scaduto sino all'insediamento del successore ha lo scopo di non esporre il funzionamento del Consiglio al rischio di risultare impedito in attesa che il procedimento di nomina del successore si compia*».

Quanto all'*obiter dictum*, secondo il quale sarebbe necessario che «*la designazione del successore non intervenga dopo la scadenza dall'incarico del componente che si tratta di sostituire*» va rilevato che tale necessità non trova riscontro nel dettato normativo.

Nella stessa ordinanza di rimessione del C.G.A. n. 185/03 viene infatti affermato come il testo della norma appaia «*sufficientemente chiaro poiché da esso sembra emergere la volontà di consentire una proroga ex lege della funzione "tuttavia continuano a svolgere" sino all'insediamento dei successori, senza ulteriori condizioni ... dal tenore del 2° comma dell'art. 3 non risulta, neppure implicitamente, che la designazione regionale debba avvenire prima della scadenza e non piuttosto in un congruo termine prima o dopo la scadenza ... invero, verrebbe in tal modo ad attribuirsi alla mancata designazione un effetto pratico decadenziale, effetto che dovrebbe invece risultare in modo inequivoco atteso che le norme decadenziali sono da considerare di stretta interpretazione*» (pp. 124 e 125).

Con successiva ordinanza n. 303 del 9 giugno 2003, il G.C.A.R.S. ha rimesso nuovamente alla Corte costituzionale le medesime questioni di legittimità costituzionale prospettate con l'ordinanza n. 185/03 (ad eccezione di quella di cui al punto F, ritenuta nella fattispecie non rilevante).

Alla luce di quanto sopra, considerato che la ricorrente non solleva alcuna questione di costituzionalità delle norme che prevedono la *prorogatio* – senza alcuna condizione o limite temporale – dei membri laici del C.G.A.R.S., il ricorso andrà rigettato.

Qualora invece codesta Suprema Corte dovesse ritenere d'ufficio non conforme alla Costituzione l'interpretazione delle norme così come prospettata, il processo dovrà essere sospeso in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale.

A scongiurare tale seconda ipotesi valga la considerazione secondo la quale il *vulnus* ai principi di indipendenza e di imparzialità della funzione giurisdizionale appare precluso dall'espresso divieto di conferma del membro laico, sottratto in tal modo da ogni possibile condizionamento esterno fondato sul rinnovo della nomina.

Quanto all'eventuale ritardo nell'adozione di un provvedimento di sostituzione del componente scaduto, non sembra che tale situazione possa far sorgere alcuna aspettativa in capo a quest'ultimo tale da poter minare la sua terzietà, attesa comunque la non rinnovabilità dell'incarico.

Per contro, la tesi della decadenza dei componenti regionali qualora la procedura di nomina dei successori non venga iniziata prima della scadenza del loro incarico potrebbe determinare una paralisi della funzione giurisdizionale con evidente violazione dei principi di cui agli artt. 24, 103, 113 della Costituzione.

Per i suesposti motivi, le amministrazioni in epigrafe chiedono che codesta Suprema Corte di Cassazione voglia rigettare il ricorso.

Roma, 21 novembre 2003

*Avvocato dello Stato Wally Ferrante».*

**Decreto legislativo 24 dicembre 2003, n. 373 – Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella Regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato.**

«(omissis) *Art. 1.* – 1. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, di seguito denominato: «Consiglio di giustizia amministrativa», esercita funzioni consultive e giurisdizionali nella Regione siciliana, ai sensi dell'articolo 23 dello Statuto speciale.

2. Il Consiglio di giustizia amministrativa ha sede in Palermo ed è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato.

*Art. 2.* – 1. Il Consiglio di giustizia amministrativa è presieduto da un presidente di Sezione del Consiglio di Stato. Al Consiglio sono destinati altri due presidenti di Sezione del Consiglio di Stato, di cui uno, con funzioni di presidente aggiunto del Consiglio di giustizia amministrativa, preposto alla Sezione consultiva e l'altro assegnato alla Sezione giurisdizionale. Il presidente aggiunto del Consiglio di giustizia amministrativa sostituisce il presidente nello svolgimento dei compiti organizzativi e di gestione dell'ufficio a lui spettanti in caso di sua assenza, impedimento o delega.

2. Al Consiglio di giustizia amministrativa sono, altresì, assegnati sei magistrati appartenenti al Consiglio di Stato.

3. In relazione all'assegnazione di sede e al collocamento fuori ruolo dei magistrati di cui ai commi 1 e 2 si provvede ai sensi dell'articolo 13 della legge 27 aprile 1982, n. 186.

4. Il presidente del Consiglio di giustizia amministrativa, all'inizio di ciascun anno, assegna quattro consiglieri di Stato alla Sezione giurisdizionale e due alla Sezione consultiva. Ove manchi in una Sezione il numero di consiglieri necessario per deliberare, il presidente del Consiglio di giustizia amministrativa provvede ai sensi dell'articolo 12, secondo comma, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054.

*Art. 3.* – 1. La Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa è composta da:

a) il presidente preposto alla Sezione consultiva, che la presiede;

b) due consiglieri di Stato;

c) un prefetto della Repubblica;

d) cinque componenti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 106, terzo comma, della Costituzione per la nomina a consigliere di Cassazione ovvero di cui all'articolo 19, primo comma, numero 2), della legge 27 aprile 1982, n. 186.

2. Per la validità delle deliberazioni della Sezione consultiva occorre il voto di non meno di quattro membri della Sezione, tra cui almeno un magistrato del Consiglio di Stato. Le deliberazioni sono adottate a maggioranza. In caso di parità, prevale il voto espresso dal presidente.

*Art. 4.* – 1. La Sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa è composta da:

a) il presidente del Consiglio di giustizia amministrativa, che la presiede;

b) il presidente assegnato alla Sezione giurisdizionale;

c) quattro consiglieri di Stato;

d) quattro componenti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 106, terzo comma, della Costituzione per la nomina a consigliere di Cassazione ovvero di cui all'articolo 19, primo comma, numero 2), della legge 27 aprile 1982, n. 186.

2. Il collegio giudicante è composto da uno dei due presidenti della Sezione, da due consiglieri di Stato e da due dei membri indicati nella lettera d) del comma 1.

3. In sede giurisdizionale il Consiglio di giustizia amministrativa esercita le funzioni di giudice di appello contro le pronunce del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia.

*Art. 5. – 1.* In caso di contemporanea assenza o impedimento dei presidenti della Sezione giurisdizionale, essi sono sostituiti dal consigliere di Stato più anziano assegnato alla Sezione.

2. In caso di assenza o impedimento del presidente della Sezione consultiva, questi è sostituito dal consigliere di Stato più anziano tra i due assegnati alla Sezione.

*Art. 6. – 1.* Il prefetto è designato dal Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro per gli affari regionali.

2. Alla designazione dei componenti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera *d)*, e all'articolo 4, comma 1, lettera *d)*, provvede il Presidente della Regione siciliana.

3. I componenti del Consiglio di giustizia amministrativa di cui ai commi 1 e 2 sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, cui partecipa il Presidente della Regione siciliana ai sensi dell'articolo 21, terzo comma, dello Statuto.

4. I componenti designati dalla Regione e il prefetto durano in carica sei anni, decorrenti per ciascuno di essi dalla data del rispettivo giuramento, e non possono essere confermati.

5. Alla scadenza del sessennio i componenti del Consiglio di giustizia amministrativa designati dal Presidente della Regione e il prefetto cessano dalla carica e dall'esercizio delle funzioni.

*Art. 7. – 1.* Ai componenti del Consiglio di giustizia amministrativa designati dal Presidente della Regione ed al prefetto, durante il periodo di durata in carica, si applicano le norme concernenti lo stato giuridico e il regime disciplinare dei magistrati del Consiglio di Stato. Ad essi è corrisposto, all'inizio del sessennio, il trattamento economico corrispondente al trattamento iniziale spettante ai magistrati del Consiglio di Stato, ove più favorevole del loro trattamento economico originario.

2. I componenti designati dal Presidente della Regione, che siano titolari di un rapporto di lavoro subordinato, hanno diritto alla conservazione del posto, senza assegni.

3. Le disposizioni dell'articolo 31, secondo e terzo comma, della legge 27 aprile 1982, n. 186, riguardanti i poteri di vigilanza, si applicano nei confronti di tutti i membri del Consiglio di giustizia amministrativa e dei relativi uffici.

*Art. 8. – 1.* I magistrati del Consiglio di Stato e il prefetto componenti del Consiglio di giustizia amministrativa sono collocati fuori ruolo.

2. I magistrati di cui al comma 1 sono collocati in posizione eccedente i posti di fuori ruolo previsti per i magistrati del Consiglio di Stato.

*Art. 9. – 1.* Il Consiglio di giustizia amministrativa, nella sua composizione consultiva, è organo di consulenza giuridico-amministrativa del Governo regionale.

2. La legge regionale, ferma restando l'obbligatorietà del parere sugli atti regolamentari del Governo della Regione, determina gli altri casi in cui è richiesto il parere obbligatorio del Consiglio di giustizia amministrativa. È in facoltà del Governo regionale di chiedere il parere del Consiglio in ogni altra ipotesi.

3. Quando il parere riguarda materie che incidano notevolmente sugli interessi generali dello Stato o di altre Regioni, il Consiglio può deferirne l'esame all'Adunanza generale del Consiglio di Stato, sentita sul punto la Regione. In tale caso l'Adunanza generale esamina gli affari su preavviso del Consiglio di giustizia amministrativa e con l'intervento di almeno due magistrati di quest'ultimo.

4. Sui ricorsi straordinari di cui all'articolo 23 dello Statuto il parere è obbligatorio ed è reso dalla adunanza delle Sezioni riunite del Consiglio di giustizia amministrativa. Per la validità dell'adunanza è richiesta la presenza di almeno nove membri.

5. Qualora il Presidente della Regione non intenda decidere il ricorso in maniera conforme al parere del Consiglio di giustizia amministrativa, con motivata richiesta deve sottoporre l'affare alla deliberazione della Giunta regionale.

6. All'Adunanza generale del Consiglio di Stato, composta ai sensi del comma 3, è altresì devoluta la cognizione dei conflitti di competenza, in sede consultiva, tra il Consiglio di giustizia amministrativa e il Consiglio di Stato.

*Art. 10.* – 1. Le questioni inerenti alla competenza del Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale sono rilevabili anche d'ufficio.

2. Avverso le decisioni del Consiglio di giustizia amministrativa è ammesso ricorso alle Sezioni unite della Corte di Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione.

3. Si osservano le disposizioni processuali previste per il Consiglio di Stato.

4. Ove il punto di diritto sottoposto all'esame del Consiglio di giustizia amministrativa abbia dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali con le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, la Sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa può, in qualunque stadio del processo, deferire la cognizione del ricorso all'Adunanza plenaria delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. In tale caso, l'Adunanza plenaria è integrata da due magistrati della Sezione medesima.

5. All'Adunanza plenaria, composta ai sensi del comma 4, è altresì devoluta la cognizione dei conflitti di competenza, in sede giurisdizionale, tra il Consiglio di giustizia amministrativa ed il Consiglio di Stato.

*Art. 11.* – 1. Presso l'ufficio di segreteria del Consiglio di giustizia amministrativa è applicato un dirigente, secondo quanto previsto della legge 27 aprile 1982, n. 186, e successive modificazioni, nonché dalla tabella A annessa al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 28 aprile 1997 e successive modificazioni, pubblicato nel supplemento ordinario alla *Gazzetta Ufficiale* n. 149 del 28 giugno 1997.

2. L'ufficio di segreteria del Consiglio medesimo è costituito da personale di segreteria del Consiglio di Stato e da personale delle Amministrazioni dello Stato e della Regione, assegnato in posizione di comando.

3. Il contingente del personale applicato al Consiglio di giustizia amministrativa viene stabilito con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze, per gli affari regionali e per la funzione pubblica, sentito il Presidente della Regione siciliana ed il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa.

4. L'assegnazione del personale al Consiglio di giustizia amministrativa è fatta con decreto del presidente del Consiglio di giustizia amministrativa, previa intesa con le Amministrazioni interessate.

*Art. 12.* – 1. Per l'organizzazione e il funzionamento del Consiglio di giustizia amministrativa in sede consultiva e in sede giurisdizionale si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti per il Consiglio di Stato.

2. Il Consiglio di giustizia amministrativa si avvale del sistema informativo della giustizia amministrativa. L'utilizzo del *software*, dell'*hardware* e delle reti informatiche di proprietà o in uso del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali è disciplinato da apposite convenzioni.

*Art. 13.* – 1. Tutte le spese per il personale designato dalla Regione, per i locali adibiti a sede ed uffici del Consiglio di giustizia amministrativa e per la loro manutenzione sono a carico della Regione siciliana.

2. Le altre spese per il funzionamento del Consiglio medesimo sono a carico dello Stato.

3. Gli oneri di spesa per i componenti designati dal Presidente della Regione sono ripartiti in ragione del cinquanta per cento a carico dello Stato e del restante cinquanta per cento a carico della Regione, che vi fanno fronte con le ordinarie disponibilità di bilancio. Gli emolumenti vengono mensilmente corrisposti a tali componenti dalla Regione, salvo conguagli da effettuarsi trimestralmente a carico dello Stato nei confronti della Regione.

4. Le spese a carico dello Stato gravano su apposito capitolo dello stato di previsione della spesa della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

*Art. 14.* – 1. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo di attuazione sono abrogati il decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 654, e il decreto del Presidente della Repubblica 5 aprile 1978, n. 204.

*Art. 15.* – 1. I giuristi e gli esperti componenti del Consiglio di giustizia amministrativa alla data di entrata in vigore del presente decreto e non scaduti restano in carica fino alla scadenza del sessennio a decorrere dal rispettivo giuramento, se entro sessanta giorni della data suddetta attestino, con autodichiarazione, ai sensi degli articoli 46 e seguenti del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, l'insussistenza o l'intervenuta cessazione di condizioni di incompatibilità previste per l'ufficio di consigliere di Stato, fermo l'obbligo di richiedere la prescritta autorizzazione al Consiglio

di presidenza della giustizia amministrativa per gli altri eventuali incarichi in corso. La disciplina di cui al presente comma si applica anche al prefetto componente della Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa.

2. I giuristi e gli esperti di cui al comma 1 che non abbiano reso la dichiarazione prevista dal medesimo comma o versino in situazioni di incompatibilità, nonché i giuristi ed esperti comunque scaduti, cessano dalla carica e dall'esercizio delle funzioni con il decorso del sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo di attuazione.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e farlo osservare.

Dato a Roma, addì 24 dicembre 2003 (*omissis*)».





# I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

## **A.G.S. – Parere del 15 settembre 2003, n. 100620.**

*Federazioni sportive nazionali – Approvazione di modifiche statutarie – Applicabilità del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 (consultivo n. 5922/03, avvocato G. Fiengo).*

«Con la nota in epigrafe indicata il Ministero dell'Interno richiede il parere della Scrivente in ordine al procedimento amministrativo richiesto per le modifiche statutarie delle federazioni sportive nazionali e della Federazione Nazionale della Caccia. Il quesito nasce dalla circostanza che il regolamento di semplificazione adottato con d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, nel disciplinare *funditus* il procedimento di riconoscimento delle personalità giuridiche di diritto privato, ha abrogato l'art. 12 e il comma 3 dell'art. 16 del codice civile disponendo che «le modifiche dello statuto e dell'atto costitutivo sono approvate con le modalità e nei termini previsti per l'acquisto della personalità giuridica dell'art. 1, *salvi i casi di riconoscimento della personalità giuridica per atto legislativo*». Il problema posto dall'Amministrazione concerne la valenza e l'estensione della deroga prevista dal regolamento e, in caso di risposta affermativa, l'individuazione in concreto della procedura (in ipotesi alternativa) che deve essere seguita per le modifiche statutarie di enti riconosciuti direttamente dalla legge come persone giuridiche di diritto privato all'atto della loro trasformazione da enti pubblici o d'interesse pubblico.

Il Segretariato Generale del Ministero per i beni e le attività culturali interpellato sulla questione, ha espresso l'avviso che, a seguito dell'entrata in vigore del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, la competenza a provvedere in merito alle modifiche statutarie deve intendersi devoluta all'Ufficio territoriale di Governo, restando riservata al Ministero per i beni e le attività culturali la formulazione del preventivo parere nei casi di persone giuridiche «che operano nelle materie di competenza del Ministero per i beni e le attività culturali» (art. 1 comma 10 del citato regolamento). Quanto all'eccezione relativa ai casi di riconoscimento *ope legis*, la stessa – ad avviso del Segretariato Generale – «sembra riferirsi alle ipotesi in cui non solo l'attribuzione della personalità giuridica, ma anche la contestuale approvazione dell'atto costitutivo e/o dello statuto siano disposte direttamente per atto legislativo ovvero quest'ultimo individui espressamente l'autorità competente (di regola quella vigilante)

*a provvedere all'approvazione stessa».* Ipotesi che si realizza, secondo il Ministero per i beni ed attività culturali per l'ACI, l'A.C. e per l'U., che, peraltro, avrebbero natura pubblica.

La Scrivente condivide sostanzialmente la tesi espressa dal Ministero per i beni e le attività culturali, ritenendo tuttavia di apportare alcune precisazioni ed integrazioni.

Il riconoscimento che avviene a seguito di decreti di privatizzazione non costituisce infatti – ad avviso della Scrivente – vero e proprio riconoscimento per legge della struttura entificata privata, ma mero rinvio ad una disciplina generale (degli enti privati), applicabile in quanto ne ricorrano i presupposti. In altri termini la F.N.C., ai sensi dell'art. 115 del d.P.R. 616/1977, non esiste più come ente pubblico ma continua a sussistere come ente morale, se e nei limiti in cui un decreto del Presidente della Repubblica (fonte generale di riconoscimento della personalità giuridica privata) ne dispone la continuità (cfr. d.P.R. 23 dicembre 1978 in *Gazzetta Ufficiale* n. 63 del 5 marzo 1979).

Analogo discorso vale per le federazioni nazionali sportive, nei cui confronti il legislatore (artt. 15 e 16 del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242) si limita ad ammettere la continuità come mere «associazioni con personalità giuridica di diritto privato», ponendo altresì una serie di condizioni statutarie affinché conservino il riconoscimento, comunque ottenuto.

In buona sostanza sia la F.N.C. che le federazioni sportive nazionali hanno ottenuto la personalità giuridica di diritto privato per effetto di atti amministrativi e non per diretto riconoscimento di legge.

Sotto altro e diverso profilo il decreto di delegificazione n. 361 del 2000 ha la funzione limitata di semplificazione delle procedure vigenti e non poteva ragionevolmente introdurre modifiche al codice civile tali da sottrarre le modificazioni statutarie di particolari enti da ogni controllo governativo: in tanto valgono la semplificazione e la deroga, in quanto effettivamente nella legge costitutiva di enti dotati di personalità giuridica privata si ritrovino norme e procedimenti idonei a regolamentare globalmente la vita di tali enti. In mancanza di un siffatto rinvio deve necessariamente avere vigore la disciplina generale che, nel caso delle federazioni sportive costituite anteriormente al 20 gennaio 1999, non può che essere quella recata per tutte le altre associazioni di diritto privato e, tra queste, per le stesse federazioni nazionali sportive costituite successivamente al 20 gennaio 1999. Di conseguenza le modifiche statutarie devono essere approvate dal Prefetto, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2, comma I e 1, comma 5 del regolamento 10 febbraio 2000, n. 261».

**A.G.S. – Parere del 27 settembre 2003, n. 105001 – Assunzione di dirigente di seconda fascia presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.**

*Se alla luce dell'art. 19 della legge n. 448/2001 (che ha disposto anche per le amministrazioni statali il blocco delle assunzioni per il 2002 di personale a tempo indeterminato) e dell'art. 34 della legge n. 289/2002 (che ha rinnovato tale blocco per il 2003, salve in particolare deroghe ivi previste ai commi 5 e*

6), possa procedersi – e con quale decorrenza – alla assunzione del candidato non utilmente collocato nella graduatoria di concorso per l'accesso alla qualifica dirigenziale, approvata con decreto del 20 dicembre 2001, a seguito di annullamento parziale di tale decreto pronunciato dal T.A.R. con sentenza dell'agosto 2002, che ha dichiarato anche l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere alla rettifica della graduatoria stessa con inserimento del candidato ricorrente (con il quale il contratto individuale di lavoro non è stato sinora stipulato) (consulativo n. 20352/02, avvocato A. Barbieri).

«Con la nota a margine è stato domandato parere in merito ad una richiesta, pervenuta a codesto Dipartimento dal Ministero in oggetto [del Lavoro e delle Politiche Sociali], concernente l'assunzione di un dirigente di seconda fascia, già pubblico dipendente, a seguito dell'annullamento della graduatoria del concorso, cui il medesimo aveva partecipato, da parte del T.A.R. del Lazio.

Espone, infatti, codesta Amministrazione che l'allora Ministero del Lavoro aveva bandito in data 13 novembre 1998 concorso pubblico per reclutamento di tre unità di personale con la qualifica di dirigente informatico e che, a seguito dell'espletamento delle relative procedure, aveva provveduto, in data 28 dicembre 2001, alla stipula dei contratti individuali di lavoro a tempo indeterminato con i tre vincitori, ai sensi dell'art. 28 del D.Lgs. 165/2001.

In esito ad impugnativa da parte del quarto classificato Dott. I., interveniva, allora, sentenza di accoglimento del T.A.R. Lazio n. 6930, pubblicata in data 2 agosto 2002, in conseguenza della quale veniva, dal Dicastero summenzionato, risolto il contratto stipulato con il terzo classificato al predetto concorso, essendo stata annullata prima e modificata, poi, la graduatoria concorsuale in osservanza del disposto giurisdizionale.

Dovendosi procedere all'assunzione del ricorrente entro il 2002, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali si è posto il problema – investendo del medesimo codesto Dipartimento – della vigenza del divieto assuntivo di cui all'art. 19 della legge finanziaria del 2002 n. 488/2001, ritenendo, peraltro, che siffatto divieto potesse superarsi in considerazione della necessità che deriverebbe all'Amministrazione dalla esecuzione di una decisione giurisdizionale e dalla retrodatazione dell'assunzione stessa al 2001, allorché era stata approvata la graduatoria concorsuale, il che comporterebbe la mera sostituzione di un dipendente con un altro, nonché l'estraneità del divieto stesso alla fattispecie, non dovendosi procedere ad alcuna nuova assunzione, senza, quindi, alcun aggravio di spesa.

Codesto Dipartimento, sulla scorta di quanto prospettato dal suddetto Ministero, individua invece, nella nota cui si risponde, il divieto di assunzioni per il 2002 come generale per lo Stato e gli enti pubblici non economici, anche in riferimento ad assunzioni per concorsi esauriti nel 2001, ma per i quali non si sia proceduto alla stipulazione del relativo contratto di lavoro entro il 31 dicembre dello stesso anno. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 35, comma 1, del D.Lgs. 165/2001, è con il contratto individuale che si concreterebbe (oggi) l'assunzione alle pubbliche dipendenze, in aderenza altresì, al parere del Consiglio di Stato n. 3348/02, con il quale è stata ribadita la

necessaria compresenza, assieme alla cosiddetta «progressione di carriera» dei dipendenti delle PP.AA. che vincano un concorso dirigenziale *ex art. 28* del D.Lgs. 165/2001, altresì della sottoscrizione del contratto individuale di lavoro, essendo irrilevante, al fine del perfezionamento dell'assunzione, la provenienza del candidato dall'ambito del personale pubblico.

Ciò posto, codesta Amministrazione, considerato che il contratto di lavoro con il candidato che ha vinto il ricorso al T.A.R. dovrebbe stipularsi nella vigenza del riferito divieto generale, non ritiene possibile procedere alla assunzione, anche in considerazione dell'insussistenza, nel caso di specie, di alcuna ipotesi di deroga legislativa al «blocco» delle assunzioni, non potendosi assimilare la situazione «*de qua*» a quella di cui agli artt. 45 e 46 della legge finanziaria del 1996 n. 549/1995, la quale, per il triennio 1996-1998 aveva sì disposto il divieto, nel campo del pubblico impiego, dell'estensione dei giudicati amministrativi anche ai soggetti non ricorrenti, ma ne aveva escluso l'applicazione qualora gli interessati fossero a loro volta coinvolti in procedimenti giurisdizionali in grado di appello, laddove il Consiglio di Stato avesse già deciso in senso a loro favorevole questioni identiche.

Onde, in conclusione, codesta Presidenza chiede alla Scrivente se, in un caso come quello descritto, debba applicarsi il divieto di cui all'art. 19 della legge 448/2001 o se, al contrario, possa superarsi siffatto divieto con la stipula di un contratto individuale di lavoro con decorrenza giuridica dalla data di approvazione della graduatoria del concorso (28 dicembre 2001).

Premesso quanto precede, occorre anzitutto considerare come «*medio tempore*» si sia assistito ad una ulteriore modificazione normativa, in forza della quale il divieto di cui all'art. 19 della legge 488/2002, che riguardava solo l'anno 2002, è stato sostituito dalle disposizioni recate dalla vigente legge finanziaria per il 2003, n. 289/2003, la quale, all'art. 34, nel riproporre, per le PP.AA. di cui al D.Lgs. 165/2001 (con esclusione di piccoli comuni), il «blocco» delle assunzioni anche per il 2003, ha disposto altresì numerose deroghe al blocco stesso, ivi compresa quella, di cui ai commi 5 e 6, attinente alle «*effettive, motivate ed indilazionabili esigenze di servizio*» palesate dalle Amministrazioni interessate (comma 5), tra le quali esigenze sono state esplicitamente incluse (comma 6) le assunzioni dei vincitori di concorsi espletati alla data del 29 settembre 2002 e in corso, la cui graduatoria sia stata approvata entro il 31 dicembre 2002.

Sul piano processuale, poi, la precitata sentenza del T.A.R. Lazio n. 6930/2002 è stata confermata dal Consiglio di Stato, a seguito dell'appello proposto dal controinteressato, con la decisione di rigetto n. 2538/2003, di talché la posizione acquisita dal ricorrente originario Dott. I. si è resa oggi definitiva.

Ciò posto, la Scrivente nutre perplessità in ordine alla ritenuta impossibilità di poter procedere all'assunzione del candidato al concorso vincitore del ricorso al T.A.R., tramite la stipulazione di un contratto individuale di lavoro per la qualifica dirigenziale messa a concorso, con decorrenza giuridica dal 28 dicembre 2001, in base alla nuova graduatoria derivante dall'applicazione della sentenza n. 6930/02 del T.A.R. Lazio, nel presupposto nor-

mativo della vigenza del cosiddetto «blocco» delle assunzioni, già disposto dalla «finanziaria» per l'anno 2002 e poi ribadito dalla successiva «finanziaria» per il 2003.

Il discorso che deve essere affrontato nella specie, infatti, è quello sulla vigenza o meno del divieto di nuove assunzioni disposto dalla legislazione «*medio tempore*» intervenuta, quando, a fronte del predetto divieto, si ponga l'obbligo per la P.A. di ottemperare ad una decisione (ormai definitiva) del giudice amministrativo.

Il principio cui l'Amministrazione è tenuta ad uniformarsi in tal caso è l'autorità cogente del giudicato amministrativo, la quale è la diretta derivazione del principio costituzionale sulla tutela delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino che adisce l'autorità giudiziaria (artt. 24 e 113 Cost.), onde appare conseguenza di ciò quella in forza della quale alcuna legge potrebbe sovvertire siffatto ordine senza porsi in contrasto con la carta costituzionale della Repubblica.

Di talchè, se è vero che uniformarsi al predetto giudicato comporterebbe, però, stante il «blocco» di assunzioni nella P.A. a tempo indeterminato, il potenziale contrasto con una norma di legge che fissa un divieto, appare parimente evidente che in casi come quello in esame si impone comunque una corretta operazione a livello interpretativo.

Sotto siffatto profilo, allora, va detto che l'art. 19 della legge finanziaria del 2002, nel disporre il cosiddetto «blocco» delle assunzioni per la Pubblica Amministrazione, non si può dire abbia voluto intendere che siffatto blocco avrebbe prevalso altresì sull'autorità del giudicato che fosse stato nel frattempo ottenuto dall'aspirante all'assunzione stessa, vale a dire sul suo diritto giurisdizionalmente riconosciuto al posto di lavoro.

Dal punto di vista letterale, la legge di cui si discute ha soltanto dettato regole di organizzazione alla Pubblica Amministrazione, senza menzionare come la stessa Amministrazione avrebbe dovuto regolarsi in fattispecie quali quella in questione, onde la stessa norma è stata pacificamente letta quale strumento posto per finalità di controllo e contenimento della spesa pubblica.

In un'ottica di livello, invece, più sistematico, non sembra che il parere del Consiglio di Stato n. 3348/02 citato da codesto Dipartimento possa essere usato come chiave risolutoria della questione. Esso, infatti, offre un'attenta lettura, ma di carattere generale, sulla vicenda delle assunzioni nel pubblico impiego per lavoratori già dipendenti della P.A., operando il condivisibile aggancio, per ciò che riguarda i concorsi cui partecipino essi dipendenti, tra «progressione di carriera» e stipulazione del contratto di lavoro (stipulazione che non è esclusa dall'essere il vincitore del concorso già dipendente anche della stessa Amministrazione che abbia indetto il concorso medesimo) e ritenendo necessaria la sottoscrizione del contratto per aversi assunzione in servizio alle pubbliche dipendenze.

Lo stesso parere, però, non aveva dinanzi una fattispecie analoga a quella per cui è stato chiesto l'avviso della Scrivente, onde non si può dire che abbia inteso affermare che il divieto di cui all'art. 19 della legge finanziaria per il 2002 (oggi art. 34 della «finanziaria» per il 2003) avrebbe pregiudici-

cato altresì coloro che, a causa dell'illegittimità dello sviluppo procedimentale relativo ad un concorso pubblico bandito e svoltosi in epoca antecedente il divieto surriferito, non avevano potuto essere assunti entro i termini sottratti all'applicazione del divieto stesso, com'è il caso del ricorrente di cui trattasi. Ciò, si ripete, non è stato, infatti, affermato nel parere «*de quo*» né implicitamente né esplicitamente, onde può supporre che, probabilmente, sarebbe parso anche al Consiglio di Stato immanente nel nostro sistema il valore prevalente – di cui lo stesso Consesso è quotidianamente uno degli autorevoli garanti – da attribuirsi ai diritti già acquisiti e riconosciuti a livello giurisdizionale. E tanto può affermarsi anche ipotizzando come in definitiva sia stato lo stesso Consiglio di Stato che ha adottato il predetto parere a confermare, nella sentenza sopra citata, l'imposizione dell'assunzione del Dott. I.

Se, perciò, può concludersi che da nessuna parte è detto, neppure dal Consiglio di Stato, che il divieto assuntivo possa riguardare anche colui che è risultato vincitore di un concorso, ma che, per cause a lui non imputabili, bensì imputabili al comportamento illegittimo della P.A., non è stato posto in grado di stipulare, in tempo utile ad evitare il divieto, il relativo contratto assieme agli altri vincitori del concorso, così come definitivamente riconosciutogli dal giudice da lui stesso adito, può valorizzarsi, allora, la sopra illustrata interpretazione costituzionalmente orientata tanto del precedente art. 19 della legge 448/2001, quanto dell'attuale art. 34 della legge 289/2002, per affermare che il divieto delle assunzioni non potrebbe intaccare diritti giurisdizionalmente acquisiti, senza porsi in contrasto con gli artt. 24 e 113 della Costituzione.

Ma vi sono ulteriori elementi che possono rafforzare la tesi della estraneità della fattispecie in esame all'ambito applicativo dei «blocchi» delle assunzioni nel pubblico impiego sinora reiterati più volte dalle ultime leggi finanziarie.

Anzitutto non è destituita di fondamento la tesi, fatta propria, come riferisce nella nota a riscontro codesto Dipartimento, dallo stesso Ministero interessato, che si versi effettivamente al di fuori anche dell'area di interpretazione sistematica dello stesso divieto assuntivo, atteso che la, «sostituzione» del candidato già quarto e divenuto terzo in base alla nuova graduatoria, al posto di altro candidato già vincitore ed ora da escludersi in forza della nuova graduatoria stessa, non avrebbe alcuna influenza sulla spesa pubblica, oltre a non essere, come tale, una nuova assunzione «*stricto sensu*» intesa.

Senza contare che, ancorché la sottoscrizione del contratto di lavoro con il nuovo vincitore del concorso non possa che avvenire all'attualità, i suoi effetti giuridici sarebbero comunque da ricondurre, proprio in forza del giudicato, ad una data comunque anteriore alla posizione del divieto, vale a dire quel 28 dicembre 2001, data in cui furono definite le posizioni lavorative degli altri vincitori del concorso.

Va inoltre rilevato come non osti a quanto sinora considerato la circostanza, pure accennata nella nota a riscontro, dell'esistenza, sempre reiterata, sinora, dalle ultime leggi finanziarie che si sono succedute, dell'ulteriore divieto, fatto alle PP.AA., di estensione del giudicato anche a soggetti non parti dei relativi processi attinenti al pubblico impiego – tra l'altro, con lo

spirare dell'anno 2001, il legislatore ha inteso ulteriormente inibire la facoltà estensiva in argomento, con l'adozione dell'art. 23 della legge 448/2001, il quale, al comma 3, reitera il divieto anche per il triennio 2002-2004, senza, però, confermare le eccezioni di cui alla precedente analoga norma del 1999, citata da codesto Dipartimento – dal momento che quest'ultimo divieto, proprio per non riguardare coloro che, al contrario, si sono fatti parte diligente nell'impugnare gli atti amministrativi a loro sfavorevoli, come è accaduto per il soggetto di cui si discute, non fa che rafforzare, se ce ne fosse bisogno, il convincimento sulla prevalenza, sul divieto medesimo, dei diritti giurisdizionalmente riconosciuti

Considerato tutto quanto precede, la Scrivente è dell'avviso che, con l'ausilio del canone ermeneutico sopra esposto, la fattispecie in esame non possa essere ricondotta all'ambito applicativo delle norme che hanno posto il «blocco» delle assunzioni nel pubblico impiego anche per il corrente anno 2003.

Si può concludere, pertanto, la presente consultazione nei sensi prospettati, favorevoli all'assunzione del candidato ricorrente con contratto a tempo determinato da stipularsi oggi, con decorrenza giuridica a far data dal 28 dicembre 2001».

#### **A.G.S. – Parere del 1 ottobre 2003, n. 107813.**

*Sabaudia (Latina) – Ricognizione degli strumenti di vincolo paesistico-ambientale gravanti sul centro urbano – Decreto ministeriale 20 luglio 1967 – Decreto interministeriale 22 maggio 1985 (consultivo n. 11612/00, avvocato S. Sabelli).*

«Sulla base delle risultanze della riunione del 24 settembre 2002, tenutasi, nell'ambito della conferenza di servizi indetta dal Comune di Sabaudia, presso la sede di codesta Direzione Generale, si chiede, nella nota che si riscontra, che questa Avvocatura si pronunci nuovamente in merito alla questione della vigenza di un vincolo paesaggistico sul centro urbano di Sabaudia. Tale questione aveva già costituito oggetto di parere, richiesto dal Ministero delle Politiche Agricole e Forestali e reso dalla Scrivente con nota n. 20005 del 25 febbraio 2002.

Va al riguardo rilevato che, nel corso della predetta riunione e soltanto in tale occasione, questa Avvocatura ha potuto acquisire conoscenza dell'orientamento, già espresso da codesta Amministrazione nel senso della non sussistenza del vincolo (in particolare, con nota del 16 ottobre 2000, inviata alla Regione Lazio, e con la successiva nota del 21 maggio 2001, inviata al Sindaco del Comune di Sabaudia e per conoscenza ad altre autorità tra le quali la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Latina. Entrambe le lettere sono state prodotte dal Comune di Sabaudia tra i documenti allegati alle osservazioni presentate in sede di Conferenza dei servizi).

Da tale documentazione emerge, in particolare, che la planimetria allegata al decreto ministeriale 20 luglio 1967 (della quale la Scrivente non disponeva al tempo dell'emissione del proprio parere) reca in calce un'anno-

tazione – avvalorata dalla presenza di due timbri della Soprintendenza ai monumenti del Lazio – del seguente tenore: «*Sabaudia zona costiera. L'area circoscritta dal tracciato colore verde è dichiarata di notevole interesse pubblico a norma della legge 29 giugno 1939, n. 1497 (con esclusione del nucleo abitato) (decreto ministeriale 20 luglio 1967 – Gazzetta Ufficiale n. 193 del 2 agosto 1967)*; una successiva planimetria, ridotta da documento conforme autenticato dal Comune di Sabaudia, nel riprodurre l'insieme delle zone già vincolate con i DD.MM. 7 marzo 1956, 22 ottobre 1964, 20 luglio 1967, 14 dicembre 1971 e 25 febbraio 1974, nonché l'ulteriore zona vincolata dal successivo decreto ministeriale 22 maggio 1985, rappresenta anch'essa, con i confini contrassegnati in rosso, la delimitazione del centro urbano di Sabaudia all'interno della zona dichiarata di notevole interesse pubblico dal già citato decreto del 20 luglio 1967. Tale ultimo documento, per le ragioni che si esporranno, non appare allo stato degli atti attendibile.

Sulla base del primo documento il Comune di Sabaudia fa presente, a sostegno della tesi dell'insussistenza del vincolo, che un precedente decreto del 7 marzo 1956 emanato dal Ministero della Pubblica Istruzione di concerto con il Ministero della Marina Mercantile, era stato annullato con d.P.R. del 24 marzo 1965 in accoglimento del ricorso gerarchico presentato in data 30 giugno 1956 dal Comune di Sabaudia, e che lo stesso Comune, in data 15 aprile 1966, aveva fatto opposizione avverso la proposta di vincolo paesistico avanzata dalla Commissione Provinciale di Latina per la protezione delle bellezze naturali con verbale n. 12 del 26 aprile 1965 in riferimento al territorio del Comune di Sabaudia, come delimitato dalla planimetria allegata allo stesso verbale. Di tale opposizione viene fatta menzione nella parte motiva del decreto ministeriale del 20 luglio 1967, in cui si ravvisava «*l'opportunità di prendere in considerazione i motivi dell'anzidetta opposizione del sindaco di Sabaudia e di escludere pertanto dal vincolo la zona del nucleo urbano, che non rappresenta un particolare valore paesistico...*». La suddetta ricostruzione dei precedenti storici del provvedimento di vincolo e le accennate risultanze della planimetria allegata al decreto accentuerebbero la rilevata discrasia tra gli elementi motivazionali e il decretato, e inducono, secondo quanto messo in luce dal Comune di Sabaudia, a dare prevalenza agli aspetti tecnici e motivazionali rispetto al dispositivo del decreto 20 luglio 1967.

Quanto alla seconda planimetria, si insiste, da parte del Comune, sulla natura meramente ricognitiva del decreto «galassino» del 22 maggio 1985, la cui parte dispositiva ha ad oggetto l'estensione del vincolo ad una vasta zona limitrofa, non vincolata con i precedenti decreti, con l'adozione per tale territorio delle cosiddette misure di salvaguardia fino al 31 dicembre 1985 (punto 1, commi 1 e 2), e l'integrazione, nella parte del dispositivo dei medesimi decreti ministeriali – 7 marzo 1956, 22 ottobre 1964, 20 luglio 1967 (Sabaudia), 20 luglio 1967 (S. Felice Circeo), 14 dicembre 1971 e 25 febbraio 1974 –, richiamati nelle premesse, con la stessa prescrizione di misure di salvaguardia fino alla data del 31 dicembre 1985 (punto 2).

La Soprintendenza per i Beni Architettonici e per il Paesaggio del Lazio, interpellata dalla Scrivente con nota n. 5160 del 16 gennaio 2003 in merito



al valore probatorio e quindi all'attendibilità, delle due planimetrie prodotte dal Comune di Sabaudia, rispondendo con nota del 21 maggio 2003, ha precisato che:

«1) circa la planimetria della zona vincolata, allegata al D.M. 20 luglio 1967, recante in calce un'annotazione con la quale si specifica che il nucleo urbano di Sabaudia è da intendersi escluso dal vincolo paesaggistico, la stessa è copia conforme all'elaborato da sempre utilizzato da questa Soprintendenza, al fine di individuare il territorio soggetto al vincolo di cui al D. M 20 luglio 1967 ed il territorio escluso dallo stesso;

2) circa la planimetria della zona vincolata in relazione al successivo decreto del 22 luglio 1985, nella quale il perimetro del centro urbano appare graficamente contrassegnato all'interno della circostante area assoggettata a vincolo, questa Soprintendenza può solo affermare che trattasi di elaborato redatto dal Comune di Sabaudia al quale più volte si è fatto riferimento in quanto mera conferma grafica dei contenuti di cui alla planimetria richiamata al punto precedente.»

Preso atto di tali precisazioni ed osservazioni di carattere tecnico, questa Avvocatura ritiene di dover confermare le conclusioni già adottate nel precedente parere per le ragioni di seguito indicate.

Per quanto riguarda il decreto del 20 luglio 1967, la singolarità della fattispecie nella quale il dispositivo, recante la descrizione dei confini della vasta zona vincolata, che si estende dal mare all'entroterra, non contiene alcun riferimento diretto ed esplicito a quanto espresso nella motivazione per la parte che ci interessa, tuttavia supportato dall'elemento cartografico, di valore probatorio non confutabile, considerata la provenienza da fonte ufficiale – può indurre ad una diversa interpretazione del decreto che tenga conto dell'esigenza di integrare il dispositivo, con il contenuto della motivazione, laddove appaiono non coincidenti con la planimetria che costituisce anch'essa elemento integrante del decreto. Sul punto va infine ricordato che il Consiglio di Stato in sede consultiva, (Sezione Seconda, 25 luglio 2001, n. 1492) nel contesto di un parere sulla legittimità di una concessione edilizia rilasciata dal Comune per la realizzazione di un edificio residenziale all'interno del nucleo di Sabaudia, ha ritenuto che *«non risultano invece operanti, come erroneamente prospettato nella relazione dell'Amministrazione per lo stesso centro storico, le disposizioni del D.M. 20 luglio 1967, di dichiarazione di notevole interesse pubblico della zona costiera del Comune di Sabaudia, ai sensi della legge n. 1497/1939, il cui quarto «visto» evidenzia l'opportunità di «escludere dal vincolo la zona del nucleo urbano di Sabaudia».*

Questa nuova ricostruzione dei contenuti del vincolo previsto dal D.M. 20 luglio 1967 non si riverbera, tuttavia, sulla successiva disciplina introdotta dal decreto ministeriale 22 maggio 1985, dal piano territoriale paesistico e dalla legge 431 del 1985.

Va infatti considerato che la funzione dei cosiddetti «galassini», tra i quali il D.M. 22 maggio 1985, è quello di dare tutela paesistica a zone omogenee, unificando ed integrando il sistema dei vincoli puntuali preesistenti nel territorio e condizionando gli interventi possibili nelle aree protette alla predisposizione in tempi prefigurati come brevi (entro il 31 dicembre 1985)

dei piani territoriali paesistici. Tale funzione integrativa e di salvaguardia si ritrova puntualmente nel decreto 22 maggio 1985 che accorpa ed integra tutte le precedenti declaratorie, disponendo che fino al 31 dicembre 1985 restano «vietate tutte le modificazioni dell'assetto del territorio, nonché le opere edilizie e lavori fatta eccezione per i lavori di restauro, risanamento conservativo nonché per quelli che non modifichino l'aspetto esteriore dei luoghi». In un tale contesto, che trova poi conferma nelle disposizioni della legge 8 agosto 1985, n. 431, la delimitazione dell'area contenuta nel dispositivo del decreto assume una valenza autonoma, non riconducibile ad un effetto meramente confermativo dei precedenti vincoli. Coerentemente a tale scelta, il piano territoriale paesistico approvato, sia pure 'con notevole ritardo', dalla Regione Lazio include tra le aree assoggettate alla sua disciplina anche il centro abitato di Sabaudia.

La soggezione a vincolo paesistico del centro abitato di Sabaudia trova d'altronde conferma anche dalla circostanza che l'area in questione ricade pacificamente nel perimetro del Parco del Circeo. L'art. 1, lettera *f*) della legge 8 agosto 1985 infatti sottopone direttamente a vincolo paesistico «*i parchi e le riserve nazionali o regionali nonché i territori di protezione esterna dei parchi*». Né vale al riguardo la deroga di operatività dei vincoli e delle pianificazioni prevista dal comma 2 dell'art. 2 della stessa legge Galasso relativamente alle aree A e B del piano regolatore comunale ed in relazione ad aree per le quali siano previste forme di urbanizzazione pubblica. La giurisprudenza amministrativa è ferma infatti, nel ritenere che la deroga prevista dal citato art. 1, comma 2 della legge n. 431 del 1985 non possa valere per aree, come quella di cui si discute, specificatamente individuate e delimitate da provvedimenti amministrativi (cfr. al riguardo Consiglio di Stato, VI sez., 31 dicembre 1988 n. 1351, pubblicata in *Cons. di Stato*, 1988, 1, 1679. Nello stesso senso anche sez. VI, 6 aprile 1987, n. 242 e, da ultimo, sez. VI n. 3241 del 19 giugno 2001).

In conclusione sul punto è parere della Scrivente che il vincolo paesistico sul centro abitato di Sabaudia sussiste a partire dalla pubblicazione del D.M. 22 maggio 1985 e resta comunque confermato dall'entrata in vigore della legge 8 agosto 1985 n. 431. Alla stregua delle esposte osservazioni l'orientamento espresso da codesto Ministero nelle note 16 ottobre 2000 e 21 ottobre 2001 sopra citate non si può condividere in relazione al D.M. 22 maggio 1985 («galassino») e alla disciplina introdotta dalla legge n. 431 del 1985 e si ritiene opportuna una rettifica da indirizzare a cura di codesta Direzione Generale a tutti gli enti e gli uffici interessati cui quelle note erano state allora inviate.

Quanto alle misure che il Comune di Sabaudia deve adottare in relazione ad interventi già realizzati nella medesima area ma privi dell'autorizzazione prevista dall'art. 151 del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, si ritiene che la Regione Lazio, cui spetta la competenza delegata nel settore, e l'autorità subdelegata possano ragionevolmente muoversi nell'ambito delle previsioni di cui all'art. 164 del citato decreto legislativo n. 490 del 1999 (in particolare il comma 4), così come interpretato dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 4 del 24 aprile 2002, che indica le condizioni e le moda-

lità di rilascio delle autorizzazioni paesistiche «in sanatoria». Per quanto riguarda la iniziativa diretta del Ministero per i beni e le attività culturali si segnala la disposizione prevista dal comma 4 dell'art. 149 del citato decreto legislativo n. 490 del 1999, a norma della quale: «*Fermo il disposto dell'art. 164, il Ministero, d'intesa con il Ministero dell'ambiente e con la Regione, può adottare misure di recupero e di riqualificazione dei beni tutelati a norma di questo titolo i cui valori siano stati comunque compromessi*».

**A.G.S. – Parere del 6 ottobre 2003. n. 109380.**

*Responsabilità civile per danni prodotti a terzi dalla circolazione di velivolo: posizione del pilota e del proprietario* (consultivo n. 3841/03, avvocato F. Clemente).

«Codesto Aereo Club d'Italia con nota prot. 1782 del 13 febbraio 2003, ha richiesto un parere circa la normativa applicabile, in materia di volo da diporto o sportivo, nell'ipotesi di sinistro e conseguenti danni cagionati ai terzi dalla circolazione del velivolo. In particolare, chiedeva se, accanto ad una responsabilità del pilota ai comandi (oltre a quella della compagnia di assicurazione), si potesse configurare anche una responsabilità solidale del proprietario (o dei comproprietari) del velivolo con pilota al momento del sinistro (oltre alla compagnia assicuratrice), come avviene per la RC auto.

Or bene, in materia di volo da diporto o sportivo, occorre fare riferimento da un lato alla normativa di cui all'art. 1 della legge n. 106/1985 (e successive integrazioni e modifiche) e dall'altro agli artt. 1 e 21 del d.P.R. n. 404/1988 (e successive integrazioni e modifiche) attuativo della disciplina suddetta concernente il V.D.S.

In primo luogo, l'art. 1 della legge citata sancisce una distinzione tra gli apparecchi utilizzati per il V.D.S. ricompresi nei limiti indicati in allegato annesso alla suddetta legge e quelli, invece, eccedenti tali limiti. A questa distinzione tecnica si accompagna una distinzione in termini di disciplina giuridica applicabile: i primi non sono considerati aeromobili ai sensi dell'art. 743 cod. nav.; i secondi sono, invece, soggetti alle disposizioni vigenti in materia di aeromobili.

Ciò premesso ed indipendentemente da questa distinzione, l'art. 1 del d.P.R. n. 404/1988 – nell'ambito delle prescrizioni generali – individua nel pilota ai comandi il responsabile per la condotta dei voli (cioè colui che «è tenuto, prima dell'inizio del volo ed in ogni sua fase, ad accertarsi personalmente che esso possa svolgersi in piena sicurezza, tenuto conto delle condizioni meteorologiche, della efficienza dell'apparecchio, delle proprie condizioni psico-fisiche, del proprio addestramento e di ogni altra circostanza di tempo e di luogo, e conseguentemente a determinare la condotta da tenere affinché il volo non risulti pericoloso per la propria od altrui incolumità»: v. art. 1).

Successivamente nel predetto d.P.R. di attuazione – nell'ambito del capo dedicato agli obblighi assicurativi per danni ai terzi – all'art. 21 affiora nuovamente la distinzione tra mezzi privi di motore e mezzi muniti di esso: nel primo caso i «praticanti» la disciplina del V.D.S. devono essere coperti di

assicurazione di responsabilità civile per danni prodotti a terzi sulla superficie ed a seguito di urto o collisione in volo; nel secondo caso gli «apparecchi» utilizzati per il volo da diporto o sportivo non possono essere posti in circolazione senza tale copertura assicurativa. Inoltre, *soltanto* in riferimento a questa seconda evenienza, il terzo comma del medesimo articolo (così come sostituito dall'art. 6 d.P.R. del 28 aprile 1993 n. 207) sancisce che a tale obbligo è tenuto il proprietario dell'apparecchio provvisto di motore anche se non intenda farne uso personalmente; tuttavia, continua la presente disposizione, chi intenda fare uso di apparecchio altrui è anch'egli tenuto ad accertarsi che l'obbligo in questione sia stato osservato e, in mancanza, a provvedere lui stesso alla copertura assicurativa.

Da questa disciplina si ricava che il legislatore ha voluto, in primo luogo, creare una differenziazione giuridica, tra i diversi tipi di velivoli; in secondo luogo, per ciò che in questa sede interessa, anche tra i diversi titoli di responsabilità di danno prodotto a terzi dalla circolazione di velivoli. Pertanto, posto che la normativa fa carico al proprietario dell'apparecchio (ovvero a chi intenda farne uso) di fornirgli di copertura assicurativa e individua come responsabile della condotta del volo il solo conducente del velivolo al momento del sinistro indipendentemente dalla circostanza di esserne o meno proprietario (art. 1 d.P.R. n. 404/1988), ciononostante si tratta di verificare se possa sussistere altresì una forma di responsabilità indiretta, solidale, del proprietario o esercente del mezzo.

A tale proposito si osserva a codesto Aereo Club che sussiste sul quesito un conforme orientamento giurisprudenziale che, benché risalente ad un periodo antecedente la disciplina in materia di V.D.S., tuttavia alla luce della nuova normativa, sembra risultare ancora oggi condivisibile.

La riferita giurisprudenza ritiene che l'Aereo Club conservi la qualità di *esercente* dell'apparecchio e conseguentemente assuma una forma di *responsabilità indiretta* per fatti lesivi dei diritti dei terzi compiuti dal socio-pilota preposto alla guida, ogni qualvolta l'affidamento da un Aereo Club locale ad un socio proprio (o addirittura di altri Aereo Club) di un aeromobile di cui l'Aereo Club è proprietario ed esercente, affinché lo guidi in volo in un giro turistico, non integra gli estremi del contratto di locazione, ma ha la sua causa nel rapporto sociale. Infatti, tale rapporto non dà luogo al trasferimento del possesso e dell'esercizio dell'aeromobile, ma si realizza soltanto un rapporto di preposizione, in forza del quale il socio-pilota, preposto alla guida, viene a trovarsi in una posizione equiparabile a quella del comandante o dell'addetto al servizio in volo.

Per contro, nell'ipotesi di un rapporto contrattuale di locazione al conduttore viene trasferito il possesso dell'aeromobile, per cui detto conduttore ne diventa *esercente* e su di lui incomberà la responsabilità indiretta per i fatti dell'equipaggio e cioè per ogni fatto lesivo dei diritti dei terzi compiuto, nella sfera dell'esercizio dell'aeromobile, dall'equipaggio prepostovi, e cioè da chiunque, ancorché non legato all'esercente da un vincolo di subordinazione e da un rapporto continuativo, sia stato da lui addetto al servizio in volo dell'aeromobile stesso (cfr. Cass. civ., Sez. III, del 7 luglio 1972, n. 2264; Cass. Civ., Sez. I, del 9 dicembre 1976, n. 4586).

**A.G.S. – Parere dell'8 ottobre 2003, n. 110920.**

*Prestazioni difensive in materia giudiziale penale* (consultivo n. 19321/00, avvocato M. Giannuzzi).

«Le disposizioni in tema di liquidazioni di compensi ai professionisti forensi per prestazioni in materia giudiziale penale (c. d. «Tariffa Forense 1994») sono contenute nelle deliberazioni del Consiglio Nazionale Forense 12 giugno 1993 e 29 settembre 1994, concernenti i criteri per la determinazione degli onorari spettanti agli avvocati, cui è seguito il Decreto del Ministro della Giustizia 5 ottobre 1994 n. 585.

La Tariffa Forense dispone che il criterio di liquidazione degli importi rimborsabili alla parte vittoriosa all'esito di un procedimento giudiziario ed a carico dell'altra parte soccombente sia diverso dal criterio di liquidazione degli importi a favore del professionista forense ed a carico del cliente: la pretesa di compenso a carico del cliente (soggettivamente gratificato) può essere superiore a quanto è liquidabile a carico della parte soccombente.

Il decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, all' art. 18 ha stabilito che «Le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di Amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza *nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato*».

Da quanto sopra si ricava che il parere del Consiglio dell'Ordine ha ad oggetto il rapporto avvocato-cliente, per cui deve esprimersi su quanto l'avvocato può legittimamente chiedere al suo assistito.

L' Avvocatura dello Stato, ai sensi della citata disposizione, deve invece esprimersi sul rapporto Amministrazione-dipendente e accertare quanto oggettivamente la prima (non legata da alcun rapporto con l'avvocato) deve rimborsare al secondo, non diversamente da ciò che avviene in sentenza ogni qual volta il giudice liquida le spese a carico del soccombente: il compito dalla legge demandato non è di verificare quanto il cliente abbia legittimamente pagato al proprio avvocato, ma di stabilire quanto ragionevolmente può essere rimborsato al dipendente, in relazione alle esigenze della singola fattispecie.

Il parere di congruità dell' Avvocatura dello Stato dovrà perciò tener conto della natura, complessità e gravità della causa e del numero e dell'importanza delle questioni trattate, oltre che della durata del processo e del pregio dell'opera prestata alla stregua, di una liquidazione «oggettiva» a carico della controparte.

In sede di giudizio di congruità, ai sensi dell'art. 18 del d.l.n.67/1997, l'Avvocatura dello Stato deve tener conto, per ciò che attiene alla difesa in un procedimento penale, del fatto che la pluralità dei difensori allevia il carico di oneri e di responsabilità gravanti su ciascun difensore, come è peraltro indicato dallo stesso articolo 1 della Tariffa Professionale.

Ciò comporta che, in tale sede, qualora il dipendente domandi il rimborso di somme eccedenti i massimi di tariffa, ed a maggior ragione quando chieda il doppio od altro multiplo dei massimi, debbano essere adeguatamente motivate e documentate le ragioni obiettive idonee a far ritenere congruo l'importo degli onorari eccedente i massimi tariffari pagato al difensore.

Giova in proposito ricordare che, con comunicazione di servizio 7 luglio 2000 n. 71 a seguito di parere reso dal Comitato Consultivo, questa Avvocatura Generale, considerando la congruità degli onorari da corrispondere ai componenti dei collegi arbitrali, era venuta nella seguente determinazione:

«La possibilità, offerta dall'ultimo capoverso del punto 9 della tariffa, di raddoppiare l'importo massimo al cospetto di controversie che involgono questioni numerose, di notevole complessità e/o di particolare importanza, andrà valutata con prudente apprezzamento dall'estensore del parere: di regola però sarà bene escludere il raddoppio degli onorari quando questi siano già indicati legittimamente nel massimo» (*omissis*).

#### **A.G.S. – Parere del 6 ottobre 2003, n. 109382.**

*Osservatorio dei LL.PP. Natura e funzioni. Interpretazione degli artt. 75, lett. h), d.P.R. 554/1999 e 27, lett. s) e t) del d.P.R. n. 34/2000 (consultivo n. 14571/03, avvocato M. Corsini).*

«Con la nota in riferimento codesta società rappresenta essere emersa nelle proprie gare la problematica dell'eventuale esclusione di talune imprese sulla scorta delle circostanze emergenti dal Casellario informatico previsto dall'art. 27 del d.P.R. 34/2000.

In un contesto di sostanziale novità normativa e di intuibile delicatezza, per i riflessi che l'applicazione delle norme potrebbe avere sugli interessi in gioco, la materia è attualmente oggetto di un consistente sforzo interpretativo sia da parte della giurisprudenza che da parte dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, con tutta una serie di decisioni e di pronunciamenti che — per via di progressiva approssimazione — sembrano consentire oggi un principio di lettura del sistema che può considerarsi soddisfacente.

È preliminarmente opportuno prendere le mosse dall'individuazione delle notizie e degli elementi che, secondo le norme regolamentari, sono suscettibili di essere iscritte nel Casellario, strumento che è volto non solo all'ambito della qualificazione, ma a consentire più in generale alle stazioni appaltanti la conoscenza di ogni dato concernente le imprese ai fini dell'esclusione dalle gare:

- i dati identificativi dell'impresa (lettere *a, b*);
- i dati relativi ai requisiti tecnico - economico - organizzativi della qualificazione (lettere *c, d, e, f, g, h, i, l, m*);
- i requisiti generali dell'impresa, pure rilevanti per la qualificazione (lettere *n, o, p, q*);
- le notizie rilevanti per l'ammissione alla gara (lettere *r, s*);
- tutte le altre notizie riguardanti l'impresa ritenute utili dall'Osservatorio (lettera *t*).

Il più rilevante profilo di incertezza, come avverte anche codesta società, si è manifestato relativamente alle false dichiarazioni che taluni concorrenti rendono in gara, al fine di attestare il possesso di requisiti (prevalentemente di ordine generale) che consentono la partecipazione alle procedure di selezione; si tratta, come è evidente, di un aspetto di fondamentale importanza in quanto l'aver reso false dichiarazioni in gara è causa di esclusione temporanea dalle gare, e la conoscibilità del dato da parte di tutte le stazioni appaltanti è condizione essenziale per il corretto ed effettivo funzionamento del sistema.

Nelle sue prime decisioni il T.A.R. Lazio pareva aver sposato un'interpretazione assai restrittiva, affermando che avrebbero dovuto essere annotate nel casellario solo le situazioni derivanti dalla applicazione — ormai residuale, come è noto — dell'art. 10, comma 1 *quater* della legge quadro, e che avrebbero potuto aver rilievo ai fini dell'annotazione solo le falsità nelle dichiarazioni compiute in sede di verifica a campione *ex art. 10 cit.* circa il possesso dei requisiti speciali di ordine economico-finanziario-tecnico.

Tale interpretazione, che probabilmente ha risentito del particolare contesto in cui è maturata (oggetto dell'impugnativa erano infatti i provvedimenti con cui l'Autorità di Vigilanza, con un intento sanzionatorio che il T.A.R. ha censurato per carenza del relativo potere, aveva essa inteso esercitare il potere di disporre l'annotazione dei fatti sul Casellario) è stata immediatamente sottoposta a critica da parte di questa Avvocatura, che ha nel progresso del contenzioso cercato di focalizzare l'attenzione sul fatto che sul Casellario Informatico:

1.- sono annotati i provvedimenti di esclusione dalle gare adottati dalle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 8 della legge 109/1994. Si tratta di *tutti* i provvedimenti di esclusione, comunque adottati, richiamando la legge i «medesimi criteri» da essa previsti, e cioè le cause di esclusione dettate dalla norma comunitaria, dalle norme antimafia e di prevenzione. Detto per incidenza, l'art. 24 della direttiva CEE 93/37 ricollega l'esclusione dalla gara al fallimento dichiarato o in corso di dichiarazione, all'esistenza di condanna penale, all'errore professionale, all'inadempimento agli obblighi previdenziali, assicurativi e tributari, alla falsità delle dichiarazioni rese. *Se dunque un'amministrazione aggiudicatrice esclude un'impresa da una propria gara per aver questa reso false dichiarazioni, la relativa circostanza deve essere annotata sul casellario.*

2.- Sono annotate le eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai «requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione alle gare». Detti requisiti, nonostante la norma richiami la procedura *ex art. 10, comma 1 quater* della legge (che, come è noto, riguarda i soli requisiti speciali tecnico-economici), devono ritenersi tutti quelli richiesti per partecipare alla gara, anche quelli generali, riferendosi la norma a tutto ciò che può essere «rilevante» ai fini della partecipazione stessa (specificazione che, altrimenti, sarebbe inutile).

3.- Sarebbe comunque possibile annotare nel casellario il fatto che un'impresa ha reso false dichiarazioni in sede di gara, dal momento che la lettera *t)* dell'art. 27 consente che siano iscritte «*tutte le altre notizie riguar-*

*danti le imprese che...sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del casellario». E che la resa di dichiarazioni false possa e debba considerarsi «utile» non pare possa essere dubbio, considerato che essa assume rilievo per gli effetti previsti dall'art. 75, lettera h) del d.P.R. 554/1999, che appunto prevede quale causa di esclusione la falsità delle dichiarazioni rese in gara risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio.*

Ad avviso di questa Avvocatura, dunque, non potrebbe sostenersi che la sola falsa dichiarazione iscrivibile nel Casellario sia quella connessa alla applicazione dell'art. 10, comma 1 *quater* della legge 109.

L'art. 75, comma 1, lettera h) del Regolamento Generale di cui al d.P.R. 554/1999 espressamente prevede l'esclusione dalla gara dell'impresa «che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando... hanno reso false dichiarazioni in merito *ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara*, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio dei lavori pubblici».

La norma non contiene alcun riferimento limitativo all'ipotesi dell'art. 10, comma 1 *quater*, e pertanto deve interpretarsi in tutta l'ampiezza consentita: i requisiti e le condizioni in ordine ai quali sono configurabili false dichiarazioni dei concorrenti sono tutti quelli che siano rilevanti ai fini della gara, e quindi requisiti di qualificazione quando richiesti (speciali, ossia tecnico-economici, e generali, ossia soggettivi) e condizioni personali o professionali, tanto se previsti dalla normativa positiva quanto se richiesti dalla *lex specialis* della gara (v. in dottrina: CIANFLONE, *L'appalto di Opere Pubbliche*, Padova, 2002, 302).

L'ordinamento è dunque «chiuso» nel senso che la falsità delle dichiarazioni rese dall'impresa non può essere ritenuta non iscrivibile nel casellario. Non può esservi possibilità che la relativa circostanza scampi al meccanismo di pubblicità. E d'altra parte, questa è la sola interpretazione possibile, alla luce di un sistema che ha elevato a regola generale l'autodichiarazione, per cui il possesso di tutti i requisiti soggettivi e l'esistenza di tutte le situazioni abilitanti è dal concorrente solo dichiarata in gara, con l'unica garanzia per la stazione appaltante nel controllo a posteriori della veridicità di quanto dichiarato e nella repressione dell'eventuale falsità.

Il profilo sembra essere stato colto dalla più recente giurisprudenza dello stesso T.A.R. Lazio che nelle sentenze della sezione terza, 12 agosto 2003 nn. 7059, 7060 e 7061, pur mantenendo fermo il proprio avviso circa l'illegittimità del potere sanzionatorio autoattribuito dall'Autorità, ha tuttavia avuto modo di affermare che le stazioni appaltanti devono comunicare all'Osservatorio tutte le notizie che riguardino le imprese che abbiano partecipato alle proprie gare, e che l'Autorità deve inserire nel Casellario tutte le notizie che ad essa pervengano dalle stazioni appaltanti, eccezion fatta — ovviamente — per quelle che non attengano alla funzione del Casellario stesso e per quelle per le quali si riveli insussistente il presupposto di fatto.

Ovviamente, in tale prospettiva, assume evidente importanza l'esigenza che le stazioni appaltanti procedano ad un'esauriente e completa attività di comunicazione all'Osservatorio circa i provvedimenti di esclusione dalle gare adottati e soprattutto circa le relative motivazioni. Ad esempio, nel comuni-



care che una determinata impresa è stata esclusa da una gara per l'esistenza di una determinata causa preclusiva fissata dalla *lex generalis* (ad esempio, l'esistenza di condanna penale) o dalla *lex specialis* (una situazione di collegamento sostanziale), occorre che la stazione appaltante precisi se vi sia stata o meno anche falsa dichiarazione da parte dell'impresa; altrimenti, l'inserimento nel Casellario Informatico della specifica circostanza potrebbe non essere di alcuna utilità ai fini dell'effettivo funzionamento della causa di esclusione prevista dalla lettera *h*) dell'art. 75 del Regolamento Generale.

Il tutto sembra oggi aver trovato adeguata previsione e definizione nella determinazione 6 maggio 2003, n. 10/2003 da parte dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, e nella allegata scheda tipo di comunicazione, cui — anche per evidenti ragioni di omogeneità di comportamento con le altre stazioni appaltanti — codesta società vorrà attenersi.

In definitiva, allo stato attuale della normativa e della giurisprudenza, la soluzione delle questioni poste da codesta società nella nota in riferimento può così articolarsi.

*a)* secondo la vigente normativa (di settore e generale) un concorrente ad una gara per l'affidamento di lavori pubblici partecipa solo sulla base di autodichiarazioni: egli infatti dichiara il possesso dei requisiti generali soggettivi riferiti alle situazioni menzionate dall'art. 75 del d.P.R. n. 554/1999; dichiara pure solo nel caso in cui non è necessario l'attestato SOA (lavori sotto i 150.000 euro o di importo illimitato) il possesso degli ulteriori requisiti tecnico-economici; dichiara inoltre l'esistenza o l'inesistenza delle eventuali altre situazioni richieste dalla *lex specialis* della gara;

*b)* se la dichiarazione risulti falsa al successivo controllo dell'amministrazione aggiudicatrice, l'impresa, oltre ad essere esclusa dalla gara corrente per difetto di un requisito richiesto dalla legge o dal bando, vede comunicata l'esclusione — unitamente al motivo che l'ha determinata — al casellario *ex art. 27* lettere *r*) e *s*) e comunque *t*) del d.P.R. n. 34/2000; la situazione di collegamento sostanziale è certamente causa di esclusione dalla gara, e come tale va comunicata al casellario, ma non necessariamente dà vita ad ipotesi di falsa dichiarazione, a meno che l'assenza di situazioni di collegamento non debba anch'essa essere dichiarata per esplicita previsione del bando o della lettera di invito;

*c)* come correttamente indica l'Autorità nella ricordata determinazione 10/2003, qualora al fatto oggettivo dell'esistenza di una causa di esclusione in capo ad un'impresa si accompagni la falsa attestazione del possesso del requisito stesso, la stazione appaltante deve comunicare entrambe le notizie, con ovvia estensione della comunicazione all'impresa esclusa per consentire l'opportuna tutela: è infatti evidente che, mentre la pubblicità della semplice esistenza di una situazione ostativa (ad esempio un precedente penale o un rapporto di collegamento o di controllo) ha una limitata rilevanza, non così con riferimento all'avvenuta falsa dichiarazione;

*d)* di conseguenza, tutte le situazioni rilevanti per l'impresa risultanti dal casellario sono conoscibili da tutte le stazioni appaltanti, ma solo la falsità delle dichiarazioni può consentire l'esclusione dell'impresa responsabile dalle gare *ex art. 75* lettera *h*) del d.P.R. 554/1999».

**A.G.S. – Parere del 7 ottobre 2003 n. 111507**

*Se il termine semestrale per gli adempimenti relativi all'istruzione e successiva trasmissione all'INPDAP delle domande di riscatto di servizi di cui all'art. 24, ult. comma, del T.U. delle norme sulle prestazioni previdenziali a favore dei dipendenti civili e militari dello Stato approvato con d.P.R. n. 1032/1973 sia da ritenere perentorio ovvero soltanto ordinario (consultivo n. 1078/03, avvocato P. Cosentino).*

«Con riferimento alla richiesta di parere di cui alla nota di codesto Ministero n. 2002/ DGOBP/V/AG 106 — 7721 del 20 dicembre 2002, questa Avvocatura Generale esprime l'avviso che attribuire carattere ordinario o perentorio al termine per gli adempimenti relativi all'istruzione e alla trasmissione della domanda di riscatto di servizi di cui all'art. 24 del testo unico delle norme sulle prestazioni previdenziali a favore dei dipendenti civili e militari dello Stato, non sia decisivo al fine di affermare o negare la responsabilità del Dicastero nei confronti dell'INPDAP per i maggiori oneri, *sub specie* di interessi moratori che quest'ultimo è chiamato a corrispondere ai privati richiedenti l'indennità di buonuscita, in conseguenza dell'inosservanza del medesimo.

Tanto premesso, non risulta tuttavia convincente, per negare la perentorietà del termine, rilevare quanto disposto dall'art. 152 c.p.c. a proposito del carattere generalmente ordinario dei termini processuali. Ciò perché la sua estensione alle norme che governano a vario titolo il procedimento amministrativo non pare possa operarsi con assoluta automaticità. La norma codicistica ha ad oggetto primariamente situazioni che si riscontrano nel processo giurisdizionale, per tali intendendosi sia quelle che hanno la loro «naturale» collocazione nell'*iter* processuale, sia quelle che con questo presentano un pur occasionale coordinamento o collegamento. Invero, la dignità di principio generale dell'ordinamento giuridico della norma in esame è tutta da dimostrare, e non è a tal fine sufficiente enfatizzare le pur indubbe affinità ontologiche della sequenza di atti e operazioni di cui consta il procedimento amministrativo con il processo civile.

Non deve pervero dimenticarsi che, malgrado le oggettive difficoltà in cui si dibattono tutte le Amministrazioni pubbliche a causa della mole di adempimenti che sono loro commessi, la tendenza legislativa è nel senso della semplificazione ed accelerazione dei procedimenti amministrativi. La legge n. 241/1990 traduce questa tendenza in una norma precisa, per quello che qui interessa, l'art. 2, nel quale si contempla il dovere dell'Amministrazione di provvedere nel termine di trenta giorni dalla istanza del privato o entro il diverso termine stabilito in via regolamentare. Nel nostro caso, la legge stessa assegna un termine all'Amministrazione per l'espletamento dell'incombente istruttorio.

A ben vedere, le ragioni che militano nel senso della perentorietà del termine, anche a ritenerle «sopravvenute», non sono per ciò meno forti. Il termine di novanta giorni, di cui all'ultimo comma dell'art. 24 del testo unico in esame, entro cui l'Amministrazione del Fondo deve provvedere, è conside-

rato perentorio nei confronti del privato da una giurisprudenza della Corte di Cassazione consolidata da più di un decennio. Da ciò derivano, appunto, le richieste di pagamento degli interessi moratori. È, in effetti, difficilmente sostenibile che in seno ad un procedimento che ha il suo impulso nell'istanza del privato dipendente nei confronti dell'Amministrazione di appartenenza, la quale è gravata da compiti istruttori e di trasmissione non solo e non tanto delle relative risultanze, quanto e soprattutto dell'atto di impulso, che per suo tramite esclusivo, si noti bene, perviene all'Ente gestore del Fondo, e il cui termine finale è perentorio nei confronti dell'interessato, la fase che funge da anello di congiunzione tra i due Enti pubblici possa non essere connotata dal carattere della perentorietà.

In ogni caso, deve rilevarsi che ogni dubbio sulla natura ordinatoria o perentoria del termine *de quo* è destinato a perdere rilevanza di fronte al decisivo e ben più pregnante rilievo che l'inosservanza prolungata di un termine, quand'anche ordinatorio, non può dirsi priva di effetti, anzi essa può, nel concorso di ogni altro presupposto anche soggettivo, dare fondamento a un giudizio di colpevolezza sulla condotta del Ministero inadempiente.

Ciò premesso, non può però sostenersi che la semplice inosservanza del termine, ordinatorio o, *a fortiori*, perentorio valga a materializzare l'elemento soggettivo della colpa. Come riconosciuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, da ultimo nella importante sentenza n. 4239 del 6 agosto 2001, la responsabilità civile della P.A. non ha carattere indennitario, così da consentire un automatico giudizio di colpevolezza sulla base dell'inosservanza di un termine o dell'annullamento di un atto, ma esige la prova specifica dell'elemento soggettivo da parte di chi agisce per il risarcimento del danno. È evidente che la colpevolezza può dirsi sussistente quando l'inosservanza di un termine ordinatorio o perentorio non sia sorretta da plausibili ragioni giustificatrici. Potrebbe però sostenersi che l'onere della prova dell'impossibilità di provvedere in questo caso sia a carico dell'Amministrazione, non potendosi pretendere da chi agisca in rivalsa la prova negativa dell'assenza di situazioni impeditive di un tempestivo intervento della P.A.

Questa Avvocatura è consapevole delle conseguenze che possono derivare dalla sommatoria di azioni risarcitorie che l'INPDAP, sia per l'ipotesi in cui questi è compulsato al pagamento degli interessi moratori, pretesi dai soggetti interessati a causa dei ritardi con i quali tale Istituto ha potuto versare l'indennità, sia per il ritardo con il quale ha potuto notificare agli stessi la misura del contributo di riscatto e quindi ottenuto il relativo pagamento. Tuttavia se esse fossero sporadiche, potrebbe convenirsi sulla opportunità di andare incontro alle stesse, piuttosto che intraprendere la via del contenzioso; la quale, oltre ad essere di per sé aleatoria, dovrebbe fondarsi su argomenti di carattere prettamente formale, mentre l'INPDAP potrebbe esibire solidi argomenti di ordine sostanziale, come l'essere astretto tra l'impossibilità di provvedere in assenza di iniziativa da parte dell'Amministrazione e la ineluttabile responsabilità di questa sia per il ritardo nell'adempimento dell'obbligo legale verso il privato richiedente, sia per il ritardo nella riscossione come contributo di riscatto.

Analogo problema si pone con riguardo al ritardo nella trasmissione dei dati occorrenti affinché l'INPDAP possa chiedere il pagamento del contributo di riscatto: anche tale ritardo è fonte di danno perché impedisce all'Istituto di disporre tempestivamente del denaro che gli compete.

Qualora l'onere derivante dal moltiplicarsi delle richieste di reintegrazione patrimoniale da parte dell'INPDAP dovesse acquistare consistenza tale da indurre a considerare come comparativamente conveniente l'opzione di resistere in giudizio, l'Amministrazione non potrà difendersi se non sostenendo, principalmente, la tesi dell'assenza dell'elemento soggettivo della colpa e dell'inevitabilità del ritardo nell'adempimento dell'obbligo di legge, pur con l'uso della migliore diligenza che poteva richiedersi nel caso concreto.

Si resta comunque a disposizione per ogni ulteriore occorrente chiarimento».

**A.G.S. – Parere del 17 ottobre 2003, n. 115644. Recupero spese di giustizia.**

*Criteri interpretativi dell'art. 158 del d.P.R.30 maggio 2002, n. 115, recante testo unico delle disposizioni in materia di spese di giustizia. In particolare, parere sul recupero delle spese prenotate a debito o anticipate dall'erario nei procedimenti giudiziari (consultivo n. 45162/02, avvocato C.Sica).*

«Con nota n. 8223 dell'11 ottobre 2002, il Presidente del Tribunale di Bologna ha comunicato all'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna che, stante il disposto dell'art. 158, n. 3, del testo unico 30 maggio 2002, n. 115, «questo Ufficio, all'atto del passaggio in giudicato della sentenza civile nella quale vi sia condanna alle spese a carico della parte o delle parti avverse alla Pubblica Amministrazione, trasmetterà a codesta Avvocatura una distinta degli importi prenotati a debito o anticipati dallo Stato, perché ne curi il successivo recupero».

L'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna, con nota del 26 novembre 2002 (rubricata in cs 45162/02), ha posto, al riguardo ed attesa la sua natura di massima, quesito alla scrivente in ordine: *a)* all'Amministrazione tenuta al recupero (se quella in causa ovvero l'Amministrazione della Giustizia); *b)* alla riscuotibilità a mezzo ruolo da parte dell'Amministrazione interessata.

Con nota del 20 dicembre 2002 (rubricata in cs 13621/03) l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Brescia ha segnalato che la circolare 2 agosto 2002 n. 564 del Consiglio di Stato ha previsto che al recupero delle spese di giustizia debba provvedere l'Amministrazione parte in causa in caso di condanna della controparte.

Ha precisato, l'Avvocatura Distrettuale, che la predetta circolare pone problemi in ordine a: *a)* se, in caso di condanna complessiva per onorari e spese, i primi saranno la risultante tra la somma complessivamente liquidata e le spese prenotate a debito; *b)* se al recupero delle spese debba procedere l'Amministrazione interessata ovvero l'Avvocatura contestualmente al recu-

però degli onorari, nonché se — in caso di mancato recupero — debba procedersi all'annullamento del credito; *c*) se le spese da anticipare (in particolare, quelle per gli ufficiali giudiziari) costituiranno oggetto di stanziamento presso gli stessi Ufficiali Giudiziari ovvero graveranno preventivamente (e salvo recupero) sulle Amministrazioni interessate o sull'Avvocatura in capitolo *ad hoc* da istituire.

Con nota del 17 aprile 2003 (rubricata in cs. 7905/03) l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova ha posto, anch'essa, quesito in ordine al se al recupero delle spese debba procedere l'Amministrazione interessata ovvero l'Avvocatura contestualmente al recupero degli onorari, nonché — nella seconda delle due ipotesi — a quale Amministrazione vadano versate le spese recuperate.

I tre pareri, necessita subito precisarlo, concernono esclusivamente il recupero delle spese prenotate a debito o anticipate dall'Erario nei procedimenti giudiziari conclusi con condanna della controparte alla refusione di dette spese, quali analiticamente specificate nell'art. 158 del D. Lgs. vo 30 maggio 2002, n. 115 (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia).

Il citato art. 158, necessita altresì subito precisarlo, ha riguardo, al comma 1:

- a*) al contributo unificato nel processo civile e amministrativo;
- b*) all'imposta di bollo nel processo contabile e tributario;
- c*) all'imposta di registro ai sensi dell'art. 59, comma 1, lettere *a*) e *b*), del d.P.R. n. 131 del 1976, nel processo civile e amministrativo;
- d*) all'imposta ipotecaria e catastale ai sensi dell'art. 16, comma 1, lettera *e*), del D. Lgs. vo n. 347 del 1990;
- e*) alle spese forfettizzate per le notificazioni a richiesta d'ufficio nel processo civile;
- f*) nonché (al comma 2), all'anticipazione delle indennità di trasferta o le spese di spedizione per gli ufficiali giudiziari per le notificazioni e gli atti di esecuzione a richiesta dell'amministrazione.

I tre pareri richiesti, aventi ad oggetto detto quesito principale identico, vengono riscontrati con il presente parere in via unitaria.

Il presente parere viene inviato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, perché — ferma la possibilità di eventuali osservazioni al riguardo — valuti l'opportunità di una circolare applicativa da estendere a tutte le Amministrazioni dello Stato; al Ministero della Giustizia e al Consiglio di Stato, perché — ferma la possibilità di eventuali osservazioni al riguardo — possano fornire agli uffici dipendenti interessati un'unitaria linea di comportamento; a tutte le Avvocature Distrettuali, perché possano regolarsi di conseguenza nel rispettivo ambito territoriale.

Il presente parere non può che muovere dal già citato articolo 158, il quale dispone che: «1. Nel processo in cui è parte l'Amministrazione pubblica, sono prenotati a debito, se a carico dell'Amministrazione... 2. Sono anticipate dall'erario le indennità di trasferta o le spese di spedizione degli ufficiali giudiziari per le notificazioni e gli atti di esecuzione a richiesta del-

l'Amministrazione. 3. Le spese prenotate a debito e anticipate dall'Erario sono recuperate dall'Amministrazione, insieme alle altre spese anticipate, in caso di condanna dell'altra parte alla rifusione delle spese in proprio favore».

L'art. 3, comma 1, del testo unico chiarisce che «Ai fini del presente testo unico, se non diversamente ed espressamente indicato... *q)* Amministrazione pubblica ammessa alla prenotazione a debito è l'Amministrazione dello Stato, o altra Amministrazione pubblica, ammessa da norme di legge alla prenotazione a debito di imposte o di spese a suo carico;... *s)* prenotazione a debito è l'annotazione a futura memoria di una voce di spesa, per la quale non vi è pagamento, ai fini dell'eventuale successivo recupero; *t)* anticipazione è il pagamento di una voce di spesa che, ricorrendone i presupposti previsti dalla legge, è recuperabile;...».

L'art. 22 del testo unico dispone, per quanto qui rileva, che: «Alla notifica richiesta dall'Amministrazione Pubblica ammessa alla prenotazione a debito... si applica la disciplina della notifica a richiesta d'ufficio nel processo in cui è inserita».

L'art. 31 del testo unico dispone che: «1. Per le notificazioni a richiesta d'ufficio è dovuto dall'erario all'ufficiale giudiziario soltanto il pagamento della indennità di trasferta di cui all'art. 35. 2. Le spese di spedizione sono a carico dell'erario».

L'art. 173 del testo unico dispone, per quanto qui rileva, che «1. Il pagamento delle spese per conto dell'erario è eseguito dal concessionario, che utilizza le entrate del bilancio dell'erario di cui all'art. 2 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 273, e successive modificazioni, nonché quelle di cui al presente testo unico, trattenendo le somme pagate da quelle destinate all'erario a fronte delle riscossioni».

Infine, la parte VII del T.U., intitolata «Riscossione», non riguarda, *in parte qua*, il presente parere in quanto, ai sensi dell'art. 200 del T.U., «secondo le disposizioni di questa parte sono recuperate le spese processuali penali, le pene pecuniarie, le sanzioni amministrative pecuniarie e le spese di mantenimento dei detenuti, nonché le spese nei casi di ammissione al patrocinio dello Stato».

1. Ciò premesso in punto inquadramento normativo, può anzitutto affermarsi che le spese prenotate a debito nell'interesse dell'Amministrazione pubblica ammessa a tale forma agevolativa vanno recuperate, in caso di condanna della controparte processuale, *dalla singola Amministrazione parte in causa*.

In tale senso militano l'art. 158, commi 1 e 3, e l'art. 3, comma 1, lett. *q)* del T.U.

Il recupero avverrà, una volta passato in giudicato il provvedimento giurisdizionale contenente la condanna della controparte processuale, a mezzo ruolo, secondo le regole generali concernenti il recupero dei crediti certi, liquidi ed esigibili delle Amministrazioni pubbliche.

Ciò in via di principio, non potendosi, peraltro, escludere la possibilità che l'Amministrazione agisca in via ordinaria (tale possibilità discende anche testualmente dal comma 2 dell'art. 158, ove si prevede l'anticipazione delle spese degli atti d'esecuzione compiuti a richiesta dell'Amministrazione).

Discende dalla conclusione del recupero a carico della singola Amministrazione parte in causa che gli uffici giudiziari:

a) in caso di passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, dovranno trasmettere all'Amministrazione pubblica, ammessa alla prenotazione a debito, una distinta asseverata ed analitica contenente le spese prenotate a debito;

b) in caso di impugnazione della sentenza di primo o di secondo grado, dovranno trasmettere un'analogia distinta all'ufficio dell'impugnazione (o, se nel caso, del rinvio), sino al giudicato, affinché l'ultimo ufficio giudiziario trasmetta la complessiva distinta o le varie distinte in cui alla precedente lettera a).

2. Direttamente connesso al recupero delle spese prenotate a debito è il quesito concernente l'annullamento del credito non recuperato.

Al riguardo, una volta chiarito che, di regola, il recupero avviene a mezzo ruolo per il tramite del concessionario della riscossione, si ritengono applicabili le relative disposizioni. Onde, una volta esperita infruttuosamente la procedura di recupero da parte del concessionario, l'Amministrazione creditrice potrà procedere all'annullamento del credito (altrimenti, questa possibilità sorgerà dopo che l'Amministrazione avrà esperito infruttuosamente le azioni esecutive in via ordinaria).

Sul punto, il capo IV del Titolo II del testo unico detta le disposizioni per l'annullamento del credito prevedendo che l'annullamento del credito avvenga, previo parere conforme dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 265 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, per gli importi ivi previsti.

Tale parere andrà richiesto nel rispetto della competenza territoriale delle singole sedi dell'Avvocatura dello Stato a seconda dell'Autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento definitivo.

3. Indirettamente connesso al recupero delle spese prenotate a debito è il quesito concernente le spese da anticipare (in particolare, quelle per gli Ufficiali Giudiziari).

Sul punto, in virtù del combinato disposto degli artt. 22, 31 e 173 del T.U., le spese a carico dell'erario «sono eseguite dal concessionario alla riscossione, che le trattiene...».

Tra tali spese rientrano le spese (nel limite della spedizione e dell'indennità di trasferta di cui all'art. 35 del T.U.) della notifica richiesta dall'Amministrazione pubblica ammessa alla prenotazione a debito.

4. Il quesito posto dall'Avvocatura Distrettuale di Brescia è relativo al se, in caso di condanna complessiva per onorari e spese, i primi saranno la risultante tra la somma complessivamente liquidata e le spese prenotate a debito.

La risposta a tale quesito è, intuitivamente ed ovviamente, positiva.

5. Le spese prenotate a debito non possono che spettare all'Amministrazione parte in causa (che le dovrà rimettere all'Amministrazione della Giusti-

zia, competente alla riscossione della spesa del giudizio, fatto salvo l'ulteriore trasferimento dall'Amministrazione della Giustizia all'Amministrazione o Ente di competenza), la quale, altrimenti, verrebbe ad effettuare una spesa non recuperabile (nonostante la condanna della controparte).

E poiché la soluzione di una spesa prenotata a debito non recuperabile (nonostante la condanna della controparte) risulterebbe produttiva di danno, appare evidente che tale spesa va recuperata «innanzi tutto»; dunque, anche a decremento degli onorari e diritti (il recupero dei quali ultimi compete all'Avvocatura dello Stato) quando vi sia stata una liquidazione complessiva per spese, diritti ed onorari.

Ciò significa che potrà pure verificarsi il caso che l'Avvocatura competente recuperi, insieme, onorari, diritti e spese prenotate a debito; ma sarà cura dell'Amministrazione parte in causa, necessariamente compulsata dall'ufficio giudiziario come sopra individuato, far conoscere, con immediatezza, le somme ad essa spettanti quali prenotate a debito.

È evidente, sul punto, che il presente parere è reso sulla questione di massima, rimanendo ovviamente ad esso estranee le questioni di specie, che potranno all'occorrenza essere oggetto di specifici quesiti».

#### **A.G.S. – Parere del 21 ottobre 2003, n. 116543 – Riqualficazione.**

*Procedure di riqualficazione del personale amministrativo del Ministero dell'Istruzione – Sentenza n. 194/2002 della Corte Costituzionale (consultivo 17060/02, avvocato A. Linguiti).*

«Con il foglio in riscontro codesta Amministrazione, nel rappresentare che i tentativi di pervenire ad una rimodulazione delle procedure di riqualficazione sulla base delle valutazioni ed indicazioni svolte dalla Scrivente nella nota 26 ottobre 2002 n. 106067 non hanno avuto buon esito per la resistenza opposta dalla OO.SS., comunica di aver proseguito nell'espletamento dei corsi di riqualficazione e di trovarsi ora davanti al problema «di procedere o meno all'approvazione delle graduatorie che trovano le loro ragioni d'essere nella norma speciale costituita dai bandi di concorso».

In vista del recepimento di una «possibile sanatoria delle situazioni pendenti» vengono prospettate alcune riflessioni volte a verificare la possibilità di lasciare sopravvivere i risultati dalle ormai compiute procedure di riqualficazione in quanto non riconducibili all'ipotesi decisa dalla Corte Costituzionale ed a valutare in subordine la conformità delle modalità di svolgimento di dette procedure alle indicazioni contenute nelle decisioni della Corte Costituzionale.

La Scrivente, nel prendere atto delle situazioni rappresentate, non può che confermare il parere a suo tempo reso circa la necessità che le procedure di riqualficazione (ove rese possibili da circostanze eccezionali in luogo dei pubblici concorsi) siano svolte con modalità conformi ai principi indicati dalla Corte Costituzionale».



**A.G.S. – Parere del 22 ottobre 2003, n. 117057 – Regolamento incarichi dirigenziali.**

*Se sia legittimo il Regolamento n. 32/02 sul conferimento degli incarichi dirigenziali in Italia ed all'estero, il cui art. 5 ha stabilito durata e modalità di rinnovo di detti incarichi diverse da quelle previste dalla legge 11 ottobre 1990, n. 292, recante l'ordinamento dell'ENIT (consultivo n. 8872/03, avvocato G. D'Avanzo).*

I. – «Facendo seguito a quanto già comunicato per le vie brevi, si rappresenta che sulla questione riguardante la legittimità della nota deliberazione n. 32/2002 – recante il regolamento per il conferimento degli incarichi di titolare degli Uffici dirigenziali in Italia ed all' estero – è stato sentito il Comitato Consultivo di cui all' art. 25 legge 3 aprile 1979, n. 103, il quale ha confermato il parere reso a codesto ENIT con nota in data 3 luglio 2003, prot. n. 76593, condividendone le considerazioni sul rilievo assorbente del carattere speciale dell'art. 20, comma 5 della legge n. 292 del 1990, riguardante l'assegnazione all'estero del personale dirigenziale.

Appare, quindi, opportuno che il rinnovo degli incarichi all'estero venga riconosciuto con le modalità stabilite dalla legge e non dal regolamento in esame, e ciò anche al fine di evitare l'insorgere di un contenzioso che, al momento, è limitato a quello instaurato dal dr. C. avverso la deliberazione n. 32/2002 sopra citata (contenzioso n. 40827/02 di questa Avvocatura) avanti al T.A.R. del Lazio; a tutt'oggi, non risulta fissata l'udienza di discussione del merito del ricorso.

Per quanto riguarda l'esigenza, prospettata nella nota a riscontro, di adottare una nuova disciplina degli incarichi che consenta, viste le difficoltà di ricoprire le posizioni dirigenziali all'estero, la loro rinnovabilità in termini diversi da quelli stabiliti dalla legge n. 292 del 1990, la Scrivente conferma che una tale previsione potrebbe essere introdotta solo con un provvedimento normativo di pari grado nella gerarchia delle fonti di diritto, o tale considerato nello specifico dell'ordinamento di settore (in concreto, il C.C.N.L.)».

II. – «Con deliberazione n. 32/2002 il Consiglio di Amministrazione di codesto Ente ha approvato il «*Regolamento per il conferimento degli incarichi di titolare degli Uffici dirigenziali in Italia ed all'estero, ai sensi dell'art. 2, comma 1 del decreto legislativo 165/2001*», il cui art. 5 stabilisce che il Direttore Generale «*conferisce gli incarichi dirigenziali, in Italia e all'estero, a tempo determinato e per un periodo non inferiore a due anni e non superiore a cinque anni*» e che, sentito il Consiglio di Amministrazione, procede al rinnovo dell'incarico, dandone adeguata motivazione in riferimento alle esigenze funzionali ed organizzative.

Si chiede di conoscere se sia da condividere l'obiezione di illegittimità avanzata nei confronti di tale disposizione da alcuni dirigenti di codesto Ente, secondo i quali la previsione della durata e rinnovabilità degli incarichi si porrebbe in contrasto con l'art. 20, comma 5 della legge 11 ottobre 1990, n. 292, recante l'ordinamento dell'ENIT, in base al quale «*L'assegnazione all'estero del personale...ivi compreso quello dirigente...non può eccedere i cin-*

*que anni ed è rinnovabile anno per anno fino ad un massimo di cinque anni con motivata deliberazione del consiglio di amministrazione. Allo scadere del previsto periodo di permanenza all'estero cessa di avere vigore il provvedimento di assegnazione. Non può comunque essere disposta una nuova assegnazione prima che sia decorso un anno dal rientro in Italia».*

Codesto Ente ritiene legittima la deroga contenuta nel Regolamento, in quanto essa *«trae origine dal decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 419, art. 13, disposizione di rango primario»*, successiva alla legge ordinamentale dell'ENIT.

Viene infatti precisato che, in esecuzione di detto articolo, che ha imposto la revisione degli statuti degli enti pubblici, l'ENIT ha adottato il nuovo Statuto (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 dicembre 2001); che l'art. 3, comma 2 di tale Statuto rinvia ad appositi regolamenti o singoli provvedimenti, adottati ai sensi dell'art. 27 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 16, la disciplina riguardante l'organizzazione degli uffici – previsti al successivo comma 3 in numero massimo di quaranta, di cui venti a livello dirigenziale – le sfere di competenza, le dotazioni organiche e le attribuzioni; che in tal modo la norma statutaria consentirebbe di derogare anche alla legge n. 292 del 1990.

Con la delibera n. 32/2002, dunque, in attuazione della norma statutaria, è stato adottato il regolamento sul conferimento degli incarichi dirigenziali, che ha previsto una loro durata diversa da quella stabilita per legge.

Al riguardo è opportuno ricostruire brevemente il quadro normativo di riferimento.

Partendo dal richiamo operato da codesto Ente al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 419, recante il *«riordinamento del sistema degli enti pubblici nazionali, a norma degli artt. 11 e 14 della legge 15 marzo 1997, n. 59»*, v'è l'art. 13, intitolato *«revisione statutaria»* degli enti pubblici, il quale prevede che *«le Amministrazioni dello Stato che esercitano la vigilanza sugli enti pubblici cui si applica il presente decreto, promuovono, con le modalità stabilite per ogni ente dalle norme vigenti, la revisione degli statuti...»*, revisione che deve indicare, secondo quanto stabilito alla lettera n) della medesima disposizione, *«il numero massimo degli uffici dirigenziali e dei criteri generali di organizzazione dell'ente»* rimettendo a regolamenti interni, ovvero ad altri atti organizzativi, *«la disciplina dei residui profili organizzativi»*.

Adeguandosi alle indicazioni del legislatore delegato l'ENIT ha adottato il nuovo Statuto (del quale è stato qui inviato il testo) il cui art. 3, riguardante l'*«attività ed organizzazione»*, prevede che gli uffici dirigenziali non superino il numero massimo di 20 (comma 3) e che, per quanto riguarda l'organizzazione degli uffici centrali ed all'estero (comma 2) la determinazione delle sfere di competenza, le dotazioni organiche e le attribuzioni vengono determinate *«con appositi regolamenti, o singoli provvedimenti, adottati ai sensi dell'art. 27 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, anche facendo ricorso ad incarichi a soggetti esterni, persone fisiche, ovvero mediante convenzioni con organismi associativi o imprenditoriali»*.

L'art. 27 del decreto legislativo n. 165/2001 prevede, infatti, i *«criteri di adeguamento per le Pubbliche Amministrazioni non statali»* stabilendo, per

quanto riguarda gli enti pubblici non economici nazionali, che questi, per adeguarsi ai principi del precedente art. 4, possano adottare appositi regolamenti di organizzazione «*anche in deroga alle speciali disposizioni di legge che li disciplinano*».

In definitiva il richiamo contenuto nello Statuto a tale disposizione, si sostiene, autorizzerebbe l'ENIT ad adottare un regolamento sull'organizzazione degli uffici diversa da quella stabilita dalla legge 292/1990.

Tale conclusione, tuttavia, non appare condivisibile in quanto ciò che in sostanza si modifica con la normativa regolamentare non è l'aspetto organizzatorio degli uffici (la possibilità per l'ENIT di adottare regolamenti di organizzazione per la disciplina dei propri uffici è, del resto, prevista anche dall'art. 5 della legge 11 ottobre 1990, n. 292), ma il regime giuridico del personale contenuto all'art. 20 della legge in esame, alla cui osservanza l'Ente è tenuto ai sensi dell'art. 1 del nuovo Statuto.

Innanzitutto non può non rilevarsi che il citato art. 20 non esclude, in linea di massima, la rinnovabilità degli incarichi dirigenziali all'estero allorché stabilisce che questi non possono eccedere i cinque anni e che sono rinnovabili «*anno per anno fino ad un massimo di cinque anni con motivata deliberazione del consiglio di amministrazione*»; detta rinnovabilità, effettivamente, è regolata in maniera diversa rispetto all'art. 19 della decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, giacché la possibilità di una nuova assegnazione all'estero è consentita, decorsi i complessivi cinque anni di permanenza, solo dopo un anno dal rientro in Italia.

Ma questa disciplina speciale non sembrerebbe esporsi a critiche di illogicità, viste le esigenze connesse alla natura peculiare dell'incarico dirigenziale all'estero e considerato che, in linea di principio, il rientro in Italia consente la necessaria rotazione di personale altamente qualificato ed aggiornato anche sui metodi nazionali da trasferire fuori del territorio nazionale.

Né l'art. 13 del C.C.N.L. per gli Enti pubblici non economici, area dirigenza, (pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 28 aprile 2001, supplemento ordinario, serie generale) induce ad una diversa conclusione in quanto il rinnovo degli incarichi è previsto in termini di possibilità e non di obbligatorietà (comma 3).

Si soggiunge che l'art. 20, comma 5 della legge n. 292 del 1990 si occupa della sola assegnazione all'estero del personale dirigenziale, laddove la disciplina sulla rinnovabilità degli incarichi dirigenziali contenuta al sopra citato art. 19 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 è di carattere generale: il divieto dell'automatica rinnovabilità all'estero non potrebbe, quindi, essere superato da una normativa generale, sia pure successiva.

In conclusione deve ritenersi che lo Statuto abbia legittimamente stabilito il numero massimo degli uffici dirigenziali e previsto che l'organizzazione degli uffici possa essere rimessa alla disciplina regolamentare. In tale ambito, però, non possono farsi rientrare le disposizioni, contenute all'art. 20, comma 5 della legge n. 292 del 1990 riguardanti il regime legale del personale nonché quelle, di carattere speciale, sulla disciplina degli incarichi dirigenziali all'estero».

**A.G.S. – Parere del 23 ottobre 2003, n. 11725.**

*Se l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti possa considerarsi alla stregua delle «confessioni religiose» di cui all'art. 8 della Costituzione, al fine della stipulazione di intese con lo Stato per la disciplina dei relativi rapporti (consultivo n. 4312/02, avvocato A. Cingolo).*

«Con note del 6 marzo 2002 e del 29 maggio 2003 codesta Presidenza del Consiglio dei Ministri chiede l'avviso di questa Avvocatura Generale in ordine all'attribuibilità o meno del carattere di confessione religiosa all'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti, associazione non riconosciuta avente sede in Padova la quale ha prodotto istanze ai fini dell'apertura del procedimento per la conclusione di una «intesa» ai sensi dell'art. 8 della Costituzione.

Ritiene in proposito la Scrivente di formulare le seguenti considerazioni.

Secondo quanto riferisce codesta Presidenza, l'associazione in parola sostiene la tesi della «piena parità di diritti tra coloro che professano una religione e coloro che non la professano, con la conseguenza che la libertà di culto includerebbe anche la libertà di professarsi atei o agnostici».

Sulla prima parte di siffatta affermazione può fondatamente convenirsi, rinvenendo essa radice nei principi fondamentali di cui agli articoli 3, 19 e 21 della Costituzione, in particolare per quanto attiene alla libertà di coscienza e di scelta religiosa. Non vi è dubbio infatti – e lo conferma la giurisprudenza della Corte Costituzionale di cui alle sentt. 59 del 1958 e 195 del 1993, nonché soprattutto n. 117 del 1979 – che nel diritto inviolabile di libertà religiosa deve farsi rientrare anche la corrispondente «libertà negativa» di non credere, e che tale libertà debba trovare possibilità di esplicazione al pari della libertà di fede religiosa.

Simile conclusione, in effetti, può trovare giustificazione anche sul diverso fondamento della libertà di manifestazione del pensiero, che indubbiamente ricomprende anche la libertà di opinione religiosa del non credente.

Per contro, non appare condivisibile la conseguenza che l'associazione *de qua* prospetta muovendo da tale premessa, e cioè che anche il principio di libertà di culto possa ritenersi connotato da uguale ampiezza in senso «negativo», al punto da ammettersi l'applicabilità – in via estensiva – dell'art. 8 della Costituzione anche in relazione ad entità non qualificabili come «confessioni religiose».

La possibilità, ivi contemplata, di addivenire ad una regolamentazione bilaterale dei rapporti mediante la conclusione di «intese» è infatti espressamente riservata alle «confessioni religiose diverse dalla cattolica».

Orbene, pacificamente per «confessione religiosa», singolarmente considerata, va inteso un fatto di fede rivolto al divino e vissuto in comune tra più persone che lo rendono manifesto nella società umana tramite una propria particolare struttura istituzionale (così PEYROT, in *Novissimo Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, voce «*Confessioni religiose diverse dalla cattolica*»).

La connotazione oggettiva voluta dal costituente nel quadro dell'art. 8, comma 2, è dunque chiaramente individuata da un contenuto religioso di tipo positivo, di per sé ontologicamente riconducibile ad una *species* auto-

noma e diversificata, se non addirittura opposta a quella della negazione della religione, che contraddistingue l'ateismo, ovvero a quella di indifferenza al fenomeno religioso, tipica dell'agnosticismo.

Non a caso, del resto, la Corte Costituzionale, sia pur esprimendosi a proposito del diverso tema delle formule di giuramento (sent. n. 58 del 1960) ha precisato che «l'ateismo comincia là dove finisce la vita religiosa».

In altre parole, dunque, la professione dell'ateismo o dell'agnosticismo – seppur certamente da ammettersi al pari di quella religiosa quanto al diritto di libero esercizio in qualsiasi forma, individuale o associata, purché non integrante riti contrari al buon costume (così si esprimeva l'Assemblea Costituente – pag. 2773 e segg. – a proposito della libertà di esercizio del culto religioso) – non può, per definizione, essere regolata in modo analogo a quanto esplicitamente disposto dalla fonte costituzionale per le sole «confessioni religiose».

Simile conclusione, proprio perché fondata sul rilievo di una differenziazione oggettiva tra le fattispecie in discorso, non comporta profili di disparità di trattamento, essendo ovviamente ragionevole una disciplina diversa in riferimento a situazioni effettivamente tutt'altro che coincidenti.

La conclusione stessa trova conforto in una precisazione contenuta nell'ordinanza n. 15 del 1961 della Corte Costituzionale, secondo la quale l'art. 8 della Cost. «in nessun modo può essere messo in relazione con la pretesa del singolo rivolta al riconoscimento del diritto della propria libertà di coscienza e di fede»: altro dunque è la libertà di scelta di una fede religiosa ovvero dell'ateismo (parimenti tutelata), altro è invece la disciplina che la Costituzione stessa ha previsto per i rapporti con le sole «confessioni religiose», in ragione di un particolare rilievo oggettivo delle stesse nel quadro dei principi costituzionali.

Al risultato di ritenere esclusa dalla sfera applicativa dell'art. 8 Cost. la fattispecie che qui interessa si perviene anche, del resto, tenendo conto che proprio la Corte Costituzionale, nella propria giurisprudenza in *subiecta materia*, si è sempre limitata (cfr. sent. n. 195 del 1993) ad affermare la difformità alla Costituzione delle possibili discriminazioni «in danno dell'una o dell'altra fede religiosa», siccome contrastanti con il diritto di libertà e con il principio di uguaglianza: con ciò dunque presupponendo, a monte di ogni eventuale discriminazione, la ricorrenza di quel connotato positivo di «confessione religiosa» da parte del soggetto giuridico discriminato che per il caso dell'associazione propugnatrice di ateismo od agnosticismo non può mai sussistere.

A quanto sin qui esposto deve aggiungersi che la richiedente U.A.A.R. si autodefinisce (cfr. «Statuto» e «Tesi» in [www.uaar.it](http://www.uaar.it)) «organizzazione filosofica non confessionale», che «si propone di rappresentare le concezioni del mondo razionaliste, atee o agnostiche, come le organizzazioni filosofiche confessionali rappresentano le concezioni del mondo di carattere religioso»: con ciò autoqualificandosi essa stessa al di fuori dell'ambito delle confessioni religiose.

Rispetto a queste ultime, del resto, la U.A.A.R., in quanto associazione composita che raccoglie aderenti tanto alle teorie atee che a quelle agnostiche, difetta di quel requisito di unicità ideologica ed organizzativa che caratterizza in senso tecnico qualsiasi confessione religiosa».

**A.G.S. – Parere del 24 ottobre 2003, n. 118377 – Composizione commissioni esaminatrici.**

*Possibilità di considerare il dirigente di seconda fascia, cui sia stato conferito l'incarico di dirigente di vertice, equiparato al dirigente generale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 9, comma 2, lett.a), d.P.R. 487/1994 sulla designazione del presidente delle commissioni esaminatrici per l'accesso ai profili professionali inquadrati nella posizione economica C1 e superiori (consultivo n. 17351/03, avvocato G. Albenzio).*

«In risposta a quanto prospettato da codesta Direzione nella nota emarginata riguardo alla possibilità di considerare il Dirigente di seconda fascia, cui sia stato conferito l'incarico di dirigente di vertice, equiparato al dirigente generale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 9, comma 2, lett. a), d.P.R. 487/1994, si ritiene che la soluzione prospettata da codesta Agenzia non offra, allo stato e, cioè, in mancanza di pronunciamenti giurisprudenziali nella materia, garanzie di corretto svolgimento delle procedure concorsuali.

Se, infatti, è vero che la preposizione alle strutture di vertice di cui agli art. 2-3 del Regolamento di Amministrazione dell'Agenzia e la potestà di emanare atti definitivi, non impugnabili in via gerarchica, potrebbe costituire seria ragione per configurare l'equiparazione proposta, anche in considerazione della valutazione da parte del Comitato Direttivo cui è sottoposta la nomina (secondo criteri attitudinari e fiduciari simili a quelli che sono sottesi alla nomina a dirigente generale: cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisdiz., 25 marzo 1999 n. 104) e del collegamento alle funzioni dirigenziali di vertice che costituisce il tratto essenziale della figura del dirigente generale, come del dirigente di seconda fascia preposto a strutture di vertice dell'Agenzia (cfr. Cons. Stato, sez. sesta, 13 giugno 2002 n. 3289), tuttavia queste ragioni non appaiono sufficienti a superare con assoluta tranquillità il dato formale costituito dalla lettera della norma in esame, invero non equivoca.

In particolare, si deve sottolineare che l'impianto dispositivo seguito dal Legislatore dell'art. 9, comma 2, d.P.R. 487/1994 è basato su una graduazione dei livelli delle qualifiche dei presidenti di commissione in riferimento a quelle dei posti messi a concorso (cfr. lett. a-b-c) e, contestualmente, ad una equiparazione fra le posizioni di carriera delle figure cui attingere per la preposizione alle dette commissioni; dal combinato disposto di tali criteri si evince che, per i concorsi di cui alla lett. a) del citato art. 9, la scelta del presidente di commissione sia vincolata alle categorie ivi espressamente menzionate e che non possa ricomprendersi nella espressione *equiparati* (usata in riferimento ai *dirigenti generali*) la categoria dei dirigenti *di seconda fascia* perché — da un lato — non equiparati *formalmente* ai dirigenti generali (ancorché destinatari di medesime potestà) e di grado inferiore rispetto anche alle categorie dei *consiglieri di Stato, magistrati e avvocati dello Stato* menzionati alla stessa norma e — dall'altro lato — espressamente deputati nella successiva lett. b) a presiedere le commissioni di concorso per le qualifiche inferiori quinta e sesta.

Questa Avvocatura è ben consapevole che la previsione letterale del citato art. 9 di un «*dirigente ... equiparato*» al dirigente generale (che non si

rinviene in altre disposizioni normative similari: v. art. 20 d.lgs. 29/1993 per la composizione dei nuclei di valutazione) potrebbe essere intesa in relazione alle *funzioni* assegnate al dirigente che, pur non in possesso della qualifica, ricopra una posizione di responsabilità ai vertici della struttura e dia garanzia di soddisfacimento della condizione di imparzialità e distacco naturalmente connessa con la detta posizione, rispetto ai candidati del concorso la cui commissione sia chiamato a presiedere, senza che tale interpretazione confligga con i principi perseguiti dal Legislatore nella materia (cioè, l'esclusione dalla partecipazione alle commissioni esaminatrici di rappresentanti sindacali e di commissari partecipi dell'organo di direzione politica dell'Amministrazione: cfr. Cons. Stato, sez. quarta, 27 marzo 2002, n. 1739; sez. quinta, 3 ottobre 2002, n. 5216), ma deve, nel contempo, sottolineare il rischio che la preposizione dei dirigenti di seconda fascia alle commissioni di concorso di cui alla lett. a) dell'art. 9 possa essere considerata illegittima ed inficiare l'intera procedura concorsuale all'esito di procedure giudiziarie eventualmente proposte da candidati non vittoriosi.

È appena il caso di rammentare all'attenzione di codesta Agenzia le condizioni di legittimità evidenziate dalla Corte Costituzionale per il corretto espletamento delle procedure concorsuali in parola (v., in particolare, sent. 16 maggio 2002 n. 194).

#### **A.G.S. – Parere del 24 ottobre 2003, n. 118261.**

*Sussistenza della giurisdizione delle Commissioni Tributarie, ai sensi della legge 448/01, per tutte le controversie introdotte dopo l'entrata in vigore della legge, anche in pendenza di altro procedimento pendente dinanzi al G.O. (consultivo n. 3915/03, avvocato G. Albenzio).*

«Questa Avvocatura Generale concorda con quanto esposto da codesta Avvocatura Distrettuale nella nota emarginata in ordine alla sussistenza della giurisdizione delle Commissioni Tributarie, ai sensi dell'art. 12 legge 448/01, per tutte le controversie introdotte dopo l'entrata in vigore della legge, secondo una corretta interpretazione del disposto normativo (carente di disposizioni transitorie) e della giurisprudenza intervenuta in materia (menzionata nella nota cui si risponde con specifico riferimento ai criteri dettati da Cass. 714/1999 e 126/00).

In particolare:

a) la pendenza di altro procedimento dinanzi al G.O. ed avente ad oggetto atti prodromici a quello impugnato, non può comportare il difetto di giurisdizione delle Commissioni Tributarie a conoscere di tutte le nuove controversie introdotte dopo il 10 gennaio 2002;

b) i provvedimenti cautelari appartengono alla cognizione del giudice del rapporto sostanziale qualora ineriscano all'*an* ed al *quantum* del tributo, mentre appartengono al giudice chiamato a giudicare sulla regolarità delle formalità dell'esecuzione a mezzo ruoli qualora concernino questioni limitate

a tali attività, attesa l'autonomia della fase di riscossione (puntualmente posta in evidenza da codesta Avvocatura) e la compiutezza del processo tributario regolato dal d.lgs. 546/1992 anche per l'aspetto cautelare;

c) anche per le controversie doganali, la pendenza dinanzi al G.O. di procedimento di opposizione avverso atti accertativi o impositivi (proposto prima della novella normativa) non può giustificare l'eccezione di difetto di giurisdizione delle Commissioni Tributarie adite in impugnazione di atti successivamente emessi per la riscossione».

### **A.G.S. – Parere del 31 ottobre 2003, n. 120940 – Personale non dirigenziale del comparto Ministeri.**

*Artt. 132, d.P.R. n. 3/1957 e 15 del C.C.N.L. del 16 maggio 2001 – Limiti di applicabilità al personale non dirigenziale del comparto Ministeri con particolare riferimento agli aspetti economici conseguenti alla riammissione in servizio ed alla riconoscibilità in sede di riassunzione dell'elemento retributivo denominato retribuzione individuale di anzianità (RIA) rispetto a quanto maturato e percepito per lo stesso titolo dal dipendente riammesso al momento del verificarsi della causa che aveva dato luogo alla cessazione del rapporto (consultivo n. 6175/03, avvocato L. Criscuoli).*

«Con la nota suindicata si chiedeva di conoscere l'avviso della Scrivente in merito alla questione relativa ai limiti di applicabilità della normativa in oggetto al personale non dirigenziale del comparto Ministeri con particolare riferimento agli aspetti economici conseguenti alla riammissione in servizio ed alla riconoscibilità in sede di riassunzione dell'elemento retributivo denominato retribuzione individuale di anzianità (RIA) rispetto a quanto maturato e percepito per lo stesso titolo dal dipendente riammesso al momento del verificarsi della causa che aveva dato luogo alla cessazione del rapporto.

Al riguardo, codesto Dipartimento segnalava che sulla questione si erano difformemente pronunciati l'A.R.A.N., con nota inviata al Ministero della Giustizia, ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, Ufficio Centrale del Bilancio presso il Ministero della Giustizia.

In particolare, secondo l'A.R.A.N., deve sostenersi l'impossibilità di corrispondere al dipendente riammesso in servizio la RIA (ed altri emolumenti *ad personam*) percepita all'atto delle dimissioni, al riguardo argomentando con l'interruzione del rapporto che la cessazione dal servizio implicherebbe, tale da far considerare la riammissione in servizio alla stregua di una nuova assunzione, osservando altresì che le somme risparmiate, dopo la cessazione dal servizio sarebbero affluite nel Fondo Unico di Amministrazione, si da essersene perduta ogni disponibilità da parte dell'Amministrazione.

Diversamente, il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato ha osservato che la riammissione interviene sulla qualifica rivestita all'atto della cessazione e che, ai sensi del d.P.R. n. 310/1981, il trattamento per classi e scatti acquisito sulla qualifica rivestita all'atto della cessazione é da riferirsi



per quota parte alla valutazione economica delle anzianità pregresse relative alle qualifiche inferiori, le quali non sono modificate dalla riammissione che interviene solo sull'ultima di esse; la medesima argomentazione è da considerare valida anche per la maggiorazione RIA prevista dall'art. 9, commi 4 e 5 del d.P.R. n. 44/1990, la quale attiene anche ai servizi prestati su qualifiche inferiori, dovendosi concludere al riguardo che, costituendo la RIA, dopo la cessazione della progressione economica per classi e scatti un *unicum* inscindibile tra quota parte ascrivibile alla qualifica rivestita e quota parte maturata relativamente ai servizi prestati nelle qualifiche inferiori, al personale riammesso in servizio deve essere riconosciuta la RIA acquisita all'atto della cessazione dal servizio.

La Scrivente, pur conscia della varietà delle espressioni giurisprudenziali in punto di interpretazione dell'art. 132, comma 3 del d.P.R. n. 3/1957, ritiene che, delle due posizioni appena riferite, la più corretta sia quella assunta dal Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, che si fonda sulla considerazione della particolare natura della retribuzione individuale di anzianità.

Al riguardo si osserva quanto segue.

L'art. 132, comma 3 del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con d.P.R. n. 3/1957, facendo riferimento alle qualifiche inferiori a quella di direttore generale, come chiarito nel precedente comma 1, recita: «*L'impiegato riammesso è collocato nel ruolo e nella qualifica cui apparteneva al momento della cessazione dal servizio, con decorrenza di anzianità nella qualifica stessa dalla data del provvedimento di riammissione*».

Con recente normativa contrattuale (art. 34, comma 2, titolo II, capo IV del C.C.N.L. sottoscritto in data 16 maggio 2001, integrativo del C.C.N.L. relativo al personale non dirigente del comparto Ministeri sotto – scritto in data 16 febbraio 1999, avente il dichiarato scopo «*di portare a termine il processo di privatizzazione del rapporto di lavoro del personale del comparto iniziato con il decreto legislativo 3 febbraio 1993 ed accelerato in modo irreversibile dalla legge 59/1997 e dai successivi decreti delegati, riconducendo alla disciplina negoziale tutti gli istituti del rapporto di lavoro demandati a tale fonte al fine di qualificare l'offerta dei servizi attraverso la piena valorizzazione delle risorse umane*»; cfr. la premessa del richiamato contratto integrativo), l'art. 132 *cit.* è stato disapplicato per quel che attiene al personale di area non dirigenziale e sostituito dall'art. 15 del medesimo C.C.N.L. integrativo che reca la seguente disposizione: «*Il dipendente il cui rapporto si sia interrotto per effetto di dimissioni o per risoluzione per motivi di salute può richiedere, entro 5 anni dalla data delle dimissioni stesse, la ricostituzione del rapporto di lavoro. L'amministrazione si pronuncia motivatamente, entro 60 giorni dalla richiesta; in caso di accoglimento il dipendente è ricollocato nell'area, nella posizione economica e nel profilo rivestiti all'atto delle dimissioni corrispondenti secondo il sistema di classificazione applicato all'amministrazione medesima al momento del rientro*».

Orbene, nel delineato contesto normativo è in primo luogo avviso della Scrivente che non sia possibile condividere il principio affermato *tout court*

da parte dell'A.R.A.N. nel parere citato da codesto Dipartimento, secondo cui, rispetto al pregresso rapporto di servizio, quello che ha inizio con la riammissione costituisce novazione dell'altro e sia configurabile come «*assunzione ex novo*». Deve ritenersi, invece, che la riammissione in servizio non può non trovare il proprio necessario presupposto nel pregresso rapporto, che era cessato con le dimissioni rassegnate dal dipendente, sì da non poter considerare il rapporto di lavoro che inizia con la riammissione del tutto avulso da quello pregresso, iniziando il primo dallo stesso punto in cui questo era cessato (vedansi in tal senso Cons. St., Sez. VI, n. 29/1991, Sez. V, n. 147/1996 e Sez. IV, n. 938/1997; Corte dei Conti, sez. contr., n. 71/1993; non a caso il C.C.N.L. pare essere più esplicito non prevedendo la «*riammissione in servizio*» ma la «*ricostituzione del rapporto*»). L'unico limite che si pone, a termini di legge, è che l'anzianità accumulata nella qualifica di appartenenza al momento in cui intervengono le dimissioni non è computabile al momento della riammissione che avviene con anzianità zero nella qualifica stessa. Nella vigenza dell'art. 132 del d.P.R. n. 3/1957 una cospicua parte della giurisprudenza amministrativa (vedansi Cons. St., Sez. V, n. 147/1996, già citata, nonché Sez. VI, n. 1060/1996) aveva ritenuto che tale limite riguardasse soltanto i fini giuridici, dovendosi invece riconoscere l'anzianità maturata nella qualifica ai fini economici. Altra giurisprudenza, poi, si era spinta più in là, avendo affermato che l'anzianità nella qualifica di riammissione dovesse essere validamente riconosciuta anche ai fini giuridici (vedasi Cons. St., Sez. IV, n. 938/1997, già citata).

La Corte Costituzionale, intervenuta con sentenza n. 344/1999, non ha risolto la questione essendosi limitata ad affermare l'infondatezza dell'esaminata questione di costituzionalità ed a confermare che l'art. 132, comma 3 non riconosce la pregressa anzianità nella qualifica, senza prendere posizione sull'esistenza o meno del limite individuato dalla richiamata giurisprudenza dei soli fini giuridici e, dunque, sulla riconoscibilità di detta anzianità ai soli fini economici (anche sotto questo profilo, quindi, la citazione della detta sentenza contenuta nel parere reso dall'A.R.A.N. non appare decisiva ai fini che interessano).

Ritiene la Scrivente che, in ogni caso, ove si dia la giusta rilevanza alla natura ed alla funzione dell'elemento retributivo denominato retribuzione individuale di anzianità e relativa maggiorazione ed ancor più ove si consideri che, con l'entrata in vigore del C.C.N.L. integrativo dianzi citato, è intervenuta la disapplicazione dell'art. 132 *cit.* per il personale del comparto Ministeri non appartenente all'area dirigenziale ed è stato riformulato l'istituto della riammissione in servizio, la questione che si pone sembra essere più agevolmente risolvibile sulla base di un'attenta lettura del testo recato dalla disposizione sostitutiva della norma disapplicata, disposizione che, a ben vedere, non ha semplicemente riproposto ma ha ridisegnato l'istituto della riammissione in servizio dopo la cessazione del rapporto avvenuta per risoluzione del rapporto per motivi di salute o per dimissioni del dipendente. In particolare, allorché la disciplina contrattuale fa esplicito riferimento alla ricollocazione del dipendente di cui sia stata accolta l'istanza di riammissione nell'area, nella posizione economica e nel profilo rivestiti all'atto della

cessazione, tenuto altresì presente che nelle more era anche venuto meno per il personale contrattualizzato il criterio del trattamento economico per classi di stipendio e scatti di anzianità, sostituito dalla retribuzione individuale di anzianità (RIA e relativa maggiorazione), non sembra che possano essere sollevati dubbi di sorta sul fatto che il dipendente conservi il diritto a percepire lo stipendio aggiornato più, tra l'altro, la RIA calcolata secondo i parametri maturati all'atto della cessazione del rapporto.

Corretto, quindi, appare l'avviso manifestato sul punto in discussione dal Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato che, richiamandosi al precedente parere già reso nel 1996, ossia nella piena vigenza dell'art. 132, muovendo dai corretti presupposti che l'istituto della riammissione in servizio non interviene ad anzianità zero ma sulla qualifica rivestita dal dipendente all'atto della cessazione e che, ai sensi del d.P.R. n. 310/1981, il trattamento di RIA e relativa maggiorazione su tale qualifica era da riferirsi per quota parte alla valutazione economica delle anzianità pregresse maturate nelle qualifiche inferiori, preso atto che con la cessazione del sistema di progressione per classi di stipendio e scatti di anzianità la RIA era divenuta un tutt'uno non scindibile tra la quota parte ascrivibile alla qualifica rivestita e quota parte ascrivibile ai servizi relativi alle qualifiche inferiori, concludeva affermando che, in caso di riammissione in servizio, la RIA acquisita al momento della cessazione dal servizio dovesse essere conservata.

Né pare alla Scrivente che possa ritenersi utile ad indurre all'opposta conclusione e decisiva l'ulteriore osservazione dell'A.R.A.N., secondo cui sarebbe venuta meno ogni disponibilità delle somme risparmiarie sulla RIA in godimento in quanto queste sarebbero confluite nel Fondo Unico di Amministrazione ai sensi dell'art. 6 del C.C.N.L. sottoscritto il 21 febbraio 2001, atteso che tale disposizione pare comunque voler fare riferimento a quanto risparmiato dall'Amministrazione nel periodo in cui il rapporto è stato interrotto ma non anche al periodo successivo all'eventuale riammissione in servizio, dovendosi escludere che essa possa impedire che al dipendente riammesso sia riconosciuta, in base alle suddette considerazioni, la RIA e la maggiorazione maturate nella qualifica al momento del verificarsi della causa di cessazione dal servizio.

In conclusione, per le suesposte considerazioni, è avviso di questa Avvocatura che, tenute presenti la peculiare natura e funzione della retribuzione individuale di anzianità e della relativa maggiorazione ed in particolare la nuova disciplina dell'istituto della riammissione in servizio introdotta per il personale del comparto Ministeri appartenente all'area non dirigenziale, dall'art. 15 del C.C.N.L. sottoscritto il 16 maggio 2001, integrativo del C.C.N.L. sottoscritto in data 16 febbraio 1999, debba ritenersi che, all'atto della riammissione in servizio, al dipendente deve riconoscersi il diritto alla conservazione della RIA e della relativa maggiorazione maturate nella qualifica al momento della cessazione della progressiva fase del rapporto di lavoro.

Il presente parere, ovviamente, fa riferimento ai dipendenti appartenenti all'area non dirigenziale, nella vigenza del C.C.N.L. del 16 maggio 2001».

**A.G.S. – Parere del 5 novembre 2003, n. 122551 – Demanio marittimo.**

*Regime giuridico delle aree del demanio marittimo (nella specie, saline), già consegnate in uso gratuito all'azienda Autonoma Monopoli di Stato per l'espletamento delle sue attività istituzionali, dopo la privatizzazione delle attività relative ai tabacchi ed alla produzione del sale; se debbano essere restituite all'Autorità Marittima; se possano essere date in concessione all'E.T.I. ed a chi spetti la gestione del relativo rapporto concessorio (consultivo n. 5373/03, avvocato G. Albenzio)*

«Codesta Amministrazione Autonoma ha posto a questa Avvocatura Generale quesito in ordine al regime giuridico delle aree del demanio marittimo ubicate nel porto di S.A. e consegnate dall'Ufficio del Compartimento Marittimo di Cagliari all'A.A.M.S. con verbali n. 120 e 129, rispettivamente del 1 marzo 1967 e del 18 maggio 1968.

1. – Al fine di comprendere con esattezza i termini della complessa questione, è utile premettere una ricostruzione dei fatti rilevanti intervenuti dopo le consegne di cui ai citati verbali, cui conseguono le problematiche all'esame della Scrivente.

Le aree ed i manufatti demaniali ubicati nel porto di S. A., asserviti all'impianto per l'imbarco del sale, sono stati *consegnati* alla Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato dall'Ufficio del Compartimento Marittimo di Cagliari con verbali n. 120 e n. 129, rispettivamente del 1 marzo 1967 e del 18 maggio 1968; in detti verbali:

a) si dà atto della *«consegna di aree di demanio marittimo all'Amministrazione dei Monopoli di Stato»*... *«per la costruzione di un impianto per l'imbarco del sale nell'ambito del porto di S. A.»* (verbale n. 120) e *«per la realizzazione di un acquedotto e di un piccolo manufatto da adibire ad ufficio per la spedizione del sale»* (verbale n. 129);

b) si specifica che *cessando l'uso per il quale l'area viene consegnata essa sarà riconsegnata all'Amministrazione Marittima con tutte quelle opere che vi fossero state eseguite»*. Con nota del 2 luglio 1999 il Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ufficio del Coordinamento Legislativo, afferma che: *«Per i beni del demanio marittimo, pare utile segnalare che attualmente le saline marine, nel loro complesso, sono state cedute «in propriet» dagli Uffici del demanio all'A. A. M. S. L'atto in questione altro non rappresenta se non una mera attribuzione, a titolo gratuito, di un bene destinato ad uso «governativo» all'Amministrazione autonoma chiamata ex lege a svolgere il servizio monopolistico della produzione del sale»*.

Con D.Lgs. 9 luglio 1998, n. 283 è stato istituito l'Ente Tabacchi Italiani *«titolare dei rapporti attivi e passivi, nonché dei diritti e dei beni afferenti le attività produttive e commerciali già attribuite all'A.A.M.S.»* (art. 3, comma 1, di detto decreto). Per quanto concerne la salina marina di S.A. ed i relativi beni pertinenziali, l'A.A.M.S., su conforme parere dell'Ufficio del Coordinamento Legislativo, ritiene di essere titolare della competenza al rilascio di concessioni all'E.T.I. per svolgere i compiti ad esso attribuiti dal D.Lgs. n. 283/1998. Ciò fino a che perdurerà la destinazione dei beni predetti all'attività produttiva della salina. Quando tale funzione dovesse cessare, i beni dell'area portuale di S. A. si potranno considerare come facenti parte *sic et*

*simpliciter* del Demanio Marittimo ed assoggettati, in quanto tali, alla normativa generale. Sempre con nota del 2 luglio 1999, il Ministero dell'Economia e delle Finanze – Ufficio del Coordinamento Legislativo precisa che l'E.T.I. succede *ex lege* all'A.A.M.S. nella titolarità dei beni e dei diritti a questa spettanti e che i beni demaniali marittimi e le miniere, facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato, restano in capo allo Stato.

Con formale atto del 3 dicembre 1999 l'A.A.M.S. concede in uso all'E.T.I. s.p.a. le superfici e gli immobili costituendo il comprensorio della salina di S.A. verso il pagamento di un canone concessorio annuale. Tale concessione in uso prevede al punto *b)* delle premesse che «L'Amministrazione è proprietaria nel Comune di S.A. di superfici ed immobili, nonché connessi diritti reali, utilizzati per la produzione del sale nello stabilimento denominato Salina di S.A.» e all'art 3 che «la durata della concessione è fissata in anni 30 a far tempo dal 1° gennaio 1999».

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con dispaccio n. Dem 1/2106 in data 17 ottobre 2000 ha precisato che: «l'istituto della consegna è previsto solo nei confronti di Amministrazioni statali ai sensi dell'art. 36 del Reg. per la Nav. Mar., mentre l'ETI. ha attualmente natura di s.p.a.».

La Capitaneria di Porto di Cagliari, con atto dell' 11 febbraio 2003, racc. n. 7/199/4452, invita l'E.T.I. alla riconsegna delle aree e dei manufatti demaniali ubicati nel porto di S.A., di cui si discute. La Capitaneria, infatti, ritiene che la procedura seguita non sia in linea con le norme vigenti in materia di concessioni demaniali marittime perché le aree portuali detenute dall'A.A.M.S., venute meno le competenze in materia di produzione di sale, avrebbero dovuto essere riconsegnate all'Amministrazione Marittima per essere successivamente concesse a titolo oneroso all'E.T.I. s.p.a.

L'A.A.M.S. in precedenza ha resistito ad analogo invito, volto alla riconsegna dei cespiti in questione, da parte dell'Ufficio del Compartimento Marittimo che si ritiene, a sua volta, competente in merito agli atti concessori inerenti detti beni. Infine, la locale filiale dell'Agenzia del Demanio, cui è demandata la stima del canone concessorio che l'E.T.I. deve corrispondere per l'utilizzo dei beni del comprensorio di S.A., ritiene di ascrivere tale competenza in parte – quelle dell'area portuale – all'Amministrazione Marittima (Capitaneria di Porto di Cagliari) e in parte – quelle della salina vera e propria – alla Regione Sardegna.

2. – Le fonti normative cui si deve fare riferimento per la soluzione dei problemi testé evidenziati possono essere individuate negli artt. 34 e 36 cod. nav., nell'art. 36 reg. nav. mar. e nell'art. 3 d.lgs. 9 luglio 1998 n. 283.

Le norme del codice della navigazione e del relativo regolamento appena citate regolano l'utilizzazione di beni del demanio marittimo per altri usi pubblici (art. 34 cod. nav.) o per uso privato (art. 36 cod. nav.), prevedendo, nel primo caso, la consegna di quei beni all'Amministrazione pubblica che ne faccia richiesta a mezzo di verbale di consegna e senza corresponsione di canone (art. 36 reg. nav. mar.), con restituzione alla cessazione del diverso uso pubblico (art. 34 cod. nav.); per l'uso a fini privati è, invece, prevista una concessione onerosa secondo le disposizioni dettate dallo stesso codice (art. 36 e segg. cod. nav.); l'art. 36, comma 3, reg. nav. mar. regola il caso di utilizzazione da parte di terzi di beni demaniali compresi nelle zone conse-

gnate ad altre Amministrazioni pubbliche ai sensi dello stesso articolo, disponendo che «è disciplinata a norma dell'art. 36 del codice dall' autorità marittima mercantile, sentita l'Amministrazione consegnataria».

Il d.lgs. 283/1998 rileva, nel nostro caso, perché ha sancito la creazione dell'E.T.I. (prima ente pubblico economico, poi società per azioni, ora a capitale privato) ed il trasferimento allo stesso ente delle attività dell'Amministrazione dei Monopoli: «L'ente è titolare dei rapporti, attivi e passivi, nonché dei diritti e dei beni afferenti le attività produttive e commerciali già attribuite all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato» (art. 3, comma 1).

3. – Applicando le sopra riportate disposizioni normative al caso in esame ne deriva che:

a) le aree del demanio marittimo facenti parte del porto di S. A. sono state *consegnate* in uso ai sensi degli art. 34 cod. nav. e 36 reg. nav. mar. all'Amministrazione dei Monopoli in considerazione della natura pubblica della consegnataria e della destinazione ad usi pubblici dei beni, senza alcun trasferimento di *titolarietà*;

b) l'utilizzo delle stesse aree da parte di terzi (nella specie, l'E.T.I.) è possibile secondo la disciplina dello stesso art. 36, comma 2, reg. nav., cioè a titolo oneroso e previa stipulazione di apposita concessione ai sensi dell'art. 36 cod. nav.;

c) la competenza a stipulare la concessione, gestire il rapporto concessorio e incassare il canone corrispettivo spetta all'Autorità marittima competente che ha solo l'obbligo di sentire l'Amministrazione consegnataria;

d) nella scelta del terzo cui concedere i beni non esiste facoltà discrezionale dell'Amministrazione concedente né obbligo di gara con eventuali altri pretendenti, atteso il disposto del sopra richiamato art. 3, comma, d.lgs. 283/1998.

In conclusione, nella specie, lo strumento giuridico utilizzato per consentire all'E.T.I. l'utilizzo delle aree del porto di S. A. non di pertinenza della Regione, già consegnate all'Amministrazione dei Monopoli, è corretto ma è stato posto in essere da soggetto non competente; è, quindi, necessario che, qualora non ostino altri problemi, l'Autorità Marittima competente ratifichi l'operato dell'Amministrazione dei Monopoli ed assuma la gestione del rapporto, provvedendo anche all'incasso dei canoni dovuti dall'E.T.I. (che, ovviamente, dovrà restituire i beni alla stessa autorità Marittima allorché cesserà il loro uso attuale)».

#### **A.G.S. – Parere del 14 novembre 2003, n. 126717 – Rendite catastali.**

*Ritardata attribuzione di rendite catastali da parte degli Uffici dell'Agenzia del Territorio – Termine di riscossione della maggiore imposta (consultivo n. 3525/03, avvocato M. Mari).*

«Con la nota a riscontro si richiede il parere della Scrivente riguardo alla questione delineata in oggetto al fine di valutare la sussistenza» di possibili profili di responsabilità a carico di taluni uffici provinciali dell'Agenzia che, in relazione ad istanze di attribuzione di rendita catastale presentata

dai contribuenti ai sensi dell'art. 12 della legge n. 154/1988, hanno trasmesso agli Uffici del Registro (ora Uffici delle Entrate) le relative certificazioni oltre il termine di dieci mesi indicato nella citata disposizione

Nel formulare il quesito codesta Agenzia ha correttamente evidenziato che il procedimento disciplinato dall'art. 12 della legge 154/1988 – (finalizzato all'attribuzione della rendita catastale ad immobili non iscritti in catasto alla data di registrazione dell'atto, onde consentire l'applicazione per la determinazione del valore degli immobili medesimi del 4° comma dell'art. 52 del d.P.R. 131/1986 – determinazione «automatica» in luogo del meccanismo di cui al 1° comma della stessa norma – accertamento del valore venale del bene) ha come punto di riferimento, sotto il profilo temporale, il termine di 60 giorni, entro il quale il contribuente è tenuto a produrre al competente Ufficio delle Entrate la ricevuta dell'istanza per l'attribuzione della rendita catastale presentata all'Ufficio del Territorio, e il termine di 10 mesi – dalla data in cui è stata presentata la domanda di voltura – entro il quale gli Uffici del Territorio «sono tenuti» ad inviare all'Ufficio delle Entrate, presso il quale ha avuto luogo la registrazione, un certificato catastale attestante l'attribuzione della rendita sulla base della quale deve essere quantificata la pretesa fiscale.

Il primo soltanto dei suddetti termini ha natura perentoria in base a quanto specificamente dettato nel comma 1 del citato art. 12 nel quale è correlativamente previsto che «in caso di mancata presentazione della ricevuta nei termini», l'Ufficio procede alla determinazione venale dell'immobile.

Il secondo termine di 10 mesi per la trasmissione del certificato catastale ha, evidentemente, una configurazione endoprocedimentale con finalità meramente acceleratorie dell'*iter* in corso.

Nessuna innovazione o precisazione, anche sotto forma di rinvio ad altra normativa, è rinvenibile nel citato art. 12 per quel che concerne il termine entro il quale l'Ufficio delle Entrate deve porre in essere l'attività di recupero della eventuale maggiore imposta derivante dalla differenza tra il valore dell'immobile dichiarato nell'atto e quello derivante in modo automatico dall'applicazione dell'art. 52, quarto comma, del d.P.R. 131/1986, sulla base della rendita catastale attribuita dall'Ufficio del Territorio ai sensi dell'art. 12 legge 154/1988.

Da ciò deriva l'esigenza, al fine di trovare una coerente soluzione alla problematica segnalata, di determinare il termine di riferimento per l'esercizio da parte dell'Ufficio delle Entrate del potere di liquidare la maggior imposta eventuale risalendo alla disciplina generale dettata in relazione ai tributi che vengono in considerazione e, in modo specifico, alla disciplina rinvenibile nel Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta di Registro di cui al d.P.R. sopra citato.

Secondo codesta Agenzia applicando le norme contenute nel d.P.R. 131/1986, e, in specie, gli artt. 42, 76 e 78, si potrebbe asserire che non versandosi, nel caso delle imposte dovute all'esito del classamento, né in una ipotesi di imposta «principale» (*ex art. 42 cit.* comma 1, prima parte) né in una ipotesi di imposta «suppletiva» (*ex art. 42 cit.*, comma 1, seconda parte) nè, propriamente, in una ipotesi di imposta complementare (quale imposta

richiesta «in tutti gli altri casi», sempre ai sensi del citato art. 42), non sarebbe applicabile al fine del recupero dell'eventuale maggiore imposta il termine triennale di decadenza previsto dall'art. 76 del d.P.R. 131/1986, ma, piuttosto, il termine decennale di cui all'art. 78 dello stesso d.P.R. o, meglio, dato che all'applicazione della norma da ultimo citata osterebbe la mancanza nell'imposta di cui trattasi del requisito della definitività, in via «residuale» o suppletiva, il termine decennale previsto per la prescrizione ordinaria dall'art. 2946 c.c., con decorrenza dal momento in cui il diritto può esser fatto valere (art. 2935 c.c.).

La tesi propugnata nella nota a riscontro non ha carattere di novità, ma troverebbe conforto in una consultazione lontana nel tempo di questo Generale Ufficio (n. 2487 del 9 gennaio 1992) con la quale furono espresse perplessità circa l'«adattabilità» dei termini di decadenza previsti, in via generale, dall'art. 76 *cit.* alle situazioni in esame.

In tale consultazione si sosteneva tale assunto argomentando nel senso che, in forza dell'avvenuto adempimento da parte del contribuente degli obblighi previsti dall'art. 12 della legge 154/1988, l'Ufficio non eserciterebbe un potere di accertamento in senso proprio, ma parteciperebbe, piuttosto, una mera informazione «al contribuente che ha già assunto l'impegno irrevocabile a definire il suo obbligo secondo i valori derivanti dalla rendita catastale quale che sarà», con conseguente applicabilità del termine prescrizione in luogo di quello decadenziale.

Tale tesi fu recepita nella Circolare n. 112 del 17 aprile 1997 (del Ministero delle Finanze, Dipartimento delle Entrate), nella quale si specificò, tuttavia, che l'Avvocatura «... in considerazione della contestabilità della tesi esposta... sottolinea l'opportunità per gli Uffici di attivarsi nel termine triennale...» e, correlativamente, si prevede che gli uffici «devono provvedere a richiedere le somme dovute in applicazione della legge 154/1988 entro il termine di tre anni dalla data di registrazione dell'atto, come suggerito dalla stessa Avvocatura».

Ciò premesso, occorre valutare se le conclusioni, cui si era pervenuti in passato siano ancora attuali.

La soluzione del dilemma sembra debba essere essenzialmente ricercata nella riscontrabilità nelle fattispecie in esame dell'esercizio di un «potere impositivo» in senso lato da parte dell'Ufficio delle Entrate, in relazione all'applicazione del quale dovrebbe essere ritenuto applicabile il termine decadenziale di cui all'art. 76 d.P.R. 131/1986, secondo quanto ritenuto dalla Suprema Corte a Sezioni Unite (Cass., SS.UU., 1196/2000) con statuizioni che, sia pur con riferimento alla spettanza delle agevolazioni per l'acquisto della cosiddetta prima casa, hanno indubbiamente valenza generale al fine di un corretto inquadramento sotto il profilo normativo della disciplina riguardante la materia *de qua*.

In tale sentenza la Suprema Corte ha, in particolare, enunciato i seguenti principi:

1) le previsioni di decadenza «rispetto agli atti da presentarsi o presentati per la registrazione, includono ogni ipotesi di iniziativa del soggetto impositore, in quanto sono dettate per la «richiesta» dell'Ufficio, senza deli-



mitazioni od eccezioni in relazione all'oggetto della richiesta stessa... e così abbracciano l'intera area dei provvedimenti che esprimono esercizio del potere impositivo, a fronte del verificarsi dei presupposti del credito tributario, e che siano rivolti alla formazione del titolo per l'esazione del credito stesso, ove il contribuente non li impugni in giudizio o li impugni con esito sfavorevole».

2) «L'ampiezza di dette previsioni decadenziali, del resto caratterizzante le similari norme che stabiliscono termini per il provvedimento impositivo nell'ambito di ciascuna disciplina di tassazione diretta o indiretta, risponde all'irrinunciabile esigenza di porre scadenze perentorie per l'atto dell'Ufficio, allo scopo di assicurare certezza al rapporto e insieme tutelare il contribuente con la predeterminazione del tempo massimo del suo assoggettamento all'atto stesso»;

3) «La carenza di peculiari disposizioni sul decorso della decadenza, non potendosi tradurre in esclusione della decadenza medesima, in ragione di quanto... evidenziato sulla valenza generale della relativa previsione, comporta, per tale decorso, l'operatività delle comuni norme dell'ordinamento (artt. 2964 e segg. cod. civ.) in forza delle quali il termine di decadenza, inderogabilmente assegnato per porre in essere un determinato atto o un determinato comportamento, è computabile a partire dal momento in cui sussista il potere di compiere o tenere l'atto o il comportamento stesso».

Sulla scorta di tali principi e al fine di valutarne l'applicabilità ai casi di cui trattasi, si può affermare, in via generale, che in tanto può ritenersi che l'atto posto in essere dall'Ufficio e comunicato o notificato al contribuente costituisce esercizio di un «potere impositivo», in quanto avverso tale atto il contribuente medesimo possa proporre impugnazione, onde contestarne il fondamento e la legittimità, al fine di conseguire una pronuncia giurisdizionale che annulli o rettifichi l'atto medesimo.

Ciò posto, in base alla giurisprudenza della Suprema Corte assolutamente prevalente si deve ritenere che il contribuente nei casi in esame abbia, senz'altro, il potere di contestare il fondamento e la legittimità dell'atto con il quale l'Ufficio richieda il pagamento dell'eventuale maggior imposta (cfr. ad es. Cass., sez. V, 15091/2000; Cass., sez. V, 7580/2001, Cass. 7497/2002 la quale precisa che l'onere della prova in relazione alla determinazione del valore incombe sul contribuente).

La sentenza della Suprema Corte n. 4509/2000 si sofferma, poi, in modo diffuso quanto analitico, sulle «evenienze» individuabili nell'ambito del procedimento di cui all'art. 12 del decreto legge 70/1988 in relazione alle quali (come afferma la sentenza medesima) deve essere sempre prevista l'impugnabilità dell'atto di classamento o autonomamente o in sede di impugnazione dell'avviso di liquidazione o successivamente alla notifica dell'avviso di liquidazione qualora questo, accidentalmente, sia stato notificato al contribuente prima della notifica dell'atto di classamento.

Si rileva, ancora, che tale ultima sentenza enuncia, altresì, le norme-base alla stregua delle quali deve essere tenuta ferma l'impugnabilità dell'atto di classamento, separatamente o conseguentemente all'avviso di liquidazione, richiamando gli artt. 24 e 113 della Costituzione.

Sulla stessa linea dei principi costituzionali che governano la materia la sentenza medesima cita, inoltre, la sentenza della Corte Costituzionale n. 463/1995 (la quale, come è noto, ha dichiarato non fondata, con riferimento all'art. 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12 decreto legge 70/1998 nella parte in cui non prevede che il certificato contenente l'attribuzione della rendita da parte dell'UTE, trasmesso all'Ufficio del Registro, sia anche comunicato e notificato al contribuente, precisando che «nel giudizio innanzi alla Commissione tributaria per impugnare l'avviso di liquidazione, dell'imposta di registro l'interessato ha accesso all'impugnativa dell'atto di classamento e dunque la possibilità di offrire anche elementi atti a dimostrare una valutazione dell'immobile erronea e non conforme ai parametri legali») e la successiva ordinanza n. 367/1998 della medesima Corte che, nel dichiarare infondata la stessa questione di cui alla citata sentenza, ha ribadito il principio secondo il quale «avverso l'atto di classamento l'interessato può far valere la tutela giurisdizionale, come avviene nella generalità dei casi di attribuzione della rendita al di fuori di una vicenda traslativa di un diritto reale, offrendo in tale sede gli elementi comprovanti un'erronea valutazione

Ove si tengano ben presenti tali statuizioni e principi più volte ribaditi, anche con l'avallo del Giudice delle leggi, dalla Suprema Corte ed enucleati nella loro essenza dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, si dovrà ritenere che rimanga in capo al contribuente il potere di contestare «la correttezza degli atti liquidatori».

La soluzione in questa sede sostenuta appare, infine, confortata sul piano legislativo dalle norme di cui all'art. 30, comma 11, della legge 488/1999 (legge finanziaria) e 74, commi 2 e 3 della legge 342/2000 (legge finanziaria) che contemplanò espressamente il ricorso avverso gli atti che abbiano comportato attribuzione o modificazione della rendita catastale.

Al riguardo si sottolinea che il terzo comma della legge da ultimo citata, prevede che «per gli atti che abbiano comportato attribuzione o modificazione della rendita... non ancora recepiti in atti impositivi dell'amministrazione finanziaria o degli enti locali, i soggetti attivi di imposta provvedono, entro i termini di prescrizione o decadenza previsti dalle norme per i singoli tributi, alla liquidazione o all'accertamento dell'eventuale imposta dovuta sulla base della rendita catastale attribuita. I relativi atti impositivi costituiscono a tutti gli effetti anche atti di notificazione della predetta rendita. Dall'avvenuta notificazione decorre il termine per proporre ricorso di cui all'art. 2, comma 3, del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546 e successive modificazioni».

Conclusivamente, alla luce dei sopravvenuti chiarimenti giurisprudenziali, sembra indubbiamente preferibile la tesi secondo la quale deve ritenersi applicabile «in assenza di peculiari disposizioni» il termine decadenziale di cui al citato art. 76 d.P.R. 131/1996 computabile, secondo quanto precisato dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza citata, «dal momento in cui sussiste il potere di compiere l'atto o tenere il comportamento».

Ciò è a dire, tenendo conto di quanto previsto dall'art. 12 del decreto legge 70/1988, il triennio, di cui al citato art. 76, decorrente dalla comunica-

zione, all'ufficio impositore, dell'attribuzione della rendita catastale e, in mancanza di tale comunicazione, dalla scadenza dei 10 mesi che di norma occorrono all'Agenzia del Territorio per provvedere».

**A.G.S. – Parere del 15 novembre 2003, n. 127468.**

*Se una A.S.L. sia legittimata a partecipare in qualità di mandante di Associazione temporanea di Impresa ad una gara di appalto di servizi per l'assegnazione di un progetto per attività di assistenza tecnica e coordinamento a favore delle Amministrazioni regionali in materia di tutela della salute pubblica (consultivo n. 5421/03, avvocato P. Cosentino).*

«In risposta alla richiesta di parere di codesta Amministrazione, questa Avvocatura ritiene che il problema della legittimazione di una A.S.L. alla partecipazione ad una gara del tipo indicato in oggetto vada risolto tenendo presenti due aspetti: da un lato la disciplina che governa la gara, che nel caso specifico è rappresentata dalle direttive 92/50 CEE e 97/52 Ce e dal d.lgs. 157/1995, come modificato dal d.lgs. 65/2000; dall'altro la capacità della stessa ASL di essere parte di contratti a titolo oneroso *tra prestatori di servizi* e un'Amministrazione aggiudicatrice in base alla normativa vigente.

Come è noto l'art. 3 del d.lgs. n. 229/1999, sostitutivo del corrispondente art. 3 del d. lgs. n. 502/1992, prevede che l'unità sanitaria locale sia azienda dotata di personalità giuridica pubblica, di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, fermo restando il diritto-dovere degli organi rappresentativi di esprimere il bisogno socio-sanitario delle comunità locali. Eliminato dunque il rapporto organico e di strumentalità con l'ente Regione, il servizio sanitario si affida ad un modello organizzativo di base che affianca la gestione manageriale ad un ineliminabile fine istituzionale.

Ciò posto, si osserva che in un'analisi del *modus operandi* delle A.S.L., non è sufficiente soffermarsi sul profilo della loro soggettività giuridica o sul rispetto del criterio di economicità, oramai incontrovertibile non solo per i servizi che devono essere organizzati in forma di impresa, ma anche per quelli di carattere assistenziale erogativi che devono garantire la copertura integrale dei costi dei fattori di produzione. La riforma operata dal d. lgs. 229/1999 ha invero confermato la specialità dell'azienda sanitaria locale rafforzandone la natura giuridica pubblica e ponendo l'accento sul mantenimento della funzione pubblica. Il concetto di imprenditorialità infatti è riferito sempre e solo alle modalità di gestione e non si sostituisce allo scopo di erogazione di assistenza sanitaria e sociale: lo scopo dell'A.S.L. non è lo scopo di lucro. Anche a seguito della riforma «Bindi» l'azienda sanitaria resta agganciata ad un sistema del doppio binario «pubblico-privato»: in quanto ente del S.S.N. rientra nell'arca dei servizi pubblici, mentre, per effetto dell'auto-costituzione, dell'auto-organizzazione e dell'autonomia di gestione e dei rapporti con i terzi, si muove sempre di più come un attore privato in un settore che, tuttavia, presenta qualche difficoltà ad un'apertura

totale al mercato e alla concorrenza. Il primo comma dell'art. 3 d. lgs. 229/1999 ha riaffermato il ruolo in particolare essenziale dell'A.S.L. e decretato la sua insostituibilità allo svolgimento dei compiti assistenziali che dallo stesso decreto sono fatti rientrare nelle competenze regionali. Sebbene questa norma possa far sorgere dubbi circa un possibile ritorno alla strumentalità rispetto all'ente Regione, il venir meno, nella definizione del legislatore dell'elencazione esplicita e analitica delle autonomie, presente nella versione del 1992, non va inteso come loro soppressione, ma come l'affiancarsi dell'autonomia imprenditoriale alle varie estrinsecazioni della personalità giuridica quale *quid pluris*, ovvero come riconoscimento di ampia autonomia giuridica di gestione in vista della realizzazione di obiettivi di natura sociale. Questo riconoscimento di autonomia imprenditoriale ha fatto parlare di «libertà di agire secondo schemi privatistici ed economici» (SANVITI, in AA.VV., *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000). Una sicura conferma alla concezione imprenditoriale sul piano dei rapporti giuridici deriva dalla riconosciuta possibilità per l'A.S.L. di stipulare contratti a tempo determinato (di consulenza, collaborazione), di attribuire attraverso il direttore generale gli incarichi dirigenziali, di agire attraverso atti di diritto privato, non tipici o nominati, come nel caso del potere di appaltare o contrattare direttamente, secondo le norme del diritto privato, i contratti di beni e servizi il cui valore sia inferiore alla soglia comunitaria.

Peraltro, il problema che qui ci occupa è senza precedenti, poiché non si tratta di stabilire con quali mezzi e con quale margine di autonomia una A.S.L. possa compiere le scelte relative al proprio approvvigionamento di beni, servizi, prestazioni professionali, rapporti di impiego, ma di appurare se la normativa vigente consenta quello che senza dubbio nel diritto comunitario, per la ricorrenza dei requisiti minimi necessari e sufficienti ad aversi impresa, è possibile, e cioè la partecipazione ad una gara di appalto in una veste non diversa da quella di qualunque imprenditore privato mosso da fine di lucro.

È parere di questa Avvocatura che l'estrinsecazione dell'autonomia imprenditoriale tramite atti di diritto privato, come sopra sinteticamente delineata, possa avere manifestazioni non espressamente individuate dal legislatore. In tal caso, non essendoci alcun espresso divieto in merito, si deve ritenere che gli unici limiti possano essere costituiti dal vincolo di bilancio e dalla economicità delle scelte da fare. Pertanto, essendo principio acquisito e recepito dalla giurisprudenza (vedansi per tutte Cass. 5234/2000 e 3748/1981) che la capacità di diritto privato degli enti pubblici è generale e che l'esistenza di divieti all'assunzione di determinati rapporti contrattuali incide solo sulla legittimazione, come del resto accade per i soggetti privati, per i quali, tra l'altro, si parla perfino di incapacità giuridiche speciali, senza che ciò porti ad escludere la piena soggettività delle persone fisiche e/o delle persone giuridiche, ben può una A.S.L. intervenire in veste di concorrente in una gara ad evidenza pubblica. E ancor più in qualità di mandante in un'associazione temporanea di imprese, in quanto trattasi di accordo limitato ad un affare determinato e temporalmente circoscritto, che non dà luogo a commistione o fusione con altre imprese private partecipanti e

quindi alla costituzione di una nuova impresa, ma solo ad un regolamento di diritti ed obblighi reciproci con riguardo alla collaborazione relativa all'affare stesso.

Poiché il d.lgs. 157/1995 ha recepito la direttiva 92/50 CEE, sembra doveroso attribuire al termine «impresa» adoperato dal legislatore nazionale per indicare i soggetti legittimati a partecipare alle gare per l'appalto di servizi che superino la cosiddetta «soglia comunitaria», il significato che a tale espressione è attribuito dal diritto comunitario, vale a dire di qualunque entità che operi sul mercato in qualsiasi posizione, salvo quella di utilizzatore finale, attraverso atti di autonomia privata. L'impresa è per il diritto dell'Unione qualcosa che si caratterizza per il suo *agere* e non per il suo essere in qualche modo entificata. In altri termini, non le si richiede la personalità giuridica né una piena soggettività secondo le normali categorie del pensiero giuridico, ma che si «comporti» in un certo modo che è connaturale all'impresa, cioè influenzando sul mercato (in dottrina A. GUARINO, *Lezioni di diritto comunitario*, Anno accademico 1991/1992, Luiss Guido Carli; nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *ICI e Commissione 48/69*, in *Raccolta*, 1972 e *Hydrotherm e Compact 170/1983*, in *Raccolta*, 1984).

In effetti, a ben vedere, il riferimento della direttiva 92/50 CEE ai «prestatori di servizi, le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi», ancorché non appaia del tutto coincidente con l'ampissimo concetto di impresa accolto nel diritto dell'Unione, risulta tuttavia idoneo a ricomprendere le Aziende sanitarie, in quanto appunto enti pubblici fornitori di servizi.

Non è superfluo osservare, infine, come siano anche i principi di efficienza ed efficacia a far propendere per la tesi della legittimazione dell'A.S.L., poiché il perseguimento del fine istituzionale di garantire il miglior possibile livello di salute pubblica comporta un rapporto dinamico e cooperativo con l'ambiente esterno. Il che rende anche auspicabile una qualificata partecipazione dell'A.S.L. ad attività di approfondimento delle tematiche di carattere sanitario, come è della materia epidemiologica, di cui al caso di specie.

Diverso, ovviamente, sarebbe il caso qualora la partecipazione all'A.T.I. fosse caratterizzata da esclusivo fine di lucro, dato che, come si è già notato in precedenza, ciò non rientra in modo tassativo nei fini istituzionali delle A.S.L.

Infine, non pare alla Scrivente decisivo in senso negativo al riconoscimento della legittimazione a partecipare alle A.T.I. in qualità di mandante, il rilievo circa la funzione (della singola A.S.L.) di «garante» dell'Assistenza sanitaria in funzione del S.S.N.; e ciò per almeno due ordini di ragioni: da un lato, perché tale funzione di garanzia è propria dell'intero sistema del S.S.N. nel suo complesso; dall'altro, perché pare eccessivo ritenere che tale funzione, anche per quel minimo che possa essere ricompreso nelle competenze di una singola A.S.L., sia seriamente vulnerata, o anche soltanto messa a rischio, dalla riconosciuta piena capacità della stessa A.S.L. di agire *iure*

*privatorum*; non riuscendosi, invero, a scorgere quale assoluta incompatibilità possa profilarsi tra l'esercizio di tale capacità e la suddetta funzione di «garanzia».

Con le osservazioni di cui sopra si ritiene di aver dato esauriente risposta al quesito sottoposto; si rimane tuttavia a disposizione per ogni ulteriore chiarimento occorrente».

**A.G.S. – Parere del 25 novembre 2003, n. 132578.**

*Emanazione di decreto ministeriale di approvazione dl attività di estrazione di gas al largo delle coste adriatiche (giacimento gasifero nell'ambito di concessione di coltivazione) (consultivo n. 4375/03, avvocato C. Sica).*

«Con nota n. 249703 del 27 febbraio 2003 codesto Ministero, dopo aver ricordato l'indagine penale pendente dinanzi la Procura della Repubblica di Rovigo (indagine ben conosciuta – per quanto consentito a questa Avvocatura Generale, che ha nelle more assunto il patrocinio di tre dipendenti dello Stato indagati) e dopo aver ricordato che detta Procura ha proceduto all'acquisizione ed al sequestro di notevolissima mole di documenti presso l'Ufficio centrale e l'Ufficio periferico bolognese dell' UNMIG, nonché presso l'ENI e il Ministero dell'Ambiente, ha rappresentato, confermata la piena legittimità dei provvedimenti assunti, che le iniziative di detta Procura sembrano tendere ad una più ampia indagine ad ampio raggio.

Ciò premesso, codesto Ministero ha sottoposto alla valutazione consultiva di questa Avvocatura Generale la questione della approvazione di una variazione del programma di lavoro nell'ambito di una concessione di coltivazione di idrocarburi.

Al riguardo, acquisita la necessaria valutazione positiva ai fini ambientali, ha segnalato che il Ministero dovrebbe emanare (quale atto conclusivo del procedimento) decreto di nulla osta alla variazione del programma di lavoro presentato dall'ENI per una coltivazione, ricadente nel mare Adriatico alla distanza di circa 32 km dalle coste romagnole.

Ha segnalato codesto Ministero che il luogo della coltivazione è ben distante dalla foce del Po di G. (n.d.r.: e ciò risulta evidente dalla planimetria trasmessa) e che la variazione del programma di lavoro comporta un sottodimensionamento dell'originario programma, già assentito.

È chiaro che l'emanando decreto di nulla osta terrà conto delle condizioni e precauzioni operative dettate dalla valutazione positiva a fini ambientali.

Senonchè, nelle more del procedimento di emanazione del decreto di nulla osta, è pervenuto ordine del giorno del Consiglio della Provincia di Forlì-Cesena, con il quale si è lamentato che la valutazione V.I.A. non avrebbe considerato alcuni aspetti (turismo e pesca) e non avrebbe coinvolto gli enti locali interessati, anche alla luce dell'accertato fenomeno della subsidenza, con ripetuti fenomeni di esondazione.

Al riguardo, codesto Ministero rileva (n.d.r.: correttamente) che il procedimento in esame è stato rettamente iniziato e proseguito e che il Consiglio della Provincia di Forlì-Cesena rivendica competenze e considerazioni non previste dalla normativa di settore.

Con successiva nota n. 493488 del 10 ottobre 2003, codesto Ministero ha sollecitato il parere di questa Avvocatura Generale, segnalando che l'ENI ha fatto pervenire documento intitolato «*Note a cura della struttura di Ingegneria Ambientale di ARPA – Emilia Romagna su Progetto N., studio di impatto ambientale*», predisposto dall'A.R.P.A. dell'Emilia Romagna con collaborazione della stessa Regione, degli Uffici della Provincia di Forlì-Cesena e del Comune di Cesenatico.

Tale documento, per quanto di rilevanza, conclude nel senso che la coltivazione non avrà influenza rispetto alla costa, ancorché necessiti di monitoraggio.

Quanto alla pesca, la coltivazione non avrà un effetto negativo, se non nel breve termine ed in corrispondenza della tratta interessata.

Quindi, codesto Ministero ritiene, valutato liberatorio sul piano sostanziale il documento dell'A.R.P.A. – Emilia Romagna, che non sussistano ragioni ostative all'emanazione del decreto di nulla osta alla variazione del programma di lavoro presentato dall'ENI.

Le ampie e motivate considerazioni di codesto Ministero, in ordine ai profili tecnici del decreto di nulla osta alla variazione del programma di lavoro presentato dall'ENI per la coltivazione, ove sussista il rispetto delle prescrizioni dettate in sede di valutazione V.I.A., non fanno emergere controindicazioni all'adozione del decreto di nulla osta in questione».

#### **A.G.S. – Parere del 26 novembre 2003, n. 132993.**

*Regime di imputazione in ordine al sequestro cautelare in fattispecie di contrabbando depenalizzato* (consultivo n. 15071/03, avvocato G.Albenzio).

«1. – Con la nota emarginata codesta Agenzia delle Dogane chiede chiarimenti sulla emissione ed impugnazione di provvedimenti amministrativi cautelari di sequestro in presenza di fattispecie di contrabbando depenalizzate ai sensi dell'art. 25 d.lgs. 507/1999 e dopo l'assegnazione alla giurisdizione delle Commissioni Tributarie della cognizione delle controversie in materia di dazi doganali (art. 12, comma 2, legge 448/01).

La figura del sequestro cautelare amministrativo è regolata in via generale dall'art. 13 legge 689/ 81 che assegna tale potere all'autorità amministrativa competente ad irrogare la sanzione; il mancato richiamo della norma nell'art. 39 [originaria formulazione] della stessa legge sulla depenalizzazione ha fatto pensare alla impossibilità di estensione dell'istituto alle violazioni alle leggi finanziarie, per le quali opererebbero le specifiche disposizioni in materia; l'art. 39 è stato, poi, emendato con legge 562/1993 e d.lgs. 472/1997 e non contiene più il rinvio alla legge 4/1929 per la disciplina delle violazioni in materia finanziaria. La normativa doganale, peraltro, nell'assegnare alle Autorità amministrative competenti il potere di confisca delle cose

che servirono o furono destinate a commettere l'illecito (art. 301 t.u. 43/1973) e di determinazione della destinazione delle cose sequestrate o confiscate (art. 301 *bis* e 333 t.u. 43/1973), fa solo un accenno al potere di disporre il sequestro a fini cautelari (art. 6, comma 1, lett. *a*, legge 205/1999, ove si dice soltanto che «*i poteri di sequestro e di confisca sono attribuiti all'autorità amministrativa*») ma non regola né le modalità di adozione del provvedimento né le procedure per la sua contestazione. Con la depenalizzazione di alcune fattispecie di contrabbando non è più possibile ricorrere al sequestro regolato dall'art. 354 c.p.p., mentre l'adozione di misure cautelari nelle materie sottoposte alla giurisdizione delle Commissioni Tributarie è regolata espressamente dall'art. 47 d.lgs. 546/1992 e, mediante il rinvio *ex art. 1*, comma 2, stesso decreto, dagli art. 670 e segg. c.p.c.

2. – Nel quadro normativo appena delineato e come attualmente vigente va cercata la soluzione del questo posto.

Ad avviso di questa Avvocatura Generale occorre distinguere fra il sequestro *amministrativo* finalizzato alla successiva confisca dei beni e quello a generali fini cautelari (sequestro *giudiziario* e *conservativo*), sicuramente riservato all'A.G. competente a conoscere il merito. Nel primo caso, invece, la competenza dell'Autorità Doganale alla adozione del sequestro *amministrativo* può ritenersi conservata, anche per le materie soggette alla cognizione delle Commissioni Tributarie, e regolata dall'art. 13 legge 689/1981: per vero, la attuale formulazione dell'art. 39, nel quale sono stati abrogati i commi 3-4-5 che rimandavano alla legge 4/1929 e al r.d. 639/1910 per la disciplina delle violazioni finanziarie, ed il cui ultimo comma dispone che alle dette violazioni «*si applicano, altresì, gli art. 29 e 38, primo comma*», consente di ritenere applicabili alle violazioni finanziarie anche le altre disposizioni della legge 689/1981 non incompatibili con la relativa specifica normativa (secondo il principio generale dell'art. 12 stessa legge – Cass., sez. I civ., 4 dicembre 1996 n. 10823 – e l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione in più occasioni: v. Cass., sez. III pen., 4 maggio 1999, Esposito, e 1° luglio 1997, A., in riferimento all'art. 32, comma 2; Cass., sez. V pen., 23 giugno 1998, Wolflich, e sez. II, 3 febbraio 1997, Bonetta, in riferimento agli art. 40 e 41) e, quindi, l'art. 13, che disciplina il sequestro *cautelare delle cose che possono formare oggetto di confisca*, nonché l'art. 19, che regola l'opposizione all'autorità che ha disposto il sequestro, in assenza di una compiuta disciplina specifica nelle leggi doganali (l'art. 25 t.u. 43/1973, infatti, si limita a prevedere genericamente l'assoggettabilità a sequestro delle merci estere soggette a diritti di confine, senza indicare l'autorità competente e la procedura applicabile).

Né l'atto che dispone la misura cautelare né il provvedimento di rigetto dell'opposizione in sede amministrativa (o dell'istanza di dissequestro) sono autonomamente impugnabili in sede giurisdizionale: secondo costante giurisprudenza, «*l'accertamento dell'illegittimità della suddetta misura può essere richiesto con ricorso ex art. 22 legge n. 689 del 1981 contro il provvedimento di confisca*» (Cass. 9 agosto 2000 n. 10534; Cass. 13 giugno 1991 n. 6708).

3. – La proponibilità del ricorso all'A.G.O. ai sensi dell'art. 22 *cit.* è, però, venuta meno nella materia in esame dopo la novella di cui all' art. 12 comma 2 legge 448/01.



Si consideri, infatti, che: la confisca nelle fattispecie di contrabbando depenalizzato ha natura di sanzione accessoria ai sensi dell'art. 20 legge 689/1981 (intitolato, appunto, *Sanzioni amministrative accessorie*) che la menziona espressamente al comma terzo; il sequestro amministrativo ad essa preordinato accede alla medesima natura e non può essere autonomamente impugnato (v. Cass. 10534/00 e 6708/1991 sopra citate); l'art. 19, comma 1, lett. c), d.lgs. 546/1992, menziona come impugnabile dinanzi alle Commissioni Tributarie ogni «*provvedimento che irroga le sanzioni*».

Si può, quindi, ritenere che la giurisdizione tributaria attragga anche le controversie aventi ad oggetto il provvedimento di confisca adottato ex art. 301 t.u. 43/1973 (e, sia pure non autonomamente ma congiuntamente, il provvedimento di sequestro amministrativo ex art. 13 legge 689/1981) ai sensi del citato art. 19, comma 1, lett. c), d.lgs. 546/1992, interpretato *estensivamente* al fine di adattarlo alle nuove realtà provvedimentali in materia doganale, nel senso di ricomprendere nell'espressione «*provvedimento che irroga le sanzioni*» anche tutti i provvedimenti menzionati nell'art. 20 legge 689/1981.

La esposta interpretazione sembra a questa Avvocatura più corretta e rispondente alla *ratio* della legge 448/01, in quanto consente di concentrare la cognizione di tutte le controversie attinenti alla materia doganale dinanzi al giudice tributario, ma è, ovviamente, soggetta alla verifica della giurisprudenza che si andrà a formare in materia; pertanto, al fine di conseguire tempestivamente un statuizione sulla giurisdizione dalla Corte di Cassazione, codesta Agenzia vorrà segnalare alla Scrivente i ricorsi che saranno proposti avverso i provvedimenti in esame onde consentire la presentazione di regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c.».

#### **A.G.S. – Parere del 10 dicembre 2003, n. 139133.**

*Problemi inerenti il patrocinio delle Autorità portuali* (consultivo n. 12278/03, avvocato P. Cosentino).

«Si riscontra la nota in alto indicata significandosi che questa Avvocatura Generale ne condivide in pieno il contenuto nonché le conclusioni cui la stessa perviene circa la esclusione del patrocinio dell'Avvocatura nei riguardi dell'Autorità Portuale di Augusta, in assenza di specifico decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri autorizzatorio concernente tale Autorità.

Invero, il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 4 dicembre 1997 (in *Gazzetta Ufficiale* n. 4 del 7 gennaio 1998) ha autorizzato l'Avvocatura dello Stato ad assumere il patrocinio delle sole Autorità Portuali istituite dalla legge 28 gennaio 1994 n. 84, tra le quali certamente non figura l'Autorità portuale di Augusta, istituita con il più recente d.P.R. 12 aprile 2001 (cui è seguito il decreto ministeriale 5 settembre 2001 per la individuazione dei limiti della sua circoscrizione).

Questo dato di fatto – ossia la istituzione della Autorità in epoca successiva al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1997 – sembra

alla Scrivente decisivo per la soluzione, in senso negativo, data al problema sottoposto, e rimane superfluo in quanto irrilevante, affrontare altre problematiche, in particolare quella della non perfetta coincidenza delle Autorità menzionate nella rubrica del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1997 con le Autorità istituite dalla legge n. 84 del 1994.

Così pure, pur esulando dalla presente consultazione approfondire le problematiche circa la natura del patrocinio delle Autorità portuali a favore delle quali l'Avvocatura dello Stato è stata espressamente autorizzata, tuttavia l'occasione appare opportuna per ribadire che, in ogni caso, nei riguardi di tali Autorità, trattasi di patrocinio in via organica ed esclusiva (salvo casi eccezionali da motivare e/o conflitto di interessi con lo Stato) giusta la previsione di cui all'art. 43 del R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611, nel testo modificato dall'art. 11 della legge 3 aprile 1979 n. 103; e non già, come si è sostenuto da taluna di tali Autorità (ad es. Civitavecchia) di patrocinio facoltativo («caso per caso»), giusta la previsione (e soprattutto la prassi) anteriore alla riforma dell'art. 43 operata con citata legge n. 103 del 1979».

#### **A.G.S. – Parere del 10 dicembre 2003, n. 139119.**

*Riscossione mediante ruolo di crediti accertati con sentenza definitiva della Corte dei Conti di condanna a risarcimento del danno erariale. Modalità e termini di impugnativa delle cartelle emesse dai concessionari per la riscossione. Indicazioni in calce alla cartella (consultivo n. 19106/03, avvocato M. Russo).*

«Con la nota in riferimento, codesta Amministrazione ha esposto che:

– Allorquando si debba procedere al recupero di crediti accertati con sentenza definitiva della Corte dei Conti, e non sia possibile riscuotere il credito nelle forme disciplinate dal d.P.R. 260/1998, si deve procedere alla riscossione mediante ruolo, in base al combinato disposto degli artt. 2, comma IV, d.P.R. 260/1998 e 17, I comma, d.lgs. 46/1999;

– In base a quanto previsto dall'art. 6, II comma, decreto ministeriale 321/1999, ciascun creditore deve fornire al C.N.C. – ai fini dell'esposizione nella cartella di pagamento delle indicazioni di cui all'art. 3, IV comma, legge 241/1990 – «*le avvertenze concernenti le modalità ed i termini di impugnazione relativi alle proprie entrate*».

Ciò premesso, l'Amministrazione in indirizzo ha chiesto alla Scrivente il proprio avviso in ordine all'individuazione degli strumenti di tutela giurisdizionale utilizzabili avverso le cartelle esattoriali emesse dal concessionario della riscossione, incaricato del recupero di crediti risultanti da sentenze passate in giudicato della Corte dei Conti, nonché dei relativi termini di attivazione.

A tale proposito, si osserva innanzi tutto che la peculiarità della fattispecie sottoposta all'esame della Scrivente è data essenzialmente dal fatto che – come evidenziato dall'Amministrazione in indirizzo – la cartella esattoriale presuppone necessariamente, in questi casi, l'esistenza di un titolo esecutivo ormai definitivo, sicché sembrerebbe che – almeno in linea di principio –

non possano più sollevarsi, in sede esecutiva, censure di sorta in relazione al credito azionato dall'Amministrazione, ormai accertato dalla sentenza passata in giudicato.

A ben considerare, tuttavia, la circostanza che esista un titolo esecutivo definitivo, di formazione giudiziale, non vale certo ad escludere in radice qualsivoglia possibilità di contestazione da parte del debitore in sede esecutiva.

Resta, infatti, sempre aperta la possibilità che il debitore cui viene notificata la cartella esattoriale intenda:

1. – contestare la stessa per vizi di forma propri della cartella medesima o della sua notifica;

2. – fare valere fatti sopravvenuti in epoca successiva alla sentenza, tali da incidere sul diritto dell'Amministrazione di procedere esecutivamente (ad esempio, il sopravvenuto pagamento del credito esposto in sentenza, o la prescrizione del credito medesimo);

3. – sollevare questioni inerenti la valida formazione del titolo.

Di tali eventualità, quelle *sub* 1) e 2) valgono senz'altro a fondare un'azione oppositiva avverso la cartella; le eccezioni di cui *sub* 3), invece, sono rilevabili in sede di procedimento esecutivo ove attinenti alla messa in dubbio della stessa esistenza del titolo esecutivo, mentre tutte le altre possibili questioni del genere sono da ritenere ormai assorbite dal giudicato («*In sede di opposizione alla esecuzione promossa in base a titolo esecutivo di formazione giudiziale, la contestazione del diritto di procedere alla esecuzione forzata può essere fondata su ragioni attinenti ai vizi di formazione del provvedimento fatto valere come titolo esecutivo solo quando questi ne determinino l'inesistenza giuridica, dovendo gli altri vizi del provvedimento e le ragioni di ingiustizia della decisione che ne costituiscono il contenuto, esser fatte valere, se ancora possibile, nel corso del processo in cui il provvedimento è stato emesso.* – Cass. lav. n. 2742/1999).

Le questioni sopra descritte, dunque (ferma restando la limitazione appena richiamata, concernente quelle di cui al § 3) ben possono costituire il fondamento di un'opposizione avverso la cartella esattoriale.

Quanto al giudice competente a conoscerne, ed ai termini per la proposizione dell'azione, soccorre la norma di cui all'art. 29, Il comma del d.lgs 46/1999.

In base a tale norma, le opposizioni avverso le entrate di cui al comma I (tra le quali rientrano quelle non tributarie, e quindi anche quelle oggetto del presente parere) si propongono «*nelle forme ordinarie*».

Ne discende che il procedimento – da attivarsi innanzi all'Autorità Giudiziaria ordinaria salvo quanto si preciserà oltre – vada identificato con quello, disciplinato dal vigente codice di rito, di opposizione all'esecuzione, ovvero di opposizione agli atti esecutivi – a seconda che l'eccezione sollevata attenga al diritto di procedere *in executivis* o, piuttosto, alla regolarità formale del procedimento di esecuzione forzata – regolati rispettivamente dagli artt. 615 e 617 c.p.c..

In tal senso, del resto, si è espressa anche la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (n. 489/00), in fattispecie simile a quella in esame, sebbene non del tutto identica, posto che la questione esaminata dalla Corte riguar-

dava un recupero di credito da sanzione amministrativa, la cui riscossione era stata intrapresa in epoca precedente l'entrata in vigore del richiamato D.lgs 46/1999.

Solo nell'ipotesi, peraltro del tutto marginale, di eccezioni relative alla valida formazione del titolo (§ 3 di cui sopra), ove si proponga *ex art.* 615 c.p.c. un'azione di accertamento negativo del debito, ponendosi in discussione il rapporto sostanziale (a titolo meramente esemplificativo si pensi alla rilevanza di una revocatoria, ecc.) l'iniziativa dell'esecutato avverso la cartella esattoriale dovrebbe essere portata all'attenzione della Corte di Conti, in quanto titolare della giurisdizione sul rapporto sostanziale definito dal giudicato della cui esecuzione si tratta.

Si ritiene, in ragione di quanto fin qui esposto, che l'onere di fornire l'indicazione di cui al richiamato art. 6, II comma, del decreto ministeriale 321/1999 possa dirsi soddisfatto se – in calce alla cartella esattoriale – venga apposta una clausola del seguente tenore:

*«eventuali ragioni di opposizione avverso la cartella esattoriale potranno essere proposte innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria:*

*nelle forme di cui all'art. 617 c.p.c., ove si contesti la cartella per vizi di forma propri della stessa o della sua notifica;*

*nelle forme di cui all'art. 615 c.p.c. ove si facciano valere fatti sopravvenuti in epoca successiva alla sentenza, tali da incidere sul diritto dell'Amministrazione di procedere esecutivamente (ad esempio, il sopravvenuto pagamento del credito esposto in sentenza, o la prescrizione del credito medesimo);*

*Si precisa che, nelle altre residuali ipotesi ove si intenda proporre un'azione di accertamento negativo del debito, competente a conoscere del ricorso *ex art.* 615 c.p.c. è la Corte dei Conti».*

#### **A.G.S. - Parere dell'11 dicembre 2003, n. 139890.**

*Rimborso spese legali. Art. 18, d.l. 67/1997, convertito in legge n. 135/1997 – Pluralità dei capi di imputazione – Assoluzione su alcuni – Rimborso parziale (consultivo n. 10971/03, avvocato G. d'Elia).*

«Esaminati gli atti, questa Avvocatura osserva quanto segue.

Il Col. I. Q. è stato imputato in tre processi riuniti per l'omicidio colposo, rispettivamente, dei militari T., F. e C.

In relazione alle ultime due imputazioni l'ufficiale è stato pienamente assolto con sentenza passata in giudicato. In relazione alla prima, invece, la Corte di Cassazione, riformando la sentenza di assoluzione pronunciata dalla Corte di Appello, ha dichiarato non doversi procedere nei confronti dell'imputato perché il reato è estinto per prescrizione.

Per i due giudizi conclusi con formula di totale esclusione della responsabilità ricorrono gli estremi per il rimborso delle spese legali di cui all'art. 18 del decreto legge 25 marzo 1997, n. 76, convertito in legge 23 maggio 1997 n. 135.

Per il terzo giudizio, invece, non vi è esclusione della responsabilità, per cui la fattispecie esula dalla su citata previsione normativa.

Ad avviso di questa Avvocatura deve aversi riguardo alla particolarità della situazione di fatto, nella quale il soggetto ha posto in essere tre condotte distinte, anche cronologicamente, suscettibili di autonoma valutazione nonché di differenti attività difensive, che sono state, però, decise con unica sentenza per effetto della disposta riunione dei giudizi.

Tale ultima circostanza, di ordine meramente processuale, non priva di autonomia le tre fattispecie e giustifica che, ai fini del richiesto parere in tema di rimborso, si tenga conto del diverso esito che esse hanno avuto.

A diversa conclusione si dovrebbe pervenire ove, invece, fosse stata posta in essere un'unica condotta, ovvero più condotte intimamente collegate da un particolare nesso.

Pertanto, poiché le notule dei patrocinanti del dipendente sono riferite indistintamente all'attività svolta nei tre processi, per un totale complessivo di circa € 63.000,00, considerando che l'opera professionale profusa in relazione ai tre capi di imputazione, ognuno dei quali per omicidio, può considerarsi sostanzialmente equivalente, in mancanza di elementi che consentano una diversa valutazione, sembra equo ritenere rimborsabile la somma di € 42.000,00, in relazione alla quale si esprime parere favorevole per quanto riguarda l'ammontare rispetto alle vigenti tariffe forensi».

**A.G.S. - Parere del 19 dicembre 2003, n. 143729.**

*Assunzioni del personale docente in deroga alla legge finanziaria (consultivo 41640/03, avvocato E. Figliolia).*

«Ritiene preliminarmente questa Avvocatura Generale di dover integralmente richiamare il proprio parere del 1° febbraio 2003, e di cui è cenno nella nota che si riscontra, in merito alla corretta interpretazione da riservarsi all'art. 34 della legge n. 289/2002 (legge finanziaria 2003), e rispetto a cui codesto Ateneo ha ritenuto di doversi adeguare.

Per quanto precede, tenuto conto che secondo la prospettazione fornita da codesto Ateneo, la immissione in ruolo di taluni degli aspiranti idonei chiamati dalle singole facoltà «non comporterebbe un aggravio nella spesa pubblica», non pare alla Scrivente che ricorrano ostacoli alla possibilità di consentire agli interessati di prendere servizio nel corso dell'anno 2003. D'altronde è appena il caso di ribadire che il blocco delle assunzioni sancito dalla legge finanziaria è volto a tutelare gli interessi nazionali sotto il profilo esclusivo della compatibilità finanziaria generale che gli oneri di spesa conseguenti alle assunzioni stesse comportano, tenuti presenti i limiti del bilancio statale e le ripercussioni che su di esso hanno le gestioni inerenti a tutta la finanza pubblica cosiddetta allargata, ivi comprese quindi anche le Università, sicché una volta acclarato un sostanziale contesto di «invarianza di spesa» non parrebbe neppure corretto, in termini di interesse pubblico, assumere un atteggiamento di inerzia rispetto ad assunzioni di personale utili perché l'Ateneo possa perseguire efficacemente le finalità istituzionali. Certo che, ad avviso della Scrivente, detta invarianza di spesa non deve risolversi in una circostanza del tutto momentanea ed episodica riferita al concreto

ammontare degli emolumenti di competenza nel momento della assunzione della determinazione auspicata dagli interessati, bensì deve possedere carattere di sostanziale permanenza nell'ambito del ragionevole sviluppo dello «*status*» giuridico ed economico degli interessati medesimi.

Per quanto concerne poi lo specifico problema connesso alle posizioni dei ricorrenti che hanno ottenuto dal T.A.R. Lazio una sentenza favorevole, e di cui questo *Gazzetta Ufficiale* ha opinato la condivisibilità, va osservato quanto segue.

Le varie decisioni del Tribunale, come è noto, hanno accolto i gravami avversari sotto il profilo della rilevata «deficienza motivazionale e istruttoria della determinazione» oggetto di impugnativa, con riferimento, in particolare, al mancato coinvolgimento delle Facoltà interessate che avrebbero dovuto, per converso, essere poste in condizione di previamente esplicitare il quadro esigenziale didattico-scientifico di competenza per le successive determinazioni del Consiglio di Amministrazione.

Orbene va ulteriormente rilevato che seppure il movente del «blocco delle assunzioni» disposto dal Consiglio di Amministrazione era riferito a questioni rettamente finanziarie, peraltro giammai è stata deliberata giudizialmente la questione, in parte diversa, del divieto di assunzioni recato dalle leggi finanziarie sia del 2002 che del 2003, per cui sembrerebbe a questo G. U. che l'attuazione dei pronunciamenti del Tribunale, di cui alcuni già passati in giudicato, non possa comportare «*ex se*» l'assunzione dei rispettivi ricorrenti; viceversa, codesto Ateneo, sempre nella predetta fase attuativa, è tenuto senz'altro alla ripetizione della procedura amministrativa di cui trattasi, assicurando il necessario coinvolgimento delle Facoltà interessate comparando adeguatamente «tutti gli interessi in gioco», coerentemente con quanto disposto dal giudice amministrativo. Ed all'esito di tale momento procedurale, adeguatamente istruito, codesto Ateneo, verificherà il fondamentale aspetto della ricorrenza della sopra menzionata «invarianza della spesa» per poter eventualmente procedere alle ulteriori determinazioni di assunzione. Peraltro, nell'ipotesi in cui le assunzioni *de quibus* dovessero comportare oneri ulteriori non sembra alla Scrivente che codesto Ateneo possa derogare al divieto imposto dall'art. 34 della legge finanziaria, anche nella eventualità che da tale assunzione dovesse conseguirsi un'utilità per l'interesse pubblico, per cui, comunque, si suggerisce di attendere le possibili iniziative degli interessati da espletarsi nella sede dell'ottemperanza al giudicato, nell'ambito della quale, ove codesto Ateneo concordi, questo Patrocinio potrebbe rappresentare al giudicante la disponibilità dell'Amministrazione all'assunzione, limitandosi ad evidenziare l'efficacia del summenzionato disposto normativo (art. 34 legge finanziaria).

Relativamente poi alla problematica della decorrenza delle assunzioni dei ricorrenti vincitori, è opinione di questo G. U. che l'annullamento giurisdizionale degli atti impugnati, non comportando, come testé chiarito, alcun obbligo di immediata assunzione dei ricorrenti vincitori, ma implicando solo il compimento del citato complesso di verifiche istruttorie procedurali all'esito delle quali soltanto potrebbero ricorrere le condizioni per le assunzioni medesime, non può attribuire, in favore degli interessati, come invece

sembrerebbe prospettare codesto Ateneo nella nota che si riscontra in cui si fa riferimento ad una data precisa di decorrenza della nomina auspicata, alcuna pretesa giuridicamente tutelata ad una «nomina retroattiva», anche se non può escludersi, nella ricorrenza dei necessari presupposti di legge, l'espletamento da parte di questi ultimi di iniziative di carattere risarcitorio.

Per quanto precede si suggerisce di far sottoscrivere agli interessati, all'atto dell'assunzione, ove possibile, un atto di rinuncia a praticare azioni di tal genere.

Parrebbe poi legittimo il ricorso da parte di codesta Università all'istituto dell'autotutela nei confronti di coloro che non hanno proposto ricorso giurisdizionale, sempreché ne ricorrano tutti i presupposti di legge con riferimento all'interesse pubblico, al quadro esigenziale afferente alla Facoltà interessata, al riscontro della «invarianza della spesa»; ciò, tuttavia, sempre ai fini di un'assunzione con decorrenza «*ex nunc*» e, ove possibile, contestualmente alla sottoscrizione di atto di rinuncia, a fini tuzioristici, all'attivazione di pretese di sorta, con piena acquiescenza pertanto alla determinazione amministrativa di autotutela.

In relazione poi al quesito contrassegnato dalla lettera *D*, concernente eventuali nomine comportanti «varianza di spesa» ritiene la Scrivente che l'assunzione con effetto 1° gennaio 2004 potrebbe essere consentita ove per l'anno prossimo, in cui la pertinente legge finanziaria sembrerebbe bloccare ulteriormente le assunzioni pubbliche, tale varianza potesse ritenersi soltanto virtuale; in altre parole, e seppure soltanto in via d'ipotesi non essendo ancora stata approvata la legge finanziaria per l'anno 2004, la nomina di tali soggetti potrebbe avvenire sempreché per lo stesso anno si addivenga al risultato dell'invarianza della spesa.

Altresì, per quanto riguarda l'evidenziato aspetto delle diffide inoltrate a codesto Ateneo da parte di aspiranti alle nomine in argomento, va detto che un'eventuale consultazione in proposito rende comunque necessaria un'approfondita disamina di ciascun specifico contesto, e rispetto a cui è parimenti indispensabile apposita istruttoria da parte di competenti Uffici di codesto Ateneo. Comunque si sottopone all'attenzione di codesto Ateneo il dato normativo di cui all'art. 23, comma 3 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002) secondo cui per il triennio 2002/2004 è fatto divieto di adottare provvedimenti per l'estensione di decisioni giurisdizionali in materia di personale delle Amministrazioni pubbliche.

Infine, e conclusivamente, va detto che l'apprezzamento della limitata entità della varianza di spesa, costituisce aspetto sostanzialmente estraneo al riferimento normativo, e di cui alla legge finanziaria, anche se pare che nulla osti a che codesto Ateneo proceda a tali fini a verifiche più generali e complessive del quadro esigenziale complessivo del personale in un'ottica di possibile compensazione e risparmio di spesa.

Nel restare a disposizione per quant'altro dovesse occorrere, si evidenzia che gli emendamenti alla legge finanziaria 2004 di cui è in corso l'approvazione parlamentare sembrerebbero risolvere, relativamente al personale ricercatore, le problematiche trattate nella presente consultazione».

**A.G.S. - Parere del 29 dicembre 2003, n. 146747.**

*Rapporti tra autorizzazioni paesistiche e concessioni edilizie. Poteri di riesame degli organi ministeriali. Art.74, legge 1497/1939 (contenzioso n. 6863/02, avvocato G.Fiengo).*

«L'Avvocatura distrettuale dello Stato di Brescia in relazione a quanto deciso nella sentenza n. 1249/03 della sesta Sezione del Consiglio di Stato, che ha confermato l'accoglimento del ricorso di parte privata avverso l'annullamento ministeriale di un'autorizzazione paesistica ad opere di urbanizzazione primaria, finalizzate ad una prevista lottizzazione, solleva alcune questioni d'ordine generale.

Secondo la sentenza (testualmente): *«Deve...escludersi che il Comune di Gardone Riviera quale ente subdelegato ad esercitare le funzioni in materia di autorizzazione ex art. 7 legge n. 1497/1939, fosse tenuto, in sede di rilascio della autorizzazione paesaggistica per le opere di urbanizzazione progettate dalla Immobiliare E. S.r.l., a valutare l'impatto ambientale degli edifici residenziali ed alberghieri della lottizzazione stessa.*

*Giova osservare in proposito che la lottizzazione nel suo complesso era già stata esaminata ed approvata sia dal Comune che dalla Regione in sede di approvazione del «piano attuativo» del comparto 63, secondo la procedura stabilita nella L.R. Lombardia 12 marzo 1984 n. 14 (il primo era stato adottato dal Comune con delibera consiliare 28 febbraio 1985, n. 27 ed approvato definitivamente dalla Regione con delibera di Giunta 4 ottobre 1994, n. 57906).*

*La compatibilità della lottizzazione con le esigenze di tutela della zona vincolata era stata dunque già valutata nelle sue linee generali nell'ambito del procedimento di approvazione del piano attuativo del comparto, cui peraltro la legge regionale attribuiva anche valenza paesaggistica (come si desume dalle disposizioni contenute negli artt. 15 e 16 della L.R. n. 14/1984); né si vede la ragione per la quale il Comune avrebbe dovuto ripetere tale giudizio di compatibilità ogniquale volta era chiamato a rilasciare la autorizzazione ex art. 7 legge n. 1497/1999 per i singoli interventi di edilizia contemplati dalla lottizzazione. Diversamente anche i piani attuativi sarebbero (di fatto) assoggettati al regime della autorizzazione paesaggistica, senza che ciò trovi riscontro nella legislazione regionale lombarda la quale non subordina l'approvazione dei piani di attuazione, anche in ambito vincolato, al rilascio della autorizzazione ex art. 7 citato.*

*A quanto sopra deve aggiungersi che esigenze di certezza del diritto porterebbero comunque ad escludere che in sede di rilascio delle autorizzazioni paesaggistiche per i singoli interventi edilizi possa rimettersi in discussione la lottizzazione nel suo complesso.*

La Scrivente, in relazione alla puntuale decisione del Consiglio di Stato, non ne condivide l'impostazione, soprattutto sotto il profilo che le opere di urbanizzazione (e le relative autorizzazioni paesaggistiche) *precedono normalmente la realizzazione delle strutture in elevazione*, sicché è prioritaria cura della Soprintendenza, con l'ausilio all'occorrenza dell'Avvocatura distrettuale dello Stato, valutare se ricorrono, nel caso concreto, i presupposti di fatto per procedere alla revocazione della sentenza n. 1249/03 del Consiglio di Stato per evidente errore nel presupposto.



Senonché l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Brescia, in riferimento al rapporto di preclusione che l'approvazione (anche per gli aspetti paesistici) di un piano attuativo di lottizzazione da parte della Regione sembra comportare alla valutazione da parte dell'autorità subdelegate ed in relazione alla circostanza che nessuna comunicazione viene data alla Soprintendenza competente dell'intervenuta approvazione in sede regionale dei piani di lottizzazione stessi, ritiene che sia violato il principio di leale collaborazione, che regola i rapporti tra lo Stato e le Regioni nel settore paesistico, principio richiamato peraltro, come criterio che legittima l'annullamento ministeriale per motivi di legittimità, anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9/01.

La Direzione generale del Ministero e la stessa Soprintendenza per i beni ambientali ed architettonici di Brescia, nel confermare la sussistenza in Lombardia (ma anche in altre Regioni) della prassi di non comunicare all'autorità ministeriale l'approvazione, anche a valenza paesistica, di piani attuativi e/o di lottizzazione, segnalano che l'accordo Stato - Regioni del 19 aprile 2001 (pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n.114 del 18 maggio 2001) non avrebbe avuto pratica attuazione, dal momento che sono tuttora in corso riunioni con i rappresentanti delle Regioni e la materia è stata devoluta all'attenzione della Commissione incaricata di redigere il nuovo testo unico sulla materia dei beni culturali e ambientali.

In tale contesto ritiene la Scrivente che, ai fini dell'annullamento ministeriale, le autorizzazioni paesistiche, rilasciate da autorità delegate e subdelegate, che direttamente o indirettamente facciano riferimento a precedenti approvazioni, debbano essere sindacate, sempre e soltanto sotto il profilo della legittimità, anche in relazione a quanto disposto negli atti richiamati. Ove tali atti risultino contrari a diritto, la relativa illegittimità si riverbera nell'autorizzazione paesistica derivata che potrà pertanto essere annullata per il vizio dell'atto da cui trae origine. Pertanto, allorché l'autorità ministeriale avrà sintomo che un'autorizzazione paesistica sia stata rilasciata (anche implicitamente) sulla base di atti presupposti non noti, potrà dar fondo alle capacità istruttorie previste dal decreto ministeriale n. 165 del 2001, evitando la decorrenza del termine di decadenza dal potere di annullamento fino a quando non sarà acquisita agli atti della Soprintendenza l'intera documentazione. In altri termini, se l'esistenza di una preventiva approvazione urbanistica, a valenza paesistica, può precludere al Comune subdelegato di riesaminare in sede di rilascio dell'autorizzazione paesistica la determinazione dell'autorità regionale, tale preclusione non può ragionevolmente valere nei confronti dell'autorità ministeriale che è tenuta ad un esame completo della fattispecie, ancorché limitata ai soli profili di legittimità.

A conclusioni analoghe si perviene, se si analizza l'accordo Stato - Regioni del 19 aprile 2001, che, essendo adottato ai sensi dell'art. 2, comma 2, lettera *b*), del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, ed essendo stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale*, assume la stessa valenza degli atti di indirizzo e coordinamento del cessato sistema costituzionale e quindi carattere vincolante sia per gli uffici statali che per le strutture regionali. L'articolo 9 di detta convenzione, nel disciplinare il controllo sugli interventi, dispone

testualmente che «*Le amministrazioni competenti al rilascio della autorizzazione paesistica, per la verifica di compatibilità degli interventi proposti, individuano la documentazione necessaria ed accertano: a)...., b).... c) la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei piani*» e che «*l'autorizzazione rilasciata ai fini della verifica di compatibilità paesistica costituisce provvedimento separato e preliminare rispetto alla concessione edilizia*». Risulta evidente pertanto che il riesame dell'atto in sede di annullamento ministeriale può e deve ragionevolmente avvalersi di tutti gli strumenti e documenti in base ai quali le autorità delegate e subdelegate si determinano (o si dovrebbero determinare in forza del citato articolo 9 dell'accordo) in materia di rilascio di autorizzazioni paesistiche.

Quanto ai profili di collaborazione preventiva delle Soprintendenze alla redazione di piani e programmi che abbiano valenza paesistica, ancorché la materia non sia del tutto estranea alla disciplina dell'accordo, si ritiene che siffatte evenienze debbano essere risolte attraverso intese dirette tra i soprintendenti regionali e le autorità delegate (o sub delegate) restando fermo che il rifiuto formale di trasmettere in visione la documentazione paesistica richiesta da uffici ministeriali può essere, ricorrendone i presupposti, censurato sotto il profilo della violazione del dovere di leale collaborazione sia in sede di giudizio amministrativo che in sede di conflitto tra Stato e Regioni (vedi al riguardo, in particolare la sentenza della Corte Costituzionale n. 341 del 1996). Anche su tale punto appare necessario rendere consapevoli gli uffici ministeriali sull'effettiva estensione dei loro poteri (di informazione e, in generale, di istruzione) nei confronti delle autorità delegate in materia paesistica».

# DOTTRINA

## **Dal decreto legislativo n. 29/1993 al decreto legislativo n. 165/2001: prospettive di cambiamento (\*)**

*di Giacomo Aiello*

Ad oltre dieci anni dall'entrata in vigore del D.lgs n. 29/1993 è possibile tracciare un bilancio della riforma del pubblico impiego, trattandosi di un lasso di tempo sufficientemente lungo per una verifica adeguata dell'efficacia delle scelte legislative adottate.

Il punto di svolta della privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è coinciso con una profonda e globale revisione degli obiettivi e delle modalità di esercizio della funzione amministrativa in una rinnovata concezione della cosa pubblica.

Il paradigma costituzionale del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. è stato opportunamente riletto ed interpretato evolutivamente per ripensare il ruolo dello Stato.

Questo, avendo abbandonato per effetto delle privatizzazioni la prospettiva dell'intervento diretto nei settori economicamente rilevanti, ha progressivamente assunto una funzione prevalentemente regolatrice del mercato per assicurare che il principio della libera concorrenza possa attuarsi nel rispetto della parità delle condizioni tra i vari competitori.

L'attenzione si è quindi concentrata sullo svolgimento dei compiti tipicamente pubblicistici che, in un sistema economico evoluto, si pretende che siano svolti in modo efficiente per la collettività, da ciò derivando ulteriori opportunità di sviluppo sociale ed economico.

Oggi non esiste dunque determinazione o provvedimento adottato da qualsivoglia amministrazione statale che non sia scrutinato, oltre che sotto

---

(\*) Testo della relazione tenuta al Convegno sulla dirigenza pubblica svoltosi a Taormina l'11 novembre 2003 e organizzato dall'associazione ADIGE.

l'ovvio profilo della legittimità, anche con la lente d'ingrandimento dei parametri dell'opportunità, della convenienza economica e della proporzionalità.

È sintomatica in tale senso pure la riforma del procedimento amministrativo AC 3890 attualmente all'esame del Parlamento, laddove si è optato decisamente per un sindacato del provvedimento amministrativo che, in linea con le finalità enunciate e superando gli aspetti eminentemente formali dell'agire amministrativo, consenta di scandagliarne la sostanza anche superando eventuali vizi procedurali in considerazione del raggiungimento dello scopo, che è concetto direttamente importato dal comma 3 dell'art. 156 c.p.c.

Era pertanto ovvio che in un quadro come quello fin qui delineato, seppure in modo non perfettamente diacronico, la scelta del Legislatore per migliorare l'efficienza della P.A. si orientasse verso modelli già collaudati nel settore privato con il progressivo recepimento dei principi codicistici.

Come tutti sanno non si è trattato di una trasformazione immediata in quanto l'originaria impostazione del D.lgs n. 29/1993 ha subito successivi adeguamenti per effetto della legge n. 59/1997 e del conseguente D.lgs n. 80/1998 nonché della successiva legge n. 50/1999, come modificata dalla legge n. 340/2000, che ha infine portato all'emanazione del testo unico n. 165/2001.

Possiamo però affermare che i capisaldi della riforma originaria sono rimasti inalterati e tra questi si deve necessariamente annoverare il principio della separazione tra l'indirizzo politico e la gestione, la privatizzazione del rapporto di lavoro con la conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione dell'AGO e la valorizzazione della contrattazione collettiva.

Possiamo quindi affermare che i successivi interventi normativi hanno contribuito a definire in maniera più netta il disegno di riforma dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche avviato con la legge delega n. 421/1992.

Il D.lgs n. 165/2001, pur ponendosi nel punto terminale della parabola evolutiva del pubblico impiego, ha però tradito le aspettative della delega, essendo mancata quella decisa risistemazione della materia del lavoro pubblico richiesta dalla legge n.340/2000 ed essendosi piuttosto optato per una pur meritoria opera di ricognizione della normativa applicabile.

È noto infine che con la legge n.145/2002 si è effettuata un'ulteriore revisione di alcune delle disposizioni contenute nel Testo Unico, ponendosi mano essenzialmente ad alcuni aspetti della disciplina della dirigenza pubblica che attengono al conferimento ed alla revoca dell'incarico dirigenziale, alla mobilità, non solo nell'ambito della P.A., ma anche tra pubblico e privato ed alla soppressione del R.U.D.

Ho ommesso volutamente qualunque riferimento alla tormentosa vicenda dello *spoil system* in quanto fenomeno del tutto episodico ed eccezionale legato a termini ben determinati da computare in relazione all'entrata in vigore della legge n. 145/2002, il quale, avendo già prodotto integralmente i propri effetti, nulla può aggiungere o togliere all'interpretazione sistematica delle leggi regolatrici del rapporto di lavoro pubblico che si sono succedute nel tempo.

Tornando quindi ai principi fondamentali della vigente disciplina vale la pena di soffermarsi su alcuni aspetti problematici che trovano probabilmente causa in un certo accanimento legislativo che in alcuni momenti è risultato privo di una pur necessaria visione unitaria.

Un primo aspetto riguarda i rapporti tra l'Autorità politica ed i dirigenti chiamati ad attuarne gli indirizzi ed i programmi.

La scelta di ricondurre nel provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale la determinazione dei suoi obbiettivi, oggetto e durata, non solo è andata a detrimento del contratto che finisce per regolare unicamente il trattamento economico, ma ha fatalmente riproposto questioni sul riparto di giurisdizione tra G.A. e G.O. che si era inteso definitivamente sopire con la nuova formulazione dell'art. 63 del D.lgs n. 165/2001.

Nel momento in cui la scelta degli obbiettivi da perseguire è frutto di una determinazione unilaterale ed autoritativa c'è infatti da domandarsi in quale misura la stessa possa essere sindacata dal G.O. cui residua unicamente il potere della disapplicazione, che è invece frutto di una cognizione meramente incidentale della legittimità del provvedimento amministrativo.

Proprio l'accentuazione della natura prettamente pubblicistica del provvedimento di conferimento dell'incarico impone inoltre di analizzare e risolvere l'ulteriore problema della definizione del procedimento che ne precede l'adozione.

Pur trattandosi infatti di atti di alta amministrazione o *latu sensu* organizzativi è noto che la scelta di cui sono frutto non è completamente libera nel fine, come avviene per gli atti di natura eminentemente politica, ma deve pur sempre corrispondere a canoni di legalità, opportunità e convenienza, essendo ovviamente sindacabile sotto tali profili.

A questo proposito ci si è domandati, anche tenendo conto dei C.C.N.L. vigenti, se il conferimento dell'incarico dirigenziale debba addirittura seguire una procedura di carattere comparativo volta alla verifica dei titoli di tutti i potenziali aventi diritto.

È noto che almeno fin'ora le risposte giurisprudenziali sono state estremamente caute, essendosi ribadita la competenza del G.O. e la necessità di una motivazione congrua ed adeguata in relazione agli elementi che hanno portato a riconoscere nel soggetto incaricato quei requisiti di professionalità necessari all'espletamento dell'incarico conferito.

Un altro aspetto problematico è poi rappresentato dalla mancanza di una disciplina sufficientemente specifica dei presupposti per i quali si può decidere di non rinnovare l'incarico dirigenziale.

Mentre infatti l'aspetto della revoca appare regolato da adeguati appigli normativi, il diniego di rinnovo dell'incarico al momento della sua naturale scadenza, risulta genericamente riconnesso al mancato raggiungimento degli obbiettivi. Inoltre tale provvedimento sfugge al sindacato del comitato dei garanti.

A questo proposito possono però emergere alcune contraddizioni. La mancata fissazione della durata minima dell'incarico dirigenziale ha infatti spinto alcune amministrazioni a conferire incarichi, anche di durata semestrale, che rendono obbiettivamente impossibile, sia il raggiungimento di

qualsivoglia obiettivo, che la sua valutazione. Quest'ultima risulta invece ancorata dal D.lgs n. 286/1999 ad un periodo minimo di osservazione pari all'anno solare.

Per come è attualmente strutturata la retribuzione del dirigente che, come noto, può contare su una voce retributiva legata alla posizione ed un'altra ai risultati, può determinarsi inoltre il caso, tutt'altro che infrequente, del dirigente che, pur avendo regolarmente riscosso la richiamata voce stipendiale accessoria, che teoricamente è legata ad uno scrutinio positivo dell'attività svolta, si veda poi escludere dal rinnovo dell'incarico.

Rispetto al sistema delineato la scelta della soppressione del ruolo unico dei dirigenti (R.U.D.), pur avendo avuto il merito di eliminare una stanza di compensazione che non aveva assolto alla funzione di trovare adeguata collocazione ai dirigenti privi di incarico, pone una serie di incognite circa la sorte di questi ultimi all'interno di ruoli delle singole amministrazioni che offriranno necessariamente, quanto meno da un punto di vista quantitativo, minori *chances* di impiego.

Per potere esprimere una più completa ed approfondita valutazione si dovrà comunque attendere il regolamento sulla mobilità attualmente all'esame della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

D'altro canto non si può sottacere il fatto che proprio per effetto del D.Lgs n. 165/01 si è definitivamente compiuta la lunga marcia della dirigenza pubblica verso il traguardo della piena responsabilizzazione quanto all'esercizio delle proprie prerogative.

Il comma 3 dell'art. 14 avendo perentoriamente escluso che il Ministro possa «revocare, riformare, riservare a sé o avocare o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti», ha eliminato, del resto, qualunque residua forma di commistione tra politica e gestione rimettendo quest'ultima esclusivamente alla sede tecnica. Il potere del Ministro può quindi essere esercitato o in chiave sollecitatoria mediante lo strumento della diffida e quello eventuale della nomina del commissario *ad acta*, o sotto la forma del riesame mediante l'annullamento ministeriale per i soli motivi di legittimità.

La garanzia della piena autonomia decisionale dei dirigenti pubblici rappresenta tuttavia un'arma a doppio taglio laddove si considerino gli effetti della conseguente assunzione di responsabilità in un sistema processuale che ammette ormai in via normale (art. 7, legge n. 205/2000) il risarcimento dei danni agli interessi legittimi, anche per equivalente, nei casi in cui risulti impossibile la reintegrazione in forma specifica che di regola discende dall'annullamento del provvedimento impugnato.

Sotto questo profilo l'introduzione della categoria della vice-dirigenza da parte dell'art. 17-*bis*, derivante dagli apporti correttivi della legge Frattini, con il conseguente riconoscimento della possibilità della delega di funzioni interorganica, dovrebbe consentire una migliore razionalizzazione dell'organizzazione del lavoro con una conseguente ripartizione della responsabilità per le scelte adottate, evitando gli eccessivi sovraccarichi oggi esistenti.

Possiamo oggi ritenere che l'evoluzione della normativa sul pubblico impiego sia approdata ad un assetto definitivo?

La risposta merita una doverosa premessa.

La riforma del Titolo V della Costituzione ha acceso una serie di interrogativi in ordine al riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, ciò in quanto il pubblico impiego non rientra tra le materie elencate nel novellato art. 117 Cost.

Ciò che attiene al rapporto di lavoro dovrebbe essere incluso nella materia dell'ordinamento civile rimessa alla competenza esclusiva statale. Se però il baricentro si sposta sul versante pubblicistico, come si è prima riferito a proposito del conferimento dell'incarico dirigenziale, l'enunciata regola di riparto può essere messa in discussione.

Allo stesso tempo si deve prendere atto del fatto che taluni aspetti della disciplina del rapporto di pubblico impiego incidono fortemente sull'organizzazione della P.A., sicché in queste ultime ipotesi dovrebbe ammettersi una diversa spartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni.

Esistono inoltre incertezze circa la latitudine del concetto di «tutela e sicurezza del lavoro», come noto rimessa alla legislazione concorrente delle Regioni, potendovi rientrare sia gli aspetti che attengono all'igiene ed alla sicurezza nei luoghi di lavoro, sia quelli più legati alla stabilità dell'occupazione rispetto ai fenomeni del prepensionamento, della mobilità etc...

Proprio con riferimento alla mobilità si deve però segnalare che la Funzione Pubblica ha continuato a rivendicare il proprio ruolo di garante delle procedure di mobilità intercompartimentale del personale degli enti locali ai sensi del collegato alla legge finanziaria dell'anno scorso, nella considerazione dell'incidenza che siffatti fenomeni possono avere anche sull'organizzazione statale, essendo noto che la mobilità verso gli enti locali coinvolge necessariamente le amministrazioni statali.

Allo stesso tempo il blocco delle assunzioni che ha acquisito una portata endemica, essendo riproposto da tutte le ultime leggi finanziarie, pur impingendo fortemente nell'organizzazione degli enti territoriali che dovrebbe essere rimessa alla loro competenza legislativa esclusiva, è rimasto nella disponibilità dello Stato in considerazione della sua intima connessione con il coordinamento della finanza pubblica che, almeno quanto ai principi, deve essere assicurato dallo Stato anche al fine di rispettare i parametri fissati a livello comunitario.

Per tutte le considerazioni esposte e rispondendo quindi all'interrogativo di cui sopra, sembrerebbe quanto mai necessario un ulteriore *restyling* delle venti disposizioni sul rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni per ripristinare in questo delicato ambito una corretta ripartizione delle competenze (esigenza già avvertita da legge La Loggia) pur nel rispetto di tendenze unitarie che devono assicurare una certa omogeneità di comportamento a livello nazionale, non potendosi ammettere che ciascun ente territoriale legiferi nella materia in questione in modo del tutto scollegato dagli altri.

In tale contesto si potrebbero apportare ulteriori correttivi ripristinando l'indicazione di un periodo di durata minima del conferimento dell'incarico

dirigenziale al fine di stabilizzarne lo svolgimento almeno nel termine di un anno e ciò appunto per risolvere i problemi prima evidenziati in ordine alla verifica dell'attività svolta.

Meriterebbe inoltre di essere razionalizzato l'accesso agli incarichi dirigenziali dall'esterno – di cui all'art. 19, comma 6, del D.lgs. n. 165/2001 – mediante la previsione di criteri di scelta più stringenti che almeno prevedano il possesso della laurea e ciò per ripristinare un'effettiva parità di trattamento con i dirigenti interni all'Amministrazione.

Sarebbe pure opportuno prevedere che, almeno per una determinata aliquota percentuale, la dirigenza della prima fascia possa essere conseguita a seguito del superamento di un'apposita procedura concorsuale di secondo grado e ciò per consentire l'accesso a tale posizione anche a quei dirigenti di seconda fascia che non abbiano avuto incarichi della prima, ma siano ugualmente meritevoli per titoli e preparazione professionale di accedere alla posizione apicale.

L'ulteriore valorizzazione dei dirigenti della seconda fascia dovrebbe poi passare anche attraverso l'inclusione di un loro rappresentante nel comitato dei garanti di cui all'art. 22 del D.lgs. n. 165/2001, che attualmente annovera solo quello dei dirigenti di prima fascia.

Sarebbe infine opportuno apportare alcuni correttivi alla contrattazione collettiva allo scopo di semplificare il perfezionamento degli accordi. In questa prospettiva è utile rammentare che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 64 e 49 del decreto legislativo citato, l'accordo sulla interpretazione autentica di un contratto per definire la relativa controversia deve essere ricercato in sede A.R.A.N., ma è necessaria l'unanimità dei consensi. Tale obbligo ha spesso vanificato l'intento delle disposizioni richiamate, sicché sarebbe utile prevedere che anche in questo contesto possa valere la regola della maggioranza qualificata.



## **Il principio di precauzione nella legislazione, nella giurisprudenza e nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale (\*)**

*di Maria Vittoria Lumetti*

### PREMESSA.

L'odierna giornata di studi è la prova eloquente che la tematica dell'inquinamento elettromagnetico presenta caratteristiche *sui generis*: provoca il confronto dinamico tra giuristi, scienziati e politici, volto ad individuare i nodi problematici del rapporto scienza-diritto e del rapporto esperto-legislatore, giudice, amministratore.

Il confronto si traduce nell'analisi del rapporto intercorrente tra alcuni aspetti di fondamentale rilievo per l'epistemologia giudiziaria (1) e le corrispondenti problematiche, dibattute nell'ambito della più generale riflessione epistemologica e scientifica contemporanea.

L'epistemologia scientifica si confronta con l'epistemologia giudiziaria e si riverbera sul metodo del contraddittorio nella formazione della prova, sul grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto, sull'accertamento del nesso di causalità (che si avvale delle valutazioni giuridiche e della evoluzione delle conoscenze scientifiche) e, dunque, sul risultato conoscitivo del processo.

Il concetto scientifico si scontra con il concetto giuridico di probabilità, diventando la sintesi del grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto nel processo civile e in quello penale.

---

(\*) Testo della relazione tenuta in occasione del convegno «*Diritto ambientale e campi elettromagnetici*» svoltosi a Firenze il 21 ottobre 2003 presso la Sala del Gonfalone del Consiglio Regione Toscana.

(1) Su questi punti fondamentali cfr. C. PIZZI, *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Giuffrè, 195; C. PIZZI, *Fatti, coerenza, informazione*, in *Diritto pen. e processo*, 1996, 245; M. TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 785; A. GIULIANI, *Ordine isonómico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, 2, 81; N. BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di Comanducci-Guastini, Giappichelli; A. ARNIO, *La Teoria dell'argomentazione e oltre*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di Comanducci-Guastini, Giappichelli, 211; N. MAC CORMICK, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in *L'analisi del ragionamento... cit.*, 243; G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica*, in *Riv. trim.dir. proc.civ.*, 2000, 1129; J. WROBLEWSKI, *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto*, in *L'analisi... cit.*, 267; F.M. CATALANO, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1996, 514; V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 414; L.G. LOMBARDO, *Appunti sulle origini e sulle prospettive del libero convincimento*, in *Dir. e giurisprudenza*, 1992, 17.

Il principio di precauzione richiede sempre un riferimento a dati scientifici attendibili, specie laddove interferisce con i limiti dei valori di campo definiti a livello nazionale.

È necessario, dunque, procedere ad un adeguato approfondimento dei presupposti culturali e delle opzioni metodologiche occorrenti per il controllo, da parte del legislatore e del giudice, sul sapere specialistico riversato nel processo attraverso la consulenza tecnica.

Rispondere alla domanda se il diritto debba intervenire nell'ambito dell'inquinamento elettromagnetico, significa rispondere prima al quesito se il diritto debba disciplinare ambiti in cui vi sia l'incertezza scientifica, e secondo quali canoni il diritto deve agire in presenza di incertezza scientifica (2).

Non solo perché, pur configurandosi come problema ambientale (il termine inquinamento è sintomatico), in realtà è un problema che concerne la salute, ma anche perché interessa una molteplicità di discipline, da quelle scientifiche (ingegneria, fisica, medicina), a quelle sociali (il diritto, la filosofia nei termini del rapporto tra etica, scienza e diritto, le tecniche della comunicazione) a quelle economiche.

La problematica, dunque, anche giuridica, necessita di una rivisitazione dei concetti della fisica.

L'obiettivo dell'incontro di oggi è, precipuamente, quello di ridurre le «distanze culturali» tra il mondo istituzionale e giudiziario e il mondo scientifico, considerato che sempre più la cultura della scienza fonda quella del diritto e viceversa e che il sodalizio di diritto e scienza produce il sapere sociale sotteso alle dinamiche processuali, sia nei paesi di tradizione giuridica «continentale» sia in quelli di *common law*.

Da più parti viene sottolineata la necessità di porre delle misure cautelative in considerazione dei rischi che si corrono.

L'incertezza non può essere motivo di non intervento giuridico, anche perché la scienza non raggiunge mai risultati che si possono definire certi, in quanto ogni verità scientifica è sottoponibile a confutazione.

A livello scientifico, in quasi tutti i settori, ma in particolar modo in quelli scientifico-tecnologici, la scienza ospita una pluralità di previsioni e asserzioni e in alcuni casi opposte tra loro.

Anche le ricerche su possibili danni provocati dagli elettrodotti non sono univoche e le metodologie usate diverse (3).

---

(2) G.D. COMPORTI, *Amministrazioni e giudici sull'onda dell'elettrosmog*, in *Foro Amm.*, 2001, IX, 2455.

(3) Uno studio dettagliato e completo in merito è stato presentato dalla dottoressa M. Tallachini al convegno su «Ambiente e diritto» svoltosi a Firenze nei giorni 11 e 12 giugno 1998, M. TALLACHINI, *Diritto per la natura*, in «Ambiente e diritto», S. GRASSI, M. CECCHETTI, S. OLSCHKI, Firenze, 73. Cfr. anche F. ACERBONI, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, in *Il diritto della Regione, regione Veneto*, 2000, 245 e N. DE SADELEER, *Le basi giuridiche degli atti della Comunità europea in materia di protezione ambientale. Impossibile la conciliazione tra il mercato interno e la protezione dell'ambiente?*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 1994, vol. 9, 345.

Da qui emerge il problema di come il diritto possa disciplinare una situazione che presenti margini di incertezza sulla riscontrabilità degli effetti. Accanto a questo sorge anche il problema dei metodi da usare al fine di garantire la reale applicabilità della norma.

L'inquinamento elettromagnetico evidenzia il problema della società attuale di trovare un punto di equilibrio tra lo sviluppo, momento fondamentale per la vita della comunità, e un ambiente vivibile, protetto da alterazioni.

#### IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE IN GENERALE.

La forte istanza di anticipazione della tutela ambientale e della salute trova la sua massima espressione nell'elaborazione del principio di precauzione.

Nel suo nucleo concettuale il principio si configura come una strategia di gestione del rischio nelle ipotesi in cui non si abbia la certezza scientifica sulla portata dei potenziali effetti negativi di una determinata attività.

Al di fuori di questa nozione di base rimane, tuttavia, estremamente problematico identificare le modalità con cui il principio opera nei vari ordinamenti in cui è stato invocato.

Ancor più difficile è definirne la precettività.

Tenteremo di offrire una ricostruzione sistematica del principio, prendendo in considerazione i tre diversi ambiti in cui si è progressivamente affermato, soprattutto a livello giurisprudenziale: l'ordinamento internazionale, quello comunitario ed infine quello nazionale.

Naturalmente la materia è in piena evoluzione, se non ancora in fase iniziale: i risultati sono dunque provvisori e le riflessioni ancora in corso.

#### IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NELL'ORDINAMENTO E NELLA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE.

Il principio di precauzione nasce negli ottanta come principio volto a regolare i rapporti tra Stati in materia di ambiente.

La sua prima formulazione può essere ricondotta alla Carta Mondiale della Natura, adottata dall'Assemblea Generale ONU nel 1982 (4), ma è solo nel quadro della Conferenza di Rio del 1992 su Ambiente e Sviluppo che il principio ha trovato solenne affermazione (5).

Da quel momento in poi, il principio di precauzione sarà, con formule simili, ripreso in un gran numero di convenzioni ambientali tanto a carattere generale quanto settoriale.

---

(4) V. AA.VV., *Il principio di precauzione, la gestione a priori del rischio*, in *Ambiente Risorse Salute*, 1999, vol. 70.

(5) Nella Dichiarazione di Rio si legge: «*In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capability. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation*». Riferimenti al principio di precauzione sono anche contenuti nelle due Convenzioni internazionali concluse nel quadro dei negoziati di Rio: la Convenzione sui Cambiamenti Climatici e quella sulla Biodiversità.

Lo troviamo, in particolar modo in una serie di convenzioni sulla protezione o l'inquinamento delle acque (6) e sul commercio degli Organismi geneticamente Modificati (7).

Negli strumenti convenzionali indicati il principio di precauzione riceve una formulazione negativa (la mancanza di certezze scientifiche non può costituire un ostacolo all'azione di salvaguardia dell'ambiente).

Tale enunciazione sembrerebbe configurare una ipotesi di responsabilità omissiva a carico dello Stato che rimanga inattivo in attesa di una prova definitiva circa la pericolosità delle attività poste in essere nell'ambito del proprio territorio.

In realtà, le Convenzioni ambientali sono in gran misura prive di qualsiasi efficacia vincolante, costituendo *mere dichiarazioni di principi*, che rimangono circoscritte nell'ambito del cd. *soft law*.

In questo quadro, al principio di precauzione potrà essere riconosciuto un mero effetto di liceità, al pari di quello attribuito alle risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite: l'azione condotta da uno Stato conformemente al principio di precauzione non potrà reputarsi illecita, anche laddove contrasti con altre obbligazioni internazionali da quello assunte.

È vero, comunque, che *il principio di precauzione ormai trascende la mera dimensione convenzionale e che si sta definitivamente affermando come principio generale (norma consuetudinaria) dell'ordinamento internazionale*.

Ciò si può desumere anche dall'affermazione contenuta in sede di Accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie – cd. accordo SPS – o all'Accordo sulle barriere tecniche agli scambi – cd. accordo TBT –, in cui sono ravvisabili meccanismi di deroga che possono ricondursi all'idea dell'approccio precauzionale (in particolare l'art. 5 dell'accordo SPS) (8).

(6) Si pensi alla Convenzione sulla protezione dell'ambiente marino della zona del mar Baltico (Convenzione di Helsinki modificata nel 1992: *GUCE*, L 073 del 16/03/1994); alla Convenzione sulla cooperazione per la protezione e l'utilizzo sostenibile del Danubio (Convenzione sulla protezione dei Danubio, *GUCE* L 342, del 12/12/1997); alla Convenzione per la protezione dell'ambiente marino dell'Atlantico nordorientale (Convenzione di Parigi, *GUCE* L 104 del 03/04/1998); e ancora alla Convenzione sulla protezione e l'utilizzazione dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali (*GUCE* L 186 del 05/08/1995).

(7) Il riferimento è al Protocollo di Cartagena (cd. protocollo sulla Biosicurezza) sottoscritto a Montreal il 29 gennaio 2000 ai sensi dell'art. 19, 3 della Convenzione di Rio, che ha disciplinato il trasferimento, la manipolazione e l'utilizzazione sicure degli organismi viventi geneticamente modificati.

In particolare ha sancito che per la parte di O.G.M. destinati ad essere introdotti nell'ambiente, «la mancanza di certezze scientifiche dovute ad insufficienti informazioni e conoscenze scientifiche riguardanti la portata dei potenziali effetti negativi di un organismo vivente modificato sulla conservazione e l'utilizzazione sostenibile della diversità biologica (...), non dovrà impedire (...) di adottare decisioni adeguate rispetto all'introduzione degli O.G.M. in questione al fine di evitare o limitare gli effetti potenzialmente negativi» (art. 10, 6).

(8) Il testo prevede che «Nei casi in cui le prove scientifiche pertinenti siano insufficienti, un membro potrà provvisoriamente adottare misure sanitarie o fitosanitarie sulla base delle informazioni pertinenti disponibili, comprese quelle provenienti da organizzazioni internazionali competenti nonché quelle derivanti dalle misure sanitarie o fitosanitarie applicate da altri Stati membri.

La conformità al principio di precauzione del disposto in esame risulta con evidenza da un lato, dall'assenza di un termine predeterminato entro cui procedere ad una nuova valutazione delle misure adottate e dall'altro dall'indiretta affermazione che tali misure possono essere adottate in assenza di una valutazione che non possa qualificarsi come completamente «obiettiva», ossia fondata sulla certezza scientifica della pericolosità del prodotto.

L'interpretazione dell'art. 5.7 alla luce del principio di precauzione è stato peraltro confermato dall'Organo di Appello OMC che, rigettando la pronuncia in primo grado del Pane di esperti nel caso «Ormoni», ha escluso che l'applicazione della deroga fosse subordinata ad una valutazione quantitativa del rischio, fondata cioè sulla sua prevedibilità in termini scientifici (si veda AB-1997-4).

In questo quadro si assiste ai primi pallidi tentativi di operare un'applicazione sistematica, non più limitata al perseguimento di un effetto di liceità.

È questo il caso di una recente pronuncia del Tribunale internazionale del Diritto del Mare nel cd. caso MOX Plant (9), originata da una disputa tra Irlanda e Regno Unito sulla costruzione di un impianto di rigenerazione di scorie nucleari esauste presso la località inglese di Sellafield (10).

Nel caso in esame il Tribunale ha invocato la necessità di assumere un atteggiamento prudente e cautelativo per fondare la propria decisione di disporre misure cautelari (11).

---

In tali circostanze, i membri si sforzeranno di ottenere le informazioni ulteriori necessarie per procedere ad una valutazione più obiettiva del rischio ed esamineranno di conseguenza la misura sanitaria e fitosanitaria entro termini ragionevoli».

(9) ITLOS, *case n. 10: The Mox Plant Case* (Ireland vs. United Kingdom), *Provisional Measures*, Order of 3 dicembre 2001.

(10) Il caso originava dalla disputa tra Irlanda e Regno Unito sulla costruzione di un impianto di rigenerazione di scorie nucleari esauste presso la località inglese di *Sellafield*, affacciato sul Mare d'Irlanda. L'Irlanda sosteneva che il Regno Unito, autorizzando la costruzione dell'impianto, avesse violato una serie di obblighi procedurali e sostanziali a protezione dell'ambiente marino introdotti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare del 1982 (Convenzione di Montego Bay). L'Irlanda aveva perciò attivato il meccanismo obbligatorio di risoluzione delle controversie previsto dalla Convenzione e, in attesa della costituzione del tribunale arbitrale chiamato a decidere nel merito la controversia, aveva sottoposto alla giurisdizione obbligatoria esclusiva del Tribunale una richiesta per l'adozione di misure cautelari. In particolare, l'Irlanda chiedeva che nelle more del giudizio di autorizzazione alla costruzione dell'impianto fosse sospesa.

(11) Sotto il profilo sostanziale veniva contestata la violazione dell'obbligo di adottare tutte le misure necessarie per prevenire, ridurre e controllare l'inquinamento dell'ambiente marino in ogni sua forma ed in particolare dell'obbligo di garantire che le attività condotte sotto la giurisdizione dello stato costiero si svolgessero senza causare danni a stati terzi o all'ambiente (art. 192-194). Sotto il profilo procedurale, veniva invece invocato l'obbligo di cooperazione in materia di salvaguardia dell'ambiente marino a carico degli Stati affacciati su mari interclusi o semi-interclusi (art. 123; art. 197) ed infine l'obbligo dello stato costiero nella cui giurisdizione sia intrapresa o si intenda intraprendere un'attività potenzialmente inquinante di valutarne le potenziali conseguenze per l'ambiente (art. 206).

La pronuncia mostra, tuttavia, la resistenza che il principio di precauzione incontra nell'affermarsi integralmente: il tribunale non ha infatti disposto le misure cautelari richieste dal ricorrente, sottolineando come non fosse stata sufficiente la prova del *periculum in mora* per giustificare l'adozione di misure «sostanziali».

Le misure infine adottate in forza del principio di precauzione sono, così, misure di carattere procedurale (obbligo per le parti di intraprendere negoziati in attesa della costituzione del tribunale arbitrale).

In conclusione, nonostante si scorga la possibilità di ulteriori promettenti sviluppi, si deve concludere che, ad oggi, nell'ambito dell'ordinamento internazionale, il principio di precauzione gioca prevalentemente un ruolo di criterio guida delle scelte rimesse a ciascuno Stato nella determinazione delle proprie politiche ambientali.

Come tale, esso non è idoneo a produrre effetti all'interno degli ordinamenti nazionali o, a maggior ragione, a configurare immediatamente in capo ai singoli posizioni giuridiche invocabili in giudizio.

#### IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NELL'ORDINAMENTO E NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA.

Il principio di precauzione è accolto dall'ordinamento comunitario come uno dei cardini della politica ambientale comune definita dal Titolo XIX Trattato CE (nuova numerazione).

In particolare, ai sensi dell'art. 174, 2 «la politica della Comunità in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio che chi inquina paga».

In tale contesto, le misure di armonizzazione rispondenti ad esigenze di protezione dell'ambiente comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri a prendere, per motivi ambientali di natura non economica, misure provvisorie soggette ad una procedura comunitaria di controllo (principio così sostituito dall'art. 2 del Trattato di Amsterdam, ratificato con legge 16 giugno 1998, n. 209).

In ogni caso, la Commissione ha escluso che il principio di precauzione possa esaurire la propria portata nel solo settore ambientale (12).

Innanzitutto, altre norme del Trattato possono esservi indirettamente ricondotte.

Si pensi all'art. 95 trattato CE, in materia di riavvicinamento delle legislazioni nazionali riguardanti la tutela della salute e del consumatore, o all'art. 152 CE, in tema di tutela alla salute.

Il principio di precauzione si configura, comunque, come vero e proprio principio generale dell'ordinamento comunitario, al pari di quello di propor-

---

(12) Cfr. la Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000 (COM/2000/).

zionalità e di sussidiarietà, la cui portata esatta potrà essere determinata solo con l'evoluzione del diritto CE, grazie anche al ruolo della Corte di giustizia delle Comunità Europee.

È significativo osservare che l'inserimento del principio di precauzione nel novero delle finalità riconosciute alla Comunità, ne determina un profondo mutamento strutturale: da criterio guida nelle scelte politiche, esso viene ora a configurarsi come regola di condotta rivolta alla Amministrazione Comunitaria.

*Ex ante*, il principio di precauzione finisce così per informare l'azione degli organi comunitari, contribuendo a definire le procedure e le motivazioni idonee a supportare le scelte dell'Amministrazione nell'ambito di fattispecie innovative in cui si contrappongono i diritti di libertà economica e le esigenze di tutela dell'ambiente, della salute, dei consumatori.

*Ex post*, il principio viene a costituire parametro di legittimità alla luce del quale la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha già avuto modo di esprimersi.

Nelle causa riunite C 157/1996 e C 180/1996 la Corte ha, infatti, confermato la legittimità della decisione della Commissione di vietare l'esportazione del bestiame dalla Gran Bretagna, per prevenire il rischio di trasmissione del morbo della c.d. *mucca pazza*.

In particolare, la Corte ha affermato che «si deve ammettere, quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, che le istituzioni possono adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi».

Diventa, dunque, di importanza fondamentale individuare i criteri e i limiti entro cui il principio di precauzione può essere invocato, stante la sua portata potenzialmente dirompente nell'estendere l'ambito di discrezionalità delle Istituzioni Comunitarie.

La Commissione ha, in particolare, cercato di definire le linee guida cui attenersi nell'applicazione del principio nella sua Comunicazione del 2 febbraio 2000.

IL PARERE DEL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE SUL TEMA «IL RICORSO AL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE» (2000/C268/04).

Il parere del comitato economico e sociale sul tema «il ricorso al principio di precauzione» (2000/C268/04) offre spunti molto importanti per individuare con precisione la materia.

Il parere sancisce che il principio di precauzione debba essere considerato nell'ambito di una strategia strutturata di analisi dei rischi, comprendente tre elementi: valutazione, gestione e comunicazione del rischio.

Per la Commissione il principio di precauzione è, dunque, particolarmente importante nella fase di gestione del rischio: se non è possibile, infatti, determinare il rischio con sufficiente certezza, spetta ai responsabili politici giudicare quale sia un livello di rischio accettabile per la società.

Il ricorso alla precauzione si può tradurre in una decisione di agire o di non agire.

Se si ritiene di agire è necessario soddisfare una serie di condizioni come la proporzionalità, la non discriminazione, la coerenza, l'esame dei vantaggi e degli oneri, l'esame dell'evoluzione scientifica.

A livello comunitario il solo riferimento di carattere giuridico al suddetto è contenuto nell'art. 174 (ambiente) del Trattato.

La commissione ritiene tuttavia, che si tratti di un principio di applicazione più generale che deve essere preso in considerazione nell'ambito della gestione del rischio nei settori della salute e della sicurezza dei consumatori.

Alla soglia del terzo millennio, infatti, l'accettabilità del rischio impone nuovi modelli di orientamento: il pericolo determina paura, ma rischio non significa pericolo, perché il rischio esiste quando il pericolo può essere evitato.

La comparsa del concetto di rischio nella cultura occidentale è sintomo di una profonda trasformazione nel rapporto con il pericolo in quanto, di fronte al pericolo e ad alcuni pericoli si può decidere, in maniera perfettamente razionale, di affrontarli.

Il rischio non va, pertanto, associato alla paura, bensì al coraggio, in virtù del fatto che, mentre nel XIX e nel XX secolo la preoccupazione maggiore era rappresentata dall'incidente, il periodo contemporaneo è segnato da un cambiamento che riguarda la natura dei rischi (si passa dall'incidente alla catastrofe, che può essere naturale, climatica, tecnologica).

Il cambiamento della natura dei rischi si ripercuote necessariamente sulla natura dei danni.

Infatti, i danni provocati da una catastrofe vanno ormai ben oltre sia l'assicurabilità ma soprattutto l'indennizzabilità.

I rischi, ormai, non rientrano più nell'ambito dell'indennizzabilità, con ciò rimettendosi in discussione il grande patto sociale del ventesimo secolo, che si fonda sul principio per cui il rischio è accettabile se è indennizzabile.

I rischi assumono, dunque, una dimensione di irreversibilità. Si tratta di verificare che cosa sia il rischio accettabile, ossia quando è possibile assumere un rischio.

A tal fine il termine prescelto è ormai quello della precauzione.

La precauzione si distingue dalla prevenzione, in quanto per scegliere la prevenzione di fronte ad un rischio, occorre poterlo misurare: la prevenzione è possibile solo quando il rischio è misurabile e controllabile.

Nella precauzione il responsabile deve controllare e misurare il rischio e nello stesso tempo deve correre un rischio che non può ancora conoscere, ma che potrebbe manifestarsi in futuro in una nuova fase di evoluzione della scienza.

Il rischio contemporaneo è contraddistinto dalla dimensione particolare di essere legato ad una straordinaria dilatazione nel tempo.

Si passa, quindi, da una problematica legata alla sicurezza tecnica, ad una problematica legata alla sicurezza etica.

La precauzione si configura, dunque, come un elemento essenziale di ogni processo di analisi del rischio.



Il principio di precauzione, in quanto elemento di tale processo, costituisce un approccio alla gestione del rischio al quale si ricorre in presenza di un rischio sconosciuto di un pericolo potenzialmente significativo, in attesa di ottenere ulteriori risultati dalla ricerca scientifica.

La Commissione individua nel principio di precauzione tre componenti fondamentali: maggiori sforzi volti ad accrescere le conoscenze, la creazione di strumenti di vigilanza scientifica e tecnica per identificare le nuove conoscenze e comprenderne le implicazioni, l'organizzazione di un ampio dibattito sociale in merito a ciò che è auspicabile e a ciò che è fattibile.

Occorre, dunque, strutturare adeguatamente la vigilanza scientifica, che si prefigge di identificare i segnali deboli.

L'attuazione di una strategia basata sul principio di precauzione dovrebbe iniziare con una valutazione dei rischi, effettuata da scienziati specializzati indipendenti, mentre la gestione dei rischi, invece, è di competenza dei responsabili politici che valutano la necessità e le modalità del ricorso al principio di precauzione.

Circa la trasparenza della valutazione dei rischi, il fattore di attivazione è costituito dall'incertezza scientifica e non già dalla certezza.

Dal momento che spesso gli effetti negativi compaiono solo dopo un'esposizione prolungata, i rapporti di causa ed effetto sono difficili da provare. Le misure, peraltro, non devono introdurre discriminazioni nella loro applicazione.

Per quanto attiene all'onere della prova, le misure basate sul principio di precauzione devono stabilire la responsabilità di colui che è tenuto a fornire la prova scientifica necessaria ad una valutazione del rischio completa.

La clausola, ad esempio, che prevede l'inversione dell'onere della prova sul produttore, non può essere trasformata in un principio generale, a meno che non vi sia un elenco positivo, come nel caso di sostanze ritenute a priori pericolose o che possono essere potenzialmente pericolose ad un certo livello di assorbimento.

Il suddetto parere, pertanto, offre una dettagliata disamina circa la genesi ed i presupposti da porre alla base di questo principio che, a quanto pare, è l'unico la cui elaborazione ha prodotto risultati di un certo spessore, tanto da essere recepito a livello normativo.

#### IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NELLA NORMATIVA COMUNITARIA E STATALE.

La dir. n. 90/270/CEE del Consiglio del 29 maggio 1990 attuata con d.lgs. n. 626/1994 ha emanato prescrizioni minime in materia di sicurezza e salute nelle attività di lavoro compiute su videoterminali.

La direttiva n. 92/85/CEE del Consiglio del 19 ottobre 1992, attuata con d.lgs. n. 645/1996 tutela la sicurezza e la salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento nei confronti del rischio all'esposizione ai CEM.

Nel 1992 è entrato in vigore il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 aprile 1992, il quale ha stabilito i limiti massimi di accettabilità delle esposizioni delle onde elettromagnetiche e le relative distanze di rispetto, con particolare riferimento agli elettrodotti.

Il Parlamento europeo, nella risoluzione del 5 maggio 1994 contro gli effetti nocivi delle radiazioni non ionizzanti, elaborava, in virtù del mancato accertamento, allo stato attuale, dei meccanismi d'induzione dei danni biologici, i principi di precauzione e prevenzione, che la normativa di ciascuno Stato membro avrebbe dovuto osservare.

La prima regolamentazione statale in materia di tetti di radiofrequenza compatibili con la salute umana è data dal d.m. 10 settembre 1998, n. 381 (decreto Ronchi) emanato in attuazione dell'art. 1, comma 6, lett. a) n. 15 della legge 31 luglio 1997, n. 249, che ha introdotto l'Autorità per il garante.

La legge 22 febbraio 2001, n. 36, legge quadro tra le proprie finalità prevede la tutela della salute, dell'ambiente e del paesaggio, nonché la promozione della ricerca scientifica per la valutazione a lungo termine e l'attivazione di misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174, paragrafo 2, del Trattato U.E. (13).

La suddetta legge aderisce ad un «concetto unitario di emissione elettromagnetica (14), riordinando un settore normativo precedentemente scisso in diversi rami, a seconda del tipo di emissione».

Tale differenziazione è determinata dall'attuale panorama scientifico nel quale si conoscono con sufficiente certezza gli effetti sanitari acuti o a breve termine delle radiazioni non ionizzanti, quali le scosse o le ustioni, ma ancora incerti sono i rischi per la salute umana dovuti all'esposizione a lungo termine, i cosiddetti effetti cronici.

La legge prevede, infatti, la necessità che sia garantita una disciplina omogenea in tutto il territorio nazionale.

Adotta, infatti, un sistema binario di limiti di esposizione: un limite di esposizione, definito ai fini della tutela della salute da effetti acuti, e un valore di attenzione, che costituisce una misura di cautela più intensa ai fini della protezione da possibili effetti a lungo termine (15).

La legge quadro è una risposta abbastanza puntuale ai problemi che l'inquinamento elettromagnetico origina nella società odierna.

Quasi tutti gli aspetti sono affrontati e regolati.

Il carattere emergente è la tendenziale omnicomprensività del testo, il quale spazia dall'individuazione delle tre categorie di valori limite all'educazione ambientale, dalla definizione di elettrodotta alle previsioni di fattispecie sanzionatorie.

---

(13) G. MANFREDI, *La legge quadro sull'elettrosmog (comm. a L. 22 febbraio 2001, n. 36)*, in *Urbanistica e app.*, 2001, 714.

(14) U. RUSSO, *Inquinamento elettromagnetico e principio di precauzione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 1267.

(15) Cfr. al riguardo il rapporto ministeriale sull'esposizione a radiofrequenze e leucemie infantile, in [www.ministeriosanita.it](http://www.ministeriosanita.it).

Lo strumento normativo esalta l'importanza dell'atto legislativo, ma anche il ruolo decisivo di predisporre una normazione secondaria idonea ad affrontare per un problema fortemente tecnico e in continua evoluzione.

Si tratta di una legge che si vuole di lunga durata, non precaria, che possa essere applicata anche in presenza di nuove acquisizioni scientifiche e scoperte tecnologiche.

Il che non è facile a realizzarsi, tanto più in un settore come questo caratterizzato dall'incertezza scientifica e dove le nuove conoscenze si acquisiscono lentamente (16).

È fondamentale che una legge in questo settore sia in grado di instaurare un proficuo rapporto tra la scienza e il diritto.

La scienza diventa funzionale al diritto perché il diritto da questa attinge le conoscenze su cui costruire una disciplina adeguata cercando di dare certezza giuridica a situazioni incerte, contribuendo così a risolvere anche i conflitti che si creano (17).

Nel testo di legge è riconosciuta un'importanza notevole alla ricerca scientifica e all'applicazione delle migliori tecnologie disponibili: entrambi possono fornire gli strumenti idonei per raggiungere un punto di incontro nel contrasto tra salute ed esistenza energetica.

La scelta stessa di non definire nel testo di legge i limiti che devono essere osservati è espressione della volontà del legislatore di garantire un costante adeguamento della normativa alle future acquisizioni scientifiche tecnologiche (18).

Il testo originario, infatti, presentato dal Governo, prevedeva i valori da rispettare, invece il Parlamento ha ritenuto che questi debbano essere posti nei decreti governativi: ha tuttavia inteso stabilire i punti di riferimento fondamentali specificando cosa si intende per limiti di esposizione, valore di attenzione e obiettivi di qualità indicandone gli effetti corrispondenti (19).

(16) R. CHIEPPA, *L'inquinamento elettromagnetico tra principio di cautela e cautela nell'attuare la legge quadro n. 36/2001*, in *Urb. e app.*, 5, 2002.

(17) Il senatore Giovanelli alla domanda sul perché l'Italia, precedendo altri paesi dell'Unione Europea, abbia deciso di adottare una disciplina in merito (e per di più contenuta in una legge quadro), ha risposto che sono stati i cittadini a chiederla.

L'affermazione è la spiegazione ottimale che un legislatore possa dare quando è chiamato a spiegare il suo agire ed è la prova evidente di quanto il problema oggi sia all'attenzione di una parte della popolazione.

(18) CERUTI, *Inquinamento elettromagnetico e salute umana: il problema della sindacabilità giudiziale delle norme tecniche sulla base del principio precauzionale avallato da Cons. St., ord. 28 settembre 1999, n. 1737*, in *Riv. Giur. ambiente*, 2000, 119 ss.

(19) Per quanto riguarda il procedimento da seguire è previsto che venga emanato un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri nel quale siano fissati i criteri di elaborazione dei piani. I criteri dovranno essere approntati in modo che venga dato rilievo alle priorità di intervento, ai tempi di attuazione, alle modalità di coordinamento delle attività riguardanti più regioni e alle tecniche disponibili relativamente al carattere economico e a quello impiantistico.

Un testo di legge in questa materia deve ricomprendere e racchiudere in sé i molteplici aspetti che una legge ambientale deve soddisfare: enunciare norme di principio, allo stesso tempo prevedere una normazione secondaria, tutelare l'ambiente e la salute non in modo radicale, ma tenendo conto delle esigenze produttive, realizzare, insomma, quello che viene definito lo sviluppo sostenibile.

Il rilievo accordato al momento informativo specificato nella gestione e nella raccolta dei dati, come la traduzione del principio precauzionale in una serie di norme fanno di questo un testo avanzato nel quale trovano collocazione i principi fondamentali dell'ambiente.

Anche l'aspetto informativo vede un ruolo preponderante del livello centrale di governo: spetta allo Stato la individuazione delle tecniche di misurazione e rilevamento dell'inquinamento elettromagnetico e delle modalità di inserimento dei dati che nel caso specifico sono definiti dal Ministero dell'ambiente di concerto con quello dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

Presso il catasto nazionale e regionale sono indicati i siti degli elettrodotti esistenti al fine di giungere alla conformità dei valori dei campi elettrici, magnetici elettromagnetici a quelli stabiliti dal decreto.

C'è la necessità di una sintesi dei diversi interessi esistenti in materia privilegiando la salute, come è giusto che sia, e individuando gli strumenti appropriati per fronteggiare concretamente questo nuovo tipo di inquinamento.

In tale contesto normativo è entrata in vigore la riforma del titolo V della Costituzione varata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Da ultimo è entrato in vigore il decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198, contenente «Disposizioni volte ad accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese», a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (cd. legge obiettivo), pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 215 del 13 settembre 2002.

#### IL DECRETO 198/2002 E LA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Contro il suddetto decreto è stato proposto ricorso contro il Presidente del Consiglio dei Ministri, per la dichiarazione di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 9, 32, 70, 76, 117 e 118 della Costituzione e dell'art. 174 del Trattato istitutivo della Comunità europea, principalmente per difetto assoluto di delega e violazione dei criteri direttivi stabiliti dalla legge delega (20).

---

(20) Cfr. Cons. St., sez. VI, 20 dicembre 2002, n. 7274; per effetto del decreto legislativo risultano abrogate (art. 12) le disposizioni di cui all'art. 2 *bis* della legge 1° luglio 1997, n. 189 e intera-

Di recente la Corte Costituzionale, con pronuncia n. 303 del 1° ottobre 2003 ha dichiarato incostituzionale l'intero decreto per eccesso di delega, in quanto comprime le attribuzioni regionali.

Il riscontrato eccesso di delega riguarda l'assenza nel decreto del programma di individuazione delle infrastrutture, redatto d'intesa con le regioni e le province autonome interessate.

Si tratta ora di stabilire se, il suddetto decreto dichiarato incostituzionale sia stato travolto oppure sopravviva nelle norme recepite nel decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, cd. codice delle comunicazioni elettroniche.

La Corte Costituzionale precisa che nella specie l'eccesso di delega è evidente, a nulla rilevando, in questo giudizio, la sopravvenuta entrata in vigore del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche, che riguarda in parte la stessa materia.

In proposito è opportuno evidenziare che l'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale) stabilisce che «La Corte Costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime.

Essa dichiara altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata».

Nel caso *de quo* la Corte non si è pronunciata, al fine di travolgerle, in ordine alle norme del decreto dichiarato incostituzionale, la cui parte è stata invece recepita nel codice delle comunicazioni, pur dimostrando di averne conoscenza.

Ne consegue che è possibile ritenere che le norme recepite nel codice non siano da ritenersi incostituzionali.

La declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, ultimo periodo della legge 443/2001 (la delega conferita dall'art. 1 della legge 443/2001 è stata esercitata mediante due decreti legislativi, il 190/2002 e il 198/2002) e dell'art. 15 commi da 1 a 4 del decreto legislativo 190/2002 deriva dalla inutilizzabilità della fonte regolamentare.

La legge stessa non può spogliarsi della funzione regolativa affidandola a fonti subordinate, neppure predeterminando i principi che orientano l'esercizio della funzione regolamentare, circoscrivendone la discrezionalità.

---

mente ridisegnato il quadro delle procedure di assenso all'installazione degli impianti, definiti di «interesse nazionale», compatibili con qualsiasi destinazione urbanistica» «realizzabili in ogni parte del territorio comunale, anche in deroga agli strumenti urbanistici ed ad ogni altra disposizione di legge o di regolamento» e assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'art. 16, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, pur restando di proprietà dei rispettivi autori.

## LE SENTENZE N. 303 E 307 DEL 2003 DELLA CORTE COSTITUZIONALE E IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ.

Le sentenze n. 303 del 25 settembre – 1° ottobre 2003 e 307 dell'1-8 ottobre 2003 (21) costituiscono le più importanti pronunce sinora effettuate dalla Corte Costituzionale, dopo la revisione costituzionale operata dalla legge costituzionale n. 3 del 2001.

Le pronunce della Corte Costituzionale costituiscono una fondamentale statuizione per quanto riguarda la ricostruzione delle competenze legislative, ripartite tra Stato e Regioni e province autonome.

Tale ricostruzione non si limita alla lettura e all'interpretazione dell'art. 117 della Costituzione, ma collega il suddetto articolo al successivo art. 118, disciplinante l'attribuzione delle funzioni amministrative.

L'art. 118 costituisce, infatti, un elemento di flessibilità e allo stesso tempo un meccanismo dinamico.

Secondo la Corte, lo Stato risulta depositario della potestà legislativa esclusiva per le materie attribuite dall'art. 117, secondo comma, della Costituzione.

Lo Stato, tuttavia, può esercitare la potestà legislativa di dettaglio anche per le materie rientranti nella legislazione concorrente e anche per le materie residualmente attribuite, *ex art. 117, quarto comma Cost.*, alla potestà esclusiva delle Regioni, ma questo solo come conseguenza di una attribuzione allo Stato di funzioni amministrative *ex art. 118, Cost.*

Per la Corte, l'attrazione ai sensi dell'art. 118, per sussidiarietà e adeguatezza, delle funzioni amministrative, determina anche l'attrazione delle correlative funzioni legislative che sovrintendono alla allocazione delle funzioni amministrative.

Da ciò, le Regioni potranno trarre indicazioni di metodo qualora ritenessero lese le proprie prerogative e cioè verificare se le funzioni rientrano nella competenza esclusiva dello Stato, se l'intervento si giustifichi in virtù dei principi di sussidiarietà e adeguatezza, e se vi è l'intesa con la Regione dello svolgimento di funzioni amministrative.

È bene ricordare che il Consiglio dei Ministri in data 21 febbraio 2003 ha approvato i decreti attuativi che fissano i limiti di campo elettromagnetico emesso dagli elettrodotti e dagli impianti ad alta frequenza (stazioni di telefonia mobile, radio e televisive).

Ma se vi è deroga al quadro delle attribuzioni normative descritte dall'art. 117, allora non si comprende perché tale deroga debba limitarsi solo alla potestà legislativa e non possa estendersi anche alla potestà regolamentare.

---

(21) Le sentenze sono pubblicate nelle *Gazzette Ufficiali* – serie speciale Corte Costituzionale, dell'8 ottobre 2003 e del 15 ottobre 2003. Cfr. per un primo commento organico O. FORLENZA, *Nella ricostruzione delle competenze legislative un forte recupero della centralità dello Stato*, in *Guida al diritto*, 18 ottobre 2003, 90 ss.

L'operazione di recupero della centralità dello Stato e la configurazione di un potere legislativo di dettaglio anche in riferimento a leggi concorrenti ed esclusive della Regione, è il punto di approdo dell'interpretazione offerta dalla Corte Costituzionale, e ciò si giustifica con la presenza di istanze unitarie.

Quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato.

Il principio di legalità, peraltro, impone che solo la legge statale possa attendere a tale compito, in presenza di determinati presupposti.

#### IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE.

I principi del diritto dell'ambiente come guida per le scelte degli operatori sono rappresentati, oltre che dal principio precauzionale, anche dal principio dello sviluppo sostenibile, e dell'informazione.

Il principio di precauzione (22) prevede che, in caso di dubbio sul livello del rischio, si deve adottare l'opzione più «conservativa» per minimizzare il rischio, ricorrendo, se necessario, in caso di non conoscenza di livelli minimi di sicurezza, anche alla cosiddetta opzione zero.

Nella valutazione dell'opera o del progetto si devono prendere in esame tutte le soluzioni possibili, per poi scegliere quella che si presenta dal punto di vista ambientale come compatibile, e non si esclude l'ipotesi che il procedimento si concluda con il divieto di intervenire o di realizzare l'opera: si tratta di quella che viene definita «l'opzione zero».

Ciò consente di adottare anche soluzioni radicali nei casi più dubbi (23).

Al fine, tuttavia, di evitare applicazioni eccessivamente rigide, il principio di precauzione è stato temperato da quello di prevenzione: non qualsiasi ipotesi di danno scientificamente incerto è idoneo a far scattare l'opzione zero, ma solo quella del danno grave ed irreversibile (art. 130R/attuale 174 del Trattato CE: il comma 2 di tale articolo stabilisce che la politica della Comunità europea in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela).

Successivamente, è intervenuta la legge n. 249/1997 che ha individuato in capo all'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni il potere di vigilanza sui tetti massimi delle radiofrequenze compatibili con la salute umana e di verificarne l'osservanza (art. 1, co. 6, lett. a, n. 15) (24).

È stato, inoltre, precisato che il rispetto dei suddetti limiti costituisce condizione obbligatoria per il rilascio delle licenze e concessioni per l'installazione di apparati che emettono onde elettromagnetiche.

---

(22) F. ACERBONI, *Contributo allo studio del principio di precauzione: dall'origine nel diritto internazionale a principio generale dell'ordinamento*, in *Il diritto della Regione - Regione Veneto*, 2000, 246.

(23) F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. ambiente*, 1998, n. 2, 241.

(24) L. MATARESE, *Danno alla salute e onde elettromagnetiche*, in *Danno e resp.*, 1999, 849.

In attuazione della suddetta legge è stato emesso il d.m. 10 settembre 1998, n. 381 (decreto Ronchi): in esso vengono fissati i limiti di esposizione alle radiofrequenze e microonde emesse da antenne per telecomunicazioni radio televisive (25).

I limiti di esposizione fissati dal decreto sono recepiti da quelli fissati dall'IRPA e sono finalizzati a tutelare la salute dagli effetti cronici provocati dai campi CEM.

I suddetti limiti risultano, tuttavia più alti e, dunque, meno permissivi, di quelli previsti invece dalla racc. n. 99/519/CE del 12 luglio 1999,

Infine, la recente legge quadro n. 36 del 12 febbraio 2001 ha dettato i principi fondamentali diretti ad assicurare la tutela della salute dei lavoratori e della popolazione dagli effetti dell'esposizione a determinati livelli di campi elettrici, magnetici, ed elettromagnetici.

La suddetta legge conferma, per un periodo transitorio, i limiti previsti nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 aprile 1992 (26).

Nulla esclude che in un prossimo futuro lo Stato, verificando il progredire degli studi scientifici sull'argomento, recepisca con appositi atti regolamentari il risultato degli studi stessi, prevedendo limiti più ristretti di quelli del citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (27). «Tuttavia, a fronte di un panorama scientifico così complesso, non si può che ribadire che è esclusivo compito del legislatore la individuazione, eventualmente a livello cautelativo, di una soglia di tutela dalle emissioni, diversa da quella prevista e adottata a livello internazionale» (28).

Si persegue, infatti, lo scopo di realizzare il principio dello sviluppo sostenibile.

---

(25) F. AMENDOLA, *Inquinamento elettromagnetico, d.m. 381/1998 e art. 674 c.p.*, in *Foro it.*, 2001, II, 30.

(26) Cfr. T.A.R. per il Veneto, 28 novembre 2001, il quale afferma che tramite la legge quadro il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1992 è stato eretto a norma di legge.

(27) Sintomatico è come il principio di precauzione sia stato esteso ed applicato anche ad altri settori, sempre connessi con la tutela salute. L'O.M. 22 novembre 2000 dell'allora Ministero della Sanità (*Gazzetta Ufficiale* 24 novembre 2000, n. 275, stabilisce, in materia trasfusionale, che «considerata la situazione di potenziale pericolosità per la salute pubblica determinatasi nei Paesi dell'Unione europea in relazione ai casi di encefalopatia spongiforme bovina, considerato che, ancorché non sia stata accertata alcuna diretta correlazione fra donazione di sangue ed infezione da agenti infettanti connessi alla nuova variante di malattia di Creutzfeldt-Jakob (CJD), in alcuni paesi dell'unione sono state adottate, in via prudenziale, iniziative volte ad escludere dalla donazione di sangue o di emocomponenti coloro che negli anni dal 1980 al 1996 hanno soggiornato nel Regno Unito per un periodo superiore a sei mesi... ritenuta l'opportunità di dichiarare, in via meramente cautelativa ed in attesa delle decisioni che assumeranno in materia gli organi dell'Unione... ordina: coloro che hanno soggiornato nel Regno unito negli anni dal 1980 al 1996... sono da considerare non idonei alla donazione di sangue o di emocomponenti.».

(28) M. FADEL, *Campi elettronici-Giurisprudenza*, in [www.forumambiente.it/id\\_26.htm](http://www.forumambiente.it/id_26.htm); cfr. inoltre Trib. Monza, 24 febbraio 2001. Sull'esigenza di una normativa che regoli la prevalenza del diritto ad una esistenza sana, libera e dignitosa v. L. MATARESE, *Danno alla salute e onde elettromagnetiche*, in *Danno e resp.*, 1999, 840.



Il problema diventa quello di stabilire se, di fronte a questi opposti interessi, sia giusto intervenire, in ragione di quali principi e quali strumenti adottare per cercare di considerare entrambi gli aspetti.

Si evidenzia, altresì, che è stato trasmesso alla Camera dei Deputati per la definitiva approvazione il disegno di legge n. 1753 approvato il 14 maggio 2003 dal Senato, contenente la delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione, in cui all'art. 8, lettera *f* si ribadisce l'intenzione di «affermazione dei principi comunitari di prevenzione, di precauzione, di correzione e riduzione degli inquinamenti e dei danni ambientali e del principio chi inquina paga».

Viene espressa, dunque, la convinzione che i suddetti principi siano idonei a garantire elevati livelli di tutela dell'ambiente e, nel contempo, a contribuire alla competitività dei sistemi territoriali e delle imprese (art. 8, 1 *e*) (29).

#### *Soluzioni giurisprudenziali.*

Analizziamo ora quali possono essere gli strumenti che consentono all'operatore del diritto e all'amministratore di intervenire e di trovare la soluzione più equilibrata che forse, non assicurerà la piena soddisfazione degli interessati ma potrà, almeno, evitare l'eccessivo acuirsi dei conflitti a livello politico-istituzionale.

Le soluzioni possibili sono state esplorate con riferimento precipuo ai classici strumenti dell'ordinamento giuridico: quello amministrativo, giurisdizionale e infine legislativo.

Gli organi giurisdizionali sono stati i primi a livello istituzionale ad occuparsi del problema *elettrosmog*.

I cittadini, i comitati, le associazioni ambientaliste e protezionistiche hanno pensato di rivolgersi agli organi giudiziari per tutelarsi dai pericoli e dai rischi di cui parlava una certa letteratura scientifica. Come sempre accade per un nuovo problema, si registra un'evoluzione, un cambiamento che va nella direzione di un rafforzamento della tutela.

Le prime sentenze risalgono agli anni ottanta, ma sarà soprattutto negli anni novanta che aumenteranno le cause con tale oggetto.

Quella che prima era una problematica conosciuta da pochi, oggi è una delle più discusse.

I giudici, sia amministrativi sia ordinari, sono stati chiamati, a partire dalla metà degli anni novanta, ad affrontare numerose questioni in ordine al problema dei campi elettromagnetici, assumendo, in materia, contrastanti posizioni.

A livello giurisdizionale partendo dall'analisi dei casi giurisprudenziali relativi all'inquinamento elettromagnetico, l'ordinamento offre delle possibilità: da quello civile, a quello penale e amministrativo, art. 674 c.p.

È opportuno fare un distinguo tra cause civili, amministrative e penali.

---

(29) Il disegno di legge è pubblicato in *www.giust.it*.

## GIURISPRUDENZA CIVILE.

La problematica si snoda principalmente in ordine all'applicazione del principio di precauzione ai fondamenti del nostro ordinamento.

Si discute se esso sia destinato a cambiare il volto all'attuale regime della responsabilità civile, sia pure sotto il profilo di violazione del diritto alla salute.

Com'è noto, in base al combinato disposto dell'art. 2043 e dell'art. 32 Cost., la lesione del diritto alla salute, derivante da un fatto ingiusto, comporta il diritto al risarcimento.

Per quanto riguarda l'esercizio di particolari attività come l'inquinamento elettromagnetico il risarcimento del danno è spesso rimasto sul piano dei principi, a causa dell'estrema difficoltà che può assumere in determinate circostanze la prova del rapporto di causalità diretta tra l'attività posta in essere e il danno alla salute.

L'applicazione del principio di precauzione ribalta completamente i termini della questione.

L'Amministrazione, infatti, alla luce del principio di precauzione può essere autorizzata ad adottare provvedimenti lesivi delle libertà economiche senza dare conto, con certezza scientifica, della pericolosità dell'attività che viene esercitata.

Il singolo, di conseguenza, potrebbe far valere una sorta di «responsabilità per difetto di precauzione».

In base all'applicazione del principio di precauzione alla tutela risarcitoria colui che conduce l'attività pericolosa non solo ha l'obbligo di adottare adeguate misure di prevenzione di rischi conosciuti o prevedibili, ma anche di adottare misure cautelative in caso di *pericolo incerto o dubbio*.

È evidente che il suddetto principio potrebbe incidere sul principio della tutela cautelare, stravolgendone i presupposti e annichilendo, nell'approccio precauzionale, il requisito del *periculum*.

L'evoluzione inevitabile del cosiddetto diritto vivente rende indispensabile, infatti, il mutamento e l'adattamento del nostro sistema giuridico.

## L'EVOLUZIONE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE E IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE.

Una delle caratteristiche più rilevanti dell'evoluzione della responsabilità civile è rappresentata, come vedremo, dal vertiginoso aumento delle fattispecie di danno considerate meritevoli di tutela.

Le cause di questo aumento sono varie, ma sicuramente una delle principali è costituita dal moltiplicarsi delle posizioni giuridiche, attinenti soprattutto alla persona umana, riconosciute giuridicamente rilevanti a fini risarcitori, dal quale è derivata una maggiore possibilità di violazioni sanzionabili.

Il fenomeno indicato è riscontrabile in ordinamenti che disciplinano l'illecito extracontrattuale in base a regole assai diverse tra loro (come nel sistema nordamericano e, tendenzialmente, prescindono dalle scelte di fondo della disciplina specifica).

È altrettanto importante verificare se possano essere configurati ulteriori confini del risarcimento del danno.

Di recente si è assistito ad una progressiva accentuazione della finalità riparatoria del macrosistema della responsabilità civile, con conseguente tendenza a privilegiare le istanze del danneggiato, a causa delle nuove ipotesi di relazioni sociali nonché della complessità dei rapporti, sovente dominati da un tecnicismo da cui la cultura tradizionale del giurista è esente.

La tendenza è che l'intero diritto civile diventi un diritto rimediale, ossia un diritto che, invertendo l'ordine dei fattori, si compone di rimedi ove le posizioni di diritto soggettivo sono la conseguenza dei primi, così come accadeva nella giurisprudenza degli anni ottanta in materia di provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, e così come propugnato dai cosiddetti *common-lawyers* dei paesi di *commonlaw*.

In un sistema di diritto codificato, tuttavia, è necessario individuare teniche giuridiche e tecniche organizzative che diano forma e consistenza alla tutela, soprattutto *ora che il confine tra illecito e lecito risulta meno marcato*, e che i criteri di determinazione del rapporto di causalità materiale tra illecito e danno sono mutati a causa della frequente necessità di ricorrere a leggi di copertura scientifica idonee a giustificare il nesso tra fatto ed evento.

Alla causalità materiale si affianca così quella giuridica, al fine di individuare i limiti delle conseguenze dannose di un fatto illecito.

Sono numerose le tipologie di danno prima sconosciute o prima poco rilevanti, sia perché legate agli effetti del recente progresso scientifico e tecnologico sia, per l'emanazione di una specifica disciplina normativa (es. danno da violazione da *privacy*).

Basti pensare al danno biologico e alla tutela del diritto alla salute, inteso come menomazione dell'integrità psicofisica, che non si traduce semplicemente nella ridotta capacità di produrre ricchezza, bensì in una ripercussione negativa nella sfera culturale, spirituale e sociale del soggetto.

Le novità più rilevanti sono determinate dalla ricostruzione del sistema giuridico intorno alla persona e dallo sviluppo tecnologico: la responsabilità civile ha occupato sempre di più vari settori della vita che un tempo non costituivano l'oggetto dell'analisi giuridica o che erano dominate dal principio della mera causalità.

Nel caso dei concetti di danno e risarcimento assistiamo addirittura ad una sorta di dilatazione del fenomeno: è evidente che l'argomento investe il processo di formazione della norma.

Nei diritti della persona il fenomeno è altresì accentuato.

La prospettiva dei rimedi e l'astrattezza dal diritto sottostante trovano un equilibrio nel rapporto tra il potere determinativo del giudice, nell'esercizio della sua funzione integrativa della norma, e il *quantum* di discrezionalità attribuitagli: ciò si sostanzia nella individuazione degli *standards* valutativi.

Alla difficoltà della normazione giuridica di risolvere i problemi e fungere da guida nei criteri comportamentali, si trova rimedio nella capacità del sistema giuridico di organizzare la prassi sociale e di offrire ai problemi soluzioni razionali.

PRINCIPIO DI PRECAUZIONE E PRINCIPIO DI CAUSALITA'. L'ESPERIENZA DELLE CORTI AMERICANE.

Il principale ostacolo all'accoglimento delle azioni risarcitoria o inibitoria proposte a tutela della salute minacciata dalle onde elettromagnetiche in generale è costituito dalla difficoltà di dimostrare il nesso causale tra la patologia lamentata e l'azione delle onde.

L'incertezza scientifica ha impedito che in sede giudiziaria potesse essere utilizzato il criterio della sussunzione secondo leggi scientifiche.

Il suddetto criterio, già utilizzato in sede penale, richiede al giudice di evidenziare la sussumibilità dell'evento concreto all'interno di un enunciato astratto e generalizzante che ne stabilisca scientificamente la meccanica di derivazione, quale una legge universale (asserente un rapporto consequenziale mai smentito da eccezioni) o una legge statistica (che si limita ad affermare che il verificarsi di un evento consegue a una data condotta solo in una percentuale casistica, comunque idonea a convincere il giudice ove ne sia dimostrato un consistente grado di probabilità).

Occorre, dunque, che l'accadimento particolare possa essere spiegato sulla base di una legge generale di copertura, la quale permetta di sussumere in se stessa il rapporto azione-evento concepiti non come fenomeni singolari ed irripetibili, bensì come accadimenti riproducibili in presenza del ricorrere di determinate condizioni (30).

Molto più che in altri casi (come ad es. nei casi del fumo, delle trasfusioni ecc.), qui non solo esiste la probabilità che la patologia (cancro, leucemia) sia stata concausata da fattori diversi, ma non vi è alcuna certezza che l'esposizione alle onde elettromagnetiche abbia minimamente contribuito alla realizzazione dell'evento dannoso.

Oltre alla difficoltà di dimostrare la cosiddetta causalità specifica, e cioè che davvero l'esposizione a quelle onde o a quella sostanza abbia determinato la patologia in un determinato soggetto, si aggiunge che non è dimostrata l'esistenza della causalità generica.

La causalità generica è da intendersi come attitudine di quel fattore a provocare, a lungo termine, malattie nei soggetti esposti, al più potendosi affermare l'aumento della possibilità statistica ovvero del rischio di contrazione di una data malattia.

Un problema di causalità generica, invece, non sussiste per quelle patologie che risultano associate esclusivamente ad una determinata sostanza tossica: ad esempio il cloruro di vinile provoca l'angiosarcoma del fegato, l'amianto provoca il mesotelioma.

«Ogni bene protetto ha un suo *standard* normativo per quanto riguarda il limite che configura l'evento lesivo. Quello che concerne la salute, in quanto colora di illiceità il comportamento lesivo, è stato collegato agli indici segnalati dalle particolari conoscenze scientifiche le quali di per sé escludono anche che vi siano oscillazioni della misura caso per caso» (31).

---

(30) MANTOVANI, FIANDACA MUSCO.

(31) Cass. 28 marzo 1980, n. 2062, in *Giur.it.*, I, 1, 1871.

Il problema è individuare una significatività statistica al fine di dimostrare la veridicità dell'affermazione in tema di effetti sulla salute.

Gli studi scientifici che hanno concluso per la dannosità degli effetti a lungo termine dell'esposizione ai campi elettromagnetici (ma il discorso vale anche per l'esposizione a numerose sostanze chimiche) sono stati confutati da altri studi che hanno evidenziato i vizi metodologici dei relativi criteri di indagine utilizzati.

Taluni, oltre che negare la validità degli studi epidemiologici, per la mancanza di significatività statistica del campione di popolazione osservato, al fine di dimostrare la veridicità dell'affermazione causale, in tema di effetti sulla salute di un determinata sostanza chimica, negano la validità del metodo di sperimentazione sugli animali.

La giurisprudenza americana (32) cita, come esempio del valore attribuito dalle Corti alle prove di laboratorio sugli animali, al fine della dimostrazione degli effetti sull'uomo, il caso del «Ddt».

Ciò spiega la necessità dei giudici di giustificare il nesso causale sulla base di leggi scientifiche di copertura consolidate, in mancanza delle quali difficilmente potrebbero trovare ingresso specifiche dimostrazioni probatorie elaborate su misura della persona che lamenta la patologia.

Negli Stati Uniti, è stato dato ingresso alla prova testimoniale (ritenuta di particolare utilità) dei medici curanti, ai quali, essendo testimoni diretti delle condizioni di salute della persona, è stato riconosciuto un particolare titolo per spiegare la storia medica e di vita della stessa con l'effetto di ammettere la dimostrazione della cosiddetta causalità specifica o individuale (così riconoscendo che un dato effetto dannoso possa esistere per una determinata persona anche se risulta improbabile in generale), pur in mancanza di una valida dimostrazione della causalità generica, ai fini della quale le Corti americane ricorrono anche ai pareri dei cosiddetti «ecologi clinici», i quali studiano gli effetti sull'organismo umano delle sostanze chimiche presenti nell'ambiente.

Naturalmente, il nostro ordinamento giuridico non permette il ricorso a tali strumenti probatori.

Si spiega così, nel nostro contesto, la funzione dei limiti di esposizione alle onde elettromagnetiche, fissate dalla normativa regolamentare, in termini di copertura scientifica del nesso di causalità generica rispetto all'evento dannoso.

#### DAL RISCHIO CONCRETO AL RISCHIO PERCEPITO.

Lo stesso concetto di rischio ha assunto dimensioni prima sconosciute.

Accanto al rischio reale, si sta infatti delineando il rischio percepito: il significativo progresso delle tecnologie della comunicazione contribuisce a rafforzare la sensibilità dell'opinione pubblica nei confronti di nuove ipotesi di rischio, ancor prima che la ricerca scientifica sia in grado di fornire spiegazioni definitive e certe sulla effettiva pericolosità dell'attività sotto esame.

---

(32) S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, Milano, 2001, 209 ss e 170.

Tutto ciò si è tradotto in una forte istanza di anticipazione della tutela ambientale e della salute che trova la sua massima espressione nel principio di precauzione.

L'approccio precauzionale, come già ricordato, è stato introdotto nel nostro ordinamento in seguito al recepimento di alcune direttive comunitarie in tema di tutela ambientale, le quali espressamente si rifacevano al principio di precauzione per definire la portata della disciplina di tutela.

Da quel momento sono intervenute talune pronunce che hanno fatto riferimento al principio di precauzione come ad uno dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, in virtù del quale valutare la legittimità dell'azione amministrativa (33), ovvero per sindacare l'esistenza dei requisiti necessari all'adozione di una misura cautelare (34).

Tuttavia, l'esistenza di un siffatto principio nel nostro ordinamento dovrebbe essere, perlomeno, più approfonditamente giustificato.

Innanzitutto, non sembra che un generale approccio precauzionale possa essere affermato sulla base di argomentazioni sistematiche che facciano riferimento all'ordinamento italiano preso nel suo complesso.

È, infatti, evidente, che il principio di precauzione si pone come un'eccezione rispetto alla regola generale che incentra sulla certezza scientifica del danno ogni valutazione circa la lesività di una data attività economica e, di conseguenza, ogni tutela assicurata dall'ordinamento (tanto in via risarcitoria quanto cautelare).

Molti giudici di merito ritengono che il principio si imponga in forza dei rapporti esistenti tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale.

In realtà, una simile tesi potrebbe trovare accoglimento solo laddove si sostenesse che il principio di precauzione così come enunciato, ad esempio, nell'art. 174, si caratterizzi per la sua immediata efficacia negli ordinamenti nazionali.

A tal fine è tuttavia necessario, come sottolinea la consolidata giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, che la norma sia chiara, precisa e suscettibile di configurare immediatamente in capo ai singoli posizioni giuridiche azionabili in giudizio.

Senza la prova di questi elementi decisivi sembra difficile sostenere che l'introduzione nell'ordinamento di una disciplina ispirata ad un approccio precauzionale possa introdurre in via generale il principio di precauzione.

L'atteggiamento poco meditato di parte della giurisprudenza è forse dovuto ad una errata ponderazione delle profonde conseguenze di ordine sistematico che avrebbe l'introduzione nell'ordinamento di un principio di carattere generale di precauzione, suscettibile di applicarsi all'esercizio dell'azione amministrativa così come ai rapporti individuali.

---

(33) TAR Veneto, sez. II, 13 febbraio 2001, n. 236.

(34) Ordinanza Tribunale di Padova 17 novembre 1998, n. 465.

### L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA CAUTELARE CIVILISTICA.

La generica pericolosità delle onde elettromagnetiche era già nota nel 1979 alla Corte di Cassazione, la quale inseriva, tra le immissioni suscettibili di divieto ai sensi dell'art. 844 c.c., le correnti elettriche e le onde elettromagnetiche, in quanto idonee ad incidere sull'organismo umano (35).

Alla prima categoria sono rapportabili la maggior parte delle prime ordinanze emesse, ovvero quelle che vanno dall'inizio anni novanta fino alla metà, mentre notevole è stato il ricorso alla giurisdizione amministrativa nel periodo successivo.

Oggi molte controversie si svolgono anche davanti al giudice penale.

Il primo caso che andò in un'aula giudiziaria fu la costruzione di un elettrodotto ad altissima tensione, 380 kv, da realizzarsi nei Comuni della Versilia, nelle province di Lucca e Pisa.

Iniziarono davanti allo stesso Pretore due procedimenti, uno penale e uno civile.

Il pretore emise l'ordinanza di non attivazione accogliendo le richieste degli attori (rappresentante locale del WWF e proprietari terrieri su cui l'elettrodotto sarebbe dovuto passare). L'ordinanza della Pretura fece scuola e da allora numerose sono state le cause intraprese.

La tutela cautelare rappresenta lo strumento giurisdizionale maggiormente utilizzato ai fini dell'intervento nelle controversie riguardanti la pericolosità dei campi elettromagnetici.

La maggior parte delle decisioni in materia è di tipo cautelare, proprio per il carattere preventivo che connota tale forma di tutela.

Lo scopo da raggiungere a livello giurisdizionale, per chi lamenta la lesione del diritto alla salute, è ottenere un provvedimento che garantisca la cessazione della situazione pericolosa.

I tempi del processo sono lunghi: è importante agire al più presto, prima che il danno si sia verificato.

Naturalmente, tra le azioni cautelari previste dal codice di rito, quella utilizzata dai ricorrenti è l'azione cautelare atipica prevista dall'art. 700 c.p.c. (36).

Nei primi anni novanta si registra una tendenza dei giudici a respingere le richieste di una tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. al fine di intervenire sugli elettrodotti costruiti o in fase di costruzione.

---

(35) Cass. 6 marzo 1979, n. 1404. In termini di inquinamento da onde elettromagnetiche si esprimeva anche il T.A.R. Veneto, 18 novembre 1982, n. 878, in *T.A.R.*, 1983, I, 187 e, di recente, il Trib. Como, 22 gennaio 2002, n. 1146 e, più di recente, T.A.R. Veneto, Sez. II, 13 febbraio 2001, n. 236, in *Giur. di merito*, 2001, III, 749, con nota di F. PATRUNO, *Considerazioni sull'inquinamento elettromagnetico e sulla recente legge-quadro*.

(36) La funzione dell'art. 700 è proprio quella di munire di tutela sommaria urgente tutti i diritti riconosciuti dall'ordinamento, indipendentemente da una norma che attribuisca il diritto di azione in merito al singolo diritto e a ciascuna violazione, A. PROTOPISANI, *Lezioni di diritto Processuale Civile*, Jovene, Napoli, 1996, 691.

Se non erano le Preture a respingere le richieste, le ordinanze venivano revocate dai Tribunali.

La giurisprudenza, tuttavia, è, in genere, poco propensa ad accordare la tutela cautelare *ex art. 700 c.p.c.* chiesta al fine di rimuovere apparecchiature idonee a produrre onde elettromagnetiche, sul presupposto della non sufficienza di un rischio generico (37).

Un orientamento giurisprudenziale, minoritario, ha ritenuto di disapplicare l'applicazione dei valori-limite attualmente vigenti, a livello nazionale, per espressa previsione della legge 7 febbraio 2001, n. 36 e ha imposto lo spostamento dell'elettrodotto o la limitazione dei valori di corrente che transitano sulle linee elettriche (38).

L'inosservanza dei limiti previsti a livello legislativo scaturisce dall'esigenza di garantire quanto più possibile la salute dei cittadini.

Il Tribunale di Padova, con pronuncia del 17 novembre 1998, n. 465 (39), ha imposto la limitazione a 100A del valore della corrente che percorre un impianto a 132 kV, nel presupposto che a tale valore il campo elettromagnetico, pur eccedendo di poco gli 0,2 mt, non produca effetti nocivi per gli esposti.

Il suddetto orientamento ritiene non vincolanti i limiti legislativi in quanto non astrattamente preclusivi di indagini sulla causalità specifica.

Il Tribunale di Milano ha ammesso la tutela cautelare «allo scopo di prevenire danni provocati dall'esposizione a campi elettromagnetici», e per tutelare il diritto fondamentale della salute che lo stadio attuale delle ricerche scientifiche ritiene, seppure in maniera non sicura, essere gravemente minacciato da tale esposizione (40).

Si deve segnalare la sentenza della Cassazione n. 9893 del 2000 (41) che, sul presupposto della supposta notorietà delle onde elettromagnetiche (generate, nel caso specifico, da un elettrodotto) ha ritenuto ammissibile l'emissione di una pronuncia inibitoria qualora, anche prima che l'opera pubblica sia messa in esercizio, sia possibile accertare che è insito un pericolo (e non già un pregiudizio attuale) per la salute umana.

Altra parte della giurisprudenza, maggioritaria, ha ritenuto, invece che, rispettate le prescrizioni del citato decreto del Presidente del Consiglio dei

---

(37) Trib. di Lucca, 5 marzo 1990, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1990, 523.

(38) Cfr. Trib. Reggio Calabria, 30 gennaio 2001, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2001, 279: ha ritenuto ammissibile la domanda cautelare di sospensione dei lavori di realizzazione di una cabina elettrica, in quanto finalizzata alla tutela del personalissimo e costituzionalmente garantito diritto alla salute individuale che si assume minacciato da immissioni pregiudizievoli di onde elettromagnetiche.

(39) Trib. Padova, 17 novembre 1998, in *Guida al diritto*, 1999, n. 38, 14.

(40) Trib. Milano, 7 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2001, 141. Cfr. sul punto G.D. COMPORI, *Amministrazioni e giudici sull'onda dell'elettrosmog*, in *Foro Amm.*, 2001, IX, 2455.

(41) Cass. 27 luglio 2000, n. 9893, in *Foro it.*, 2001, I, 141 e in *Corr. giur.*, 2001, 200, in *Danno e resp.*, 2001, 38, con nota di G. DE MARZO, *Inquinamento elettromagnetico e tutela inibitoria* e in *Urb. e app.*, 2001, 162, con nota di G. MANFREDI, *L'«irresistibile» diritto alla salute e la tutela dall'inquinamento elettromagnetiche*. Sui profili causalistici cfr. cap.4 pr. XII.



Ministri del 1992 nonché delle Raccomandazioni espresse in materia dai vari Organismi internazionali, e in assenza di prove scientifiche certe circa il rapporto di causalità tra esposizione ai campi elettromagnetici ed effetti a lungo termine dell'esposizione stessa, non sia, allo stato, ipotizzabile la violazione del diritto alla salute (42).

In particolare, il Tribunale di Milano ha osservato che, essendo intervenuta la legge n. 36 del 2001 recante norme di tutela dalle onde elettromagnetiche, non sia consentito al giudice, che ravvisi una possibile lesione alla salute per effetto dei campi elettromagnetici generati da tali onde, procedere alla disapplicazione dei limiti esistenti (transitoriamente quelli stessi di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 aprile 1992) ormai costituenti norma primaria (43).

#### LE ONDE ELETTROMAGNETICHE E IL DANNO ESISTENZIALE. LA RILEVANZA GIURIDICA DEL PERICOLO DI DANNO.

La rilevanza giuridica del pericolo, se è ancora insufficiente ai fini del risarcimento del danno (biologico in senso stretto) inteso come lesione (che ancora non sussiste), potrebbe costituire un segnale della rilevanza e, forse, della risarcibilità, del danno esistenziale che può essere causato da quella esposizione.

Il quesito involge il fatto se il pericolo di danno (che è pur sufficiente a giustificare l'inibitoria) possa costituire di per sé un danno ingiusto risarcibile a prescindere dall'esistenza di una dimostrata menomazione dell'integrità fisica.

Tutto sta nello stabilire se il danno esistenziale abbia una propria configurazione autonoma oppure si configuri come un mero doppione del danno morale (la mia impressione è che si verta in tale ultima ipotesi), estrapolato al fine di aggirare il limite previsto a livello codicistico in ordine al risarcibilità del danno morale solo in presenza di un reato (fatto di reato).

Ci si chiede se sia possibile, in tale materia, ipotizzare il danno esistenziale, ossia il danno arrecato alla sfera della personalità.

Attesa l'incertezza della nocività delle onde elettromagnetiche, il risarcimento del danno esistenziale rappresenta, forse, l'unica strada percorribile, in quanto ha la funzione di risarcire il timore del contagio nonché le ripercussioni sulla vita di relazione della persona.

---

(42) Trib. Parma, 22 luglio 2000 e Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 29 giugno 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 408, con nota di R. DI LEGAMI, *Antenne per telefonia cellulare, elettrosmog e danno alla salute*. La sentenza del Tribunale di Parma stabilisce che l'osservanza dei limiti di esposizione alle onde elettromagnetiche previsti dal d.m. 10 settembre 1998, n. 381, fa venir meno l'elemento del *periculum in mora* necessario per l'emanazione di un provvedimento cautelare richiesto ex art. 700 c.p.c. al fine di far rimuovere o per lo meno disattivare una stazione radio-base per telefonia cellulare. Cfr. anche T. DALLA MASSARA, *Due pronunce in tema di elettrosmog: ovvero dei ragionevoli limiti di un approccio generalizzante di fronte alla specificità del caso concreto*, in *Giur. It.*, 2001, 2063.

(43) Trib. Milano, 28 luglio 2001, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2001, 269, con nota di Nobili.

Naturalmente, il presupposto per configurare tale ipotesi risarcitoria è l'accertamento del superamento del limite di tollerabilità.

Un precedente si rinviene nelle corti nordamericane, ed in particolare in una pronuncia della Corte di Appello di New York del 1993, che ha accordato il risarcimento del danno al proprietario di un immobile che lamentava la diminuzione di valore del proprio fondo adiacente ad una servitù di elettrodotto di cavi ad alta tensione, a causa del timore della popolazione che i campi elettromagnetici generati dalla linea elettrica potessero provocare patologie gravi.

È da evidenziare, tuttavia, che la condanna è giustificata anche dalla caratteristica strutturale della *American Tort Law*, la quale prevede oltre al risarcimento di tutti i danni per lucro cessante, anche quello per danni (*punitive o exemplary damages*) concessi non tanto per finalità riparatorie, quanto per porre in essere un'azione di deterrenza di punizione volta a prevenire o evitare la commissione nel futuro di nuovi atti illeciti.

La Corte ha affermato che l'attore doveva dimostrare solo l'esistenza di quel timore e che esso aveva causato oggettivamente la perdita di valore del bene ma non la ragionevolezza del comportamento del pubblico (44).

Anche nel nostro ordinamento la Cassazione ha ravvisato l'esistenza di un fatto illecito perfetto pur in mancanza di un danno accertato alla salute, configurando l'evento dannoso nel pericolo di contagio dell' Hiv e nelle ripercussioni alla vita di relazione e alla sfera esistenziale della persona (45).

La giurisprudenza di merito, sulla base di questo principio, ha accolto, in via cautelare, la domanda di alcuni condomini al fine di ottenere la sospensione, ai sensi dell'art. 1171 c.c., dei lavori, non autorizzati dal condominio, di installazione di una stazione radio base per telefoni cellulari, intrapresi su una porzione di lastrico solare di proprietà esclusiva di un altro condominio, in considerazione del deprezzamento dell'edificio (e delle singole proprietà) conseguente all'attuale situazione di incertezza scientifica circa gli effetti a lungo termine sulla salute delle onde elettromagnetiche irradiate da impianti del genere, nonché all'invasività e al non organico inserimento dell'opera nel contesto architettonico (46).

#### GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA.

In via di principio, nella materia dell'inquinamento elettromagnetico oggetto della tutela risulta essere il bene salute previsto e riconosciuto dalla nostra Costituzione.

Si tratta di un diritto soggettivo, fondamentale e irrinunciabile: la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

Ciò non significa che anche il giudice amministrativo non possa accordare tutela: in proposito sono, naturalmente, diversi i presupposti e i motivi che consentono di radicare l'azione innanzi a tale giudice.

---

(44) IASANOFF, 76.

(45) Cass. civ., Sez. I, 29 maggio 1999, n. 5265, in *Mass. Giur. it.*, 1999.

(46) Pret. Bologna, 12 aprile 1999, in *Foro it.*, 1999, I, 3414.

Lo Stato e gli enti territoriali sono deputati a svolgere un ruolo importante: concedere autorizzazioni alla costruzione e all'attivazione di elettrodotti, di impianti di telefonia mobile, ecc.

Il ricorso alla giustizia amministrativa si legittima in virtù della violazione di un interesse legittimo ed è caratterizzato dalla richiesta di annullamento, revoca o modifica di un atto amministrativo.

Il ricorso è proponibile nel caso, ad esempio, di inquinamento elettromagnetico prodotto da un elettrodotto o da un impianto di telefonia mobile, in quanto è necessario il compimento di un procedimento amministrativo ai fini della autorizzazione alla costruzione e messa in opera dell'impianto.

La sfera del giudice amministrativo, dunque, riguarda la parte procedurale prevista da un complesso di leggi a garanzia di una serie di interessi pubblici: la salute è non solo un diritto garantito, ma anche un interesse che l'ordinamento ha il dovere di perseguire. Tutte le sentenze dei T.A.R., in merito, hanno avuto quale oggetto del processo un atto della P.A. riguardante il procedimento per l'autorizzazione.

Si sono fatti valere vizi di legittimità per raggiungere lo stesso scopo di un provvedimento giurisdizionale emesso dal giudice civile: la non edificabilità, la non attivazione dell'elettrodotto o l'inibizione dall'esercizio (47).

Il giudice amministrativo può, dunque, in sede di verifica, valutare che interessi ambientali e il bene salute siano considerati (48).

Una delle problematiche affrontate dai T.A.R. nelle suddette controversie riguarda innanzi tutto il potere del giudice amministrativo ed i suoi limiti.

Il G.A., infatti, non può sostituirsi alla P.A., esercitare il potere di determinazione di cui essa è titolare e, conseguentemente, non può modificare gli atti da questa posti in essere o eseguire compiti spettanti alla medesima: il suo ruolo consiste in un controllo di legittimità e talvolta di merito sugli atti.

La giurisprudenza in relazione a questo profili e agli elettrodotti è stata ferma nello specificare che il potere del giudice non potrà mai essere quello di stabilire la validità del tracciato.

Le scelte progettuali sono esplicitazione di potestà tecnico-amministrativa-discrezionale, non censurabile in sede di giudizio di legittimità, se non per illogicità e manifesta irrazionalità delle scelte (49).

---

(47) L'autorizzazione per la costruzione di un elettrodotto è solo l'atto finale di un procedimento complesso costituito da una serie di subprocedimenti. Accanto al procedimento di autorizzazione è stata inserita la procedura di impatto ambientale. Le competenze sono ritagliate tra lo Stato e gli enti territoriali, chiamati a partecipare al fine di garantire il rispetto dei diversi interessi pubblici. cfr. A.G., *Rischi (potenziali) da elettrosmog e proprietà condominiale*, in *Diritto e Giustizia*, 2002, 6, 8.

(48) Cfr. Tar Veneto, sez. II, 13 febbraio 2001, n. 236, e U. RUSSO, *Inquinamento elettromagnetico e principio di precauzione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 1267.

(49) F. PATRONO, *Considerazioni sull'inquinamento elettromagnetico e sulla recente legge-quadro*, in *Giur. di Merito*, 2001, III, 749; TAR Veneto, Sez. II, 13 febbraio 2001, n. 236, in *Riv. Giur. ambiente*, 2000, 119 ss, con nota di CERUTI, *Inquinamento elettromagnetico e salute umana: il problema della sindacabilità giudiziale delle norme tecniche sulla base del principio precauzionaleavalato da Cons. St., ord. 28 settembre 1999, n. 1737.*

Il giudice non può giudicare la scelta fatta nel merito, in quanto con ciò eserciterebbe una funzione amministrativa (50): può solo rilevare se le scelte sono state fatte con ragionevolezza.

Altra ipotesi in cui il G.A. può intervenire, oltre che nei casi di eccesso di potere e di incompetenza, è la violazione di legge: in un procedimento così scadenzato e complesso non è difficile rinvenire ipotesi che integrano tale vizio.

Il controllo del rispetto delle norme istruttorie offre occasione al giudice di verificare se effettivamente sono stati presi in considerazione tutti gli aspetti.

Il momento istruttorio, nella procedura ricopre una rilevanza particolare, considerato che è in questa sede che vengono in rilievo tutte le componenti relative alla costruzione dell'impianto, all'impatto sull'ambiente e sul territorio, e alla sua collocazione urbanistica.

Inoltre, attraverso il controllo della motivazione ed il suo eventuale vizio il giudice ha la facoltà di valutare se l'Amministrazione nel decidere abbia tenuto conto della reale necessità di costruire un elettrodotto in quella zona, se erano presenti i presupposti richiesti dalla normativa vigente, se la scelta è stata coerente con le risultanze istruttorie.

A ciò si aggiunga che la tutela della salute, oltre ad essere prevista a livello costituzionale, è parte integrante dell'ordinamento giuridico: basti pensare alla legge 23 dicembre 1978 n. 833 che prevede tra i fini dello Stato quello di garantire condizioni uniformi di salute su tutto il territorio nazionale.

La salute, dunque, è non solo un diritto garantito, ma anche un interesse che l'ordinamento ha il dovere di perseguire: ciò consente che possa essere parametro di valutazione e di giudizio anche nel procedimento amministrativo e successivamente in sede processuale (51).

L'aspetto salute è venuto in rilievo in modo esplicito nella normativa sugli elettrodotti con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 aprile 1992: da allora è opinione giurisprudenziale che tale normativa rientri tra quella che deve essere rispettata nella procedura di autorizzazione alla costruzione degli impianti (52).

---

(50) Sintomatica la sentenza del TAR Veneto, 18 maggio 1994, n. 550, in *Rass. Giur. dell'En. Elettrica.*, 1995, 245: «la soluzione del tracciato prescelta dall'ENEL non può formare oggetto di censura, dato che una tale scelta si rapporta all'esplicazione di potestà tecnico amministrativa, sindacabile dal giudice amministrativo solo in ipotesi di manifesta irrazionalità». Stessa argomentazione è adottata dal TAR Lombardia, 14 maggio 1994, n. 302, in *Rass. giur. dell'En. Elettrica*, 1994, 247.

(51) TAR Lombardia, 3 novembre 1994, n. 618, in *Rass. Giur. En. Elettrica*: «La salute costituisce un diritto inviolabile dei cittadini direttamente ed un interesse fondamentale della collettività come sancito dall'art. 32 della Costituzione e dalla legge 833 del 1978, pertanto, ne è indispensabile assicurare la tutela anche in sede di realizzazioni degli impianti elettrici».

(52) C'è, tuttavia, perplessità in dottrina circa il ricorso smodato al giudice: «...il giudice finirà per operare più come fattore di compensazione di incertezze sociali e culturali, che come

Tra gli elementi di legittimità dell'atto autorizzatorio è necessario, pertanto, verificare anche il rispetto della normativa apposita dettata in materia di esposizioni alle radiazioni non ionizzanti, vale a dire il d.p.c.m. 23 aprile 1992 e il d.p.c.m. 1995 per le azioni di risanamento e, naturalmente, la recente legge quadro. Di recente il T.A.R. Toscana e il Consiglio di Stato hanno affrontato il problema (53).

#### LA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA NEI RAPPORTI TRA NORMATIVA STATALE E REGIONALE E IL PRINCIPIO DI OMOGENEITÀ DELLA DISCIPLINA NORMATIVA.

Altro problema che è stato affrontato è quello relativo al rapporto tra normativa statale e regionale.

La sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3098 del 3 giugno 2002 affronta, per la prima volta, la normativa della legge quadro in relazione alle nuove disposizioni dell'art. 117 cost., come novellato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, (contenente modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione, entrata in vigore a seguito del favorevole voto referendario del 7 ottobre 2001, a far data dall'8 novembre 2001).

Il Consiglio di Stato evidenzia come la legge n. 36 del 2001 prevede, all'art. 4, che sia lo Stato a fissare i parametri per la tutela della salute o per finalità precauzionali o ambientali (limiti di esposizione, valori di attenzione; obiettivi di qualità, in quanto valori di campo).

La stessa legge sottolinea che la suddetta riserva legislativa statale è giustificata in considerazione del preminente interesse nazionale alla definizione di criteri unitari e di normativa omogenea in relazione alle finalità di tutela della salute della legge medesima (54).

---

organo di composizione di liti e delle relative incertezze giuridiche, facendosi così carico di una non meglio definita funzione di supervisione tecnica degli approdi teorici della comunità scientifica e della funzione di valutazione e selezione degli interessi meritevoli di tutela, che sono estranee al proprio bagaglio culturale ed al proprio mandato»... «In definitiva, se i giudici rivendicano un ruolo forte di mediatori e garanti di ultima istanza dei valori in gioco, ed operano così quali moltiplicatori del contenzioso, le amministrazioni tendono a rinunciare alle proprie prerogative e contribuiscono a loro volta alla inflazione delle regole e dei vincoli esistenti, ingenerando così ulteriore incertezza e contenzioso», G.D.COMPORTI, *Amministrazioni e giudici sull'onda dell'elettromog*, in *Foro Amm.*, 2001, IX, 2455.

(53) A. CONTALDO, *Ancora in tema di elettromog da antenne per la telefonia mobile* (nota a Tar Toscana, sez. I, 15 gennaio 2001), in *Dir. Informazione e informatica*, 2001, 249.

(54) La sentenza del Consiglio di Stato conferma quella del TAR Lazio, sez. II, n. 6405 del 2001, la quale aveva precisato che la legge n. 36 del 2001 (art. 1, lett. a) si pone in attuazione del principio costituzionale del diritto alla salute (art. 32 Cost.), «in armonia con un principio giurisprudenziale ormai pacifico, in ordine alla necessità di una concentrata attribuzione statale a tutela della salute dalle emissioni elettromagnetiche». Cfr. su questi punti M. ORO NOBILI, *Elettromog: per il Consiglio di Stato, la riserva allo stato della determinazione dei limiti di esposizione e dei parametri per la tutela della salute (art. 4 della legge n. 36 del 2001) costituisce principio fondamentale ai sensi del novellato art. 117 Cost.*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 1, 2003, 606.

D'altronde, la riserva statale prevista risulta del tutto in linea con l'art. 117, 1 comma, lett. *s* della Costituzione, in materia di principi fondamentali dell'ordinamento (55).

Anche una recente sentenza del T.A.R. Toscana riconosce fondate le censure con le quali si deduce il contrasto fra l'allegato 2 della delibera del Consiglio regionale della Toscana e la normativa statale: «nell'intento di perseguire il raggiungimento di un obiettivo di qualità in attuazione del d.m. 381, il consiglio regionale ha modificato (inasprendoli) i limiti di campo elettromagnetico fissati per gli impianti di telefonia mobile in sede nazionale e, contraddicendo la stessa legge regionale che doveva attuare, ha esercitato un potere che ha intaccato l'assetto unitario ed omogeneo della disciplina statale in materia di limiti di esposizione ai campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici a protezione della popolazione, determinando una disarmonia nella disciplina stessa, negativamente incidente sul corretto esercizio del servizio di telefonia mobile, soggetto tra l'altro alla vigilanza dell'Autorità Garante per le comunicazioni» (56).

«Non si desume dagli atti impugnati in base a quale studio o ricerca scientifica la Regione abbia ritenuto ragionevole l'imposizione di un perimetro di cinquanta metri di distanza rispetto ai rischi di esposizione, quando il d.m. 381 all'art. 4 collega le misure di cautela ai valori di esposizione fissati nel secondo comma.

Il principio di precauzione richiede sempre un riferimento a dati scientifici attendibili, specie laddove interferisce con i limiti dei valori di campo definiti a livello nazionale».

#### LA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA NEI RAPPORTI TRA COMUNI E PROVINCE.

Lo stesso principio di omogeneità si rinviene anche nei rapporti tra Regioni, Comuni e Province.

La legge quadro sui campi elettromagnetici pare riservare al potere regolamentare dello Stato ogni compito di determinazione di limiti di esposizione, fasce di rispetto ecc.

Tuttavia, la stessa legge non fa venir meno ogni competenza comunale in materia, considerato che l'art. 8 della legge prevede che «i Comuni pos-

---

(55) Il Consiglio di Stato è in linea con le tesi sostenute dal Governo nel ricorso proposto davanti alla Corte Costituzionale, ai sensi del novellato art. 127 Cost., nei confronti di una legge regionale contrastante con la riserva statale predetta, NOBILI, *Elettrosmog: il Governo impugna alla Corte costituzionale le disposizioni regionali contrastanti con la Legge Quadro n. 36 del 2001*, in *Rass. giur. en. elettrica*, 2002, 239.

(56) Sentenza pubblicata in [www.ambientedititto.it](http://www.ambientedititto.it) Il contenzioso promosso con otto ricorsi attiene ad una serie di provvedimenti attraverso i quali la Regione Toscana ed i Comuni di Firenze, Massa Marittima e Pisa hanno disciplinato la localizzazione ed i tetti di radiofrequenza degli impianti di telefonia mobile nell'ambito territoriale (regionale e comunale) di competenza, provvedendo anche alla sospensione dei procedimenti riguardanti le pratiche edilizie d'autorizzazione all'installazione od al potenziamento di stazioni radio base.

sono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici».

Comunque sia, il ruolo comunale risulta ridimensionato, in quanto l'eventuale esercizio di tale competenza non può tradursi in alcun modo nella previsione di limiti generalizzati di esposizione diversi da quelli previsti dallo Stato né in una deroga generalizzata o quasi a tali limiti (57).

Ne è riprova la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI (58), la quale ha dichiarato che esula dai poteri comunali la fissazione di limiti di distanza e di emissione degli impianti che producono emissioni elettromagnetiche, in quanto è riservata alla competenza statale dalla legge n. 36 del 2002.

Ai sensi del n. 6 dell'art. 8 della legge 36, che fissa le competenze dei Comuni, i Comuni possono adottare regolamenti per il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti, nel cui ambito regolamentare può essere minimizzata l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici.

Tutto deve essere stabilito nel ritaglio delle competenze urbanistiche e nel rispetto dei principi generali che le governano, senza che possano adottarsi decisioni che vadano al invadere competenze dello Stato o delle Regioni, introducendo surrettiziamente norme che appaiono di profilo urbanistico e invece tendano a determinare diversamente quei limiti che la legge stessa riserva alla competenza statale.

Anche il T.A.R. Toscana, sez. I, con sentenza n. 12 del 16 gennaio 2003, pronunciandosi in merito, ha stabilito che «La Regione, nell'esercitare il suo compito di dettare i criteri generali, deve fornire agli enti comunali le necessarie linee guida che consentono un coerente esercizio del potere regolamentare di completamento agli stessi attribuito, onde evitare che la medesima regolamentazione finisca per esplicarsi quasi nell'ambito di una delega in bianco con i conseguenti risvolti negativi di una disciplina disomogenea, se non contrastante, a livello comunale, regionale e nazionale» (59).

Il d.m. 10 settembre 1998, n. 381 (decreto Ronchi) emanato in attuazione dell'art. 1, comma 6, lett. a) n. 15 della legge 31 luglio 1997, n. 249, che ha introdotto l'Autorità per il garante, all'art. 4, comma 3 ha attribuito alle Regioni ed alle Province autonome di Trento e Bolzano il compito di definire la disciplina per l'installazione e la modifica degli impianti di radiocomunicazione e le azioni di risanamento, al fine di garantire il rispetto dei limiti sopra indicati ed il raggiungimento di eventuali obiettivi di qualità.

Nessuna competenza in materia era stata assegnata ai Comuni.

---

(57) R. CHIEPPA, *L'inquinamento elettromagnetico tra principio di cautela e cautela nell'attuare la legge quadro 36/ 2001*, in *Urb. e app.*, 5, 2002, 577 ss.; G. MANFREDI, *Le competenze comunali in tema di tutela dalle emissioni elettromagnetiche*, in *Urb. e app.*, 10, 2002, 1177.

(58) Cons. di Stato, sez. VI, in *Urb. e app.*, 10, 2002, 1171.

(59) T.A.R. Toscana, sez. I, 16 gennaio 2003, n. 12, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it).

Tale principio è stato affermato più volte nelle diverse pronunce dei giudici amministrativi che hanno annullato la difforme regolamentazione dettata da taluni enti comunali (60).

*Conclusioni.*

«Il diritto positivo non è l'incarnazione di un'idea eterna e metafisica: esso deve fare quotidianamente i conti con le scienze e la loro evoluzione, sia perché il suo contenuto è condizionato dallo stadio di evoluzione scientifica che caratterizza la cultura in cui si manifesta quel diritto, sia perché l'evoluzione scientifica condiziona la forma e la diffusione del diritto positivo» (61).

L'augurio è nel senso dell'estensibilità delle soluzioni adottate anche ad altre ipotesi astrattamente configurabili, nonché all'acquisizione di ulteriori elementi scientifici e, perché no, alla realizzazione di una sintesi rispetto ai molteplici interessi in gioco, ad un coordinamento e ad una ottimizzazione degli stessi.

Ripercorrendo le tappe argomentative svolte dal diritto e dalla scienza, quelle dell'uno e dell'altra sono presenti, inevitabilmente ed in buona misura, nella normativa e nelle sentenze che si è citate e in tante altre ancora, senza in verità che esse facciano velo al tecnicismo della soluzione adottata.

Il suo esame critico, la sua scepri giuridica, non può, più modestamente per noi giuristi, prescindere dall'analitico svolgimento del *thema disputandum* nonché dal ragionamento strettamente logico-giuridico.

---

(60) T.A.R. Toscana, sez. I, 26 luglio 2001, n. 1266; T.A.R. Toscana, sez. I, 30 gennaio 2002, n. 65; T.A.R. Veneto, sez. II, 2 febbraio 2002, n. 347, Consiglio di Stato, sez. VI, 3 giugno 2002, n. 3095.

(61) M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici, Diritti positivi e scoperte scientifiche*, Torino, II ed., 1988, 11.



## Rapporto fra gestione del contenzioso e tecnica legislativa nei parametri dell'analisi economica (\*)

di Massimo Bachetti

Nel procedimento per la redazione delle norme (detto tecnica legislativa) è importante la presa in esame dello stato del contenzioso pubblico. I giudizi in cui è parte la P.A. costituiscono indiscutibilmente un importante elemento di valutazione per individuare gli aspetti patologici dell'applicazione delle norme. Il cittadino agisce contro l'Amministrazione perché ritiene di essere stato lesa nei suoi diritti od interessi a seguito di violazione di norme di legge o regolamento. Se pertanto la norma non è correttamente formulata oppure è irragionevole perché non è stata fatta dal legislatore una adeguata ponderazione degli interessi, se la P.A. ha commesso errori nell'interpretarla, ciò non potrà non emergere dall'analisi delle azioni giudiziarie proposte. Ma il ricorso alla tutela giudiziaria può essere anche sintomatico di esigenze e bisogni a cui il legislatore non ha voluto o potuto dare risposta. Ciò consente sia di effettuare interventi correttivi sulla legislazione vigente (verifica *ex post*), sia di valutare se i progetti di legge predisposti dagli uffici non riproducano vizi già acclarati un sede giurisdizionale. È vero che l'indagine sulla legittimità dell'operato dell'Amministrazione può essere effettuata anche attraverso l'esame delle giurisprudenze. Però le informazioni desumibili dai giudizi riguardano solo l'attività svolta nell'ambito del giudizio dalle parti in causa e le decisioni adottate dal giudicante; non è invece in alcun modo rilevabile la situazione dei rapporti interni fra la P.A. e la difesa istituzionale. Sotto tale profilo si assiste talvolta all'insistenza delle Amministrazioni nel coltivare giudizi infondati, all'appiattirsi su prassi consolidate per ragioni di opportunismo o pigrizia istituzionale, alla scarsa circolarità di informazioni od alla mancanza di meccanismi istituzionali idonei ad assicurare adeguate sinergie fra il sapere giuridico dell'Avvocatura e l'esperienza amministrativa delle Amministrazioni. Non mi riferisco solo all'eventualità di risolvere stragiudizialmente le controversie, ma anche a quella di prevenire l'insorgenza di contenziosi.

Inoltre il difensore pubblico ha una visione della situazione delle controversie riguardanti la P.A. a 360°. Può conoscere tutti i giudizi di merito o legittimità che coinvolgono la pubblica amministrazione, esaminare l'andamento del contenzioso di un singolo ministero od ente, effettuare una indagine trasversale non con riferimento alla singola Amministrazione ma alla violazione della medesima normativa posta in essere da più amministrazioni.

---

(\*) Testo della relazione tenuta al Convegno «L'analisi economica del contenzioso pubblico... La statistica vince le crisi?» svoltosi a Roma il 15-16 gennaio 2004 presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

La quantità di dati desumibili dall'esame del contenzioso pubblico è enorme. Ovviamente l'operazione non può essere svolta se tali dati grezzi non vengono preventivamente razionalizzati. La prima operazione da effettuare a tal fine è la classificazione del contenzioso che va fatta per materia (espropriazioni, appalti, procedimento disciplinare, ...), per estremo normativo. Il sistema informativo in uso fino a qualche mese or sono all'Avvocatura dello Stato consentiva di svolgere tale operazione solo atomisticamente per singolo fascicolo; il che permetteva di estrarre dalla banca dati la notizia sulla materia od estremo normativo riguardante la singola pratica. Non era però possibile collegare i singoli fascicoli sulla base della materia o per estremo normativo. L'unico criterio di classificazione in grado di consentire un collegamento fra i vari affari era costituito dall'indicazione dell'Amministrazione interessata, o divisione in contenziosi, consultivi ed affari d'ordine. Perciò la relazione annuale inviata all'Ufficio legislativo della Presidenza del consiglio dei Ministri conteneva solo tali informazioni. Con il nuovo sistema informativo è possibile invece effettuare una connessione fra i vari affari per estremo normativo o codice materia. Pertanto le attuali potenzialità dei supporti informatici autorizzano a ritenere che si possa avere una visione d'insieme dell'attività dell'Avvocatura dello Stato sia per gli affari contenziosi che consultivi. Ovviamente l'*iter* per pervenire ad una effettiva politica del contenzioso è appena iniziato, il processo è lungo e complesso, vi è carenza di risorse materiali, umane e finanziarie, vanno studiate attentamente le procedure per attuare un progetto così ambizioso. Ma una cosa è certa: il punto di maggiore criticità è in via di superamento. Esso va individuato nell'inadeguatezza dei supporti informatici, cioè la base scientifica non reperibile se non attraverso l'acquisizione di un *know how* esterno all'Avvocatura. Le difficoltà da superare riguardano la predisposizione di un assetto organizzativo per studiare le problematiche di attuazione del progetto, cioè la costituzione di un ufficio *ad hoc* composto da Avvocati dello Stato ed esperti in scienza dell'organizzazione, informatici. Tale organismo dovrà individuare i punti di maggiore criticità previa predisposizione di una griglia di controllo (*check list* come nell'esperienza della Regione Toscana), atta ad comprendere la complessità dei percorsi, le lacune procedurali; fare proposte alternative e determinare in termini quantitativi e qualitativi le risorse umane materiali e finanziarie necessarie.

L'operazione è fattibile. Occorre anche un diverso approccio culturale. Da un atteggiamento ancorato a logiche strettamente giuridiche bisogna passare ad un approccio di tipo manageriale. Con tale termine si intende la ricerca delle modalità più corrette per addivenire ad una gestione delle risorse ispirata ai parametri della razionalità economica: attuazione di una effettiva politica del contenzioso con conseguente eliminazione dei fattori di distorsione: la gestione degli affari legali fondata sulla memoria storica degli avvocati; la non adeguata circolarità di informazioni fra gli avvocati e fra Avvocatura ed Amministrazione. L'attività di tale nucleo di lavoro dovrebbe essere finalizzata alla realizzazione della cosiddetta relazione sullo stato del contenzioso espressamente prevista dall'art. 15 della legge n. 103 del 1979, che fra le competenze dell'Avvocato Generale prevede: riferisce periodica-

mente al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta dall'Avvocatura dello Stato, *presentando apposite relazioni e segnala anche prontamente le eventuali carenze legislative ed i problemi interpretativi che emergono nel corso dell'attività dell'Istituto*».

Essa modifica la precedente normativa. L'art. 15 del testo unico del 1933, riprendendo l'art. 13 del testo unico n. 1303 del 1913, prevedeva solo che l'Avvocato Generale riferisse al Capo del Governo sull'andamento dei lavori dell'Avvocatura dello Stato, presentando apposite relazioni. Quanto la sensibilità per un approccio generale alla gestione del contenzioso fosse presente già quaranta anni fa è dimostrato dalla nota introduttiva della relazione per gli anni 1961-1965. *«Quanta parte abbia avuto in passato, ed oggi l'Avvocatura dello Stato, nell'attuazione della giustizia e nella concreta quotidiana difesa dell'ordinamento è dimostrato dalle periodiche relazioni, che danno la misura dell'opera svolta e dei risultati via via conseguiti durante l'arco di 90 anni, quanti ne conta oggi l'Istituto. Esse non rappresentano l'adempimento di un dovere formale, sancito anche da un progetto legislativo, ma costituiscono l'assidua e continua annotazione di una attività intensa e multiforme che accompagna costantemente lo svolgersi e lo svilupparsi dei nostri ordinamenti giuridici nel loro incessante adeguarsi alle nuove e sempre crescenti esigenze politiche, economiche e sociali determinate dalla costante evoluzione e progresso della comunità nazionale. Periodicamente (ora con regolarità a distanza di cinque anni l'una dall'altra) esse danno a noi l'opportunità di riconsiderare il lavoro compiuto, rivedere tesi ed esporre indirizzi per l'avvenire ed a quanti, per impegni pubblici o forensi, si interessino dell'attività dell'Amministrazione ed all'applicazione delle norme giuridiche che ne regolano lo svolgimento, la possibilità di più ampie conoscenze e migliori approfondimenti*».

Tale relazione quinquennale è stata fatta fino al 1975 con criteri empirici, poi la vorticosa crescita del contenzioso ha impedito che tale adempimento potesse continuare ad essere effettuato per mancanza degli strumenti tecnici. Si pensi, con riferimento ai dati più recenti, che nel 1995 il numero degli affari contenziosi ammontava a 34670 unità, nel 2001 a 47720, mentre gli affari consultivi sono passati da 4329 a 9341.

La modifica legislativa comporta una ridefinizione in senso più pregnante del ruolo e della funzione dell'Avvocatura dello Stato, oltre che come patrocinatore, nella qualità di consulente del Governo. La consulenza riguarda la gestione dei singoli affari e proposte ed indicazioni su discipline di carattere generale da adottare per evitare l'insorgenza di nuovi contenziosi. La competenza consultiva dell'Avvocatura ha natura diversa da quella del Consiglio di Stato. L'art. 100 della Costituzione assegna a tale organo la consulenza giuridico-amministrativa, quindi non ogni consulenza giuridica ma solo quelle che concernono direttamente l'Amministrazione e la propria organizzazione, ma non i rapporti fra amministrazioni ed altre entità soggettive. È invece riservata all'Avvocatura dello Stato l'attività consultiva per le controversie e nelle controversie nel senso che sia che si profili sia che insorga una controversia, che nella fase amministrativa od in quella giudiziale presenti profilo legale, l'esame è di competenza dell'Avvocatura.

Il suddetto quadro normativo non può non essere in relazione con il procedimento di formazione delle leggi o di fonti subordinate. Tale procedimento deve conformarsi alle regole della tecnica legislativa.

Con tale termine si intende:

1) *Legistica* o tecnica legislativa in senso stretto, o *drafting*. È la tecnica che si preoccupa della redazione dei testi normativi dal punto di vista sia del linguaggio comune, sia del linguaggio giuridico nonché della forma esteriore e della migliore organizzazione concettuale.

2) *Analisi di fattibilità o la valutazione legislativa*. È l'insieme delle tecniche che consentono di valutare *ex ante* un testo normativo per verificare, nei limiti del possibile, la sua adeguatezza in termini di risorse materiali, personali, finanziarie, rispetto agli obbiettivi perseguiti e ai risultati sperati e le conseguenze probabili che la sua immissione determinerà nel sistema.

3) *Controllo di gestione*. È l'analisi *ex post*, delle effettive conseguenze e realizzazioni raggiunte dall'applicazione dell'atto normativo.

4) *Analisi delle procedure*. È lo studio sistematico delle procedure adottate o da adottare nella preparazione, redazione e approvazione di un testo normativo al fine di coordinare al meglio e praticare effettivamente tutte le valutazioni implicate dai tre numeri precedenti. Si tratta di un campo strumentale, spesso molto trascurato, che serve a rendere possibili gli altri tre in quanto, se non viene prestata un'attenzione particolare alle procedure, qualsiasi iniziativa è destinata a fallire, non trovando modo di inserirsi nella routine degli organi che si occupano di queste cose.

Dopo le numerose sollecitazioni dell'OCSE con le quali si invitavano gli Stati membri ad adottare sistemi di valutazione della regolazione, al fine di diminuirne i costi di adeguamento a carico di cittadini ed imprese, con la legge 8 marzo 1999, n. 50 – legge di semplificazione per l'anno 1998 – l'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) è stata introdotta anche nell'ordinamento italiano.

*L'art. 5, comma 1, della legge n. 50 stabilisce l'obbligo di effettuare una valutazione dell'impatto sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese in relazione agli schemi di atti normativi adottati dal Governo e dei regolamenti ministeriali e interministeriali. La definizione in concreto, sperimentale, di tempi e modalità di effettuazione dell'analisi viene demandata ad un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da emanarsi entro 60 giorni dall'entrata in vigore della legge. Lo stesso art. 5, al comma 2, prevede, inoltre, che le Commissioni parlamentari competenti possano richiedere, ai fini dello svolgimento dell'istruttoria legislativa, una relazione contenente l'AIR per schemi di atti normativi e progetti di legge al loro esame.*

In realtà, queste disposizioni della legge 50 erano state precedute da alcune importanti modifiche dei regolamenti parlamentari e da due circolari della Presidenza del Consiglio, che ne avevano in un certo senso «anticipato» il contenuto. Basti pensare alle modifiche apportate al regolamento della Camera nell'autunno del 1997, precedute dalle circolari dei Presidenti di Camera e Senato del 10 gennaio 1997, nelle quali si è con chiarezza affermata

la necessità che nell'ambito dell'istruttoria legislativa in commissione debbano essere svolte sia la valutazione di congruità dei mezzi predisposti per conseguire gli obiettivi prefissati, sia l'analisi costi-benefici derivanti dal provvedimento in esame, verificando in particolare i costi per i cittadini, la pubblica amministrazione e le imprese. Si noti che ad oggi nessuna modifica è stata introdotta nel regolamento del Senato in materia di istruttoria normativa ed, in particolare, alla nuova formulazione dell'art. 9, che, al comma 4, prevede che le commissioni in sede referente siano tenute ad esaminare «la definizione degli obiettivi dell'intervento e la congruità dei mezzi individuati per conseguirli, l'adeguatezza dei termini previsti per l'attuazione della disciplina, nonché gli oneri per la pubblica amministrazione». A tale scopo le commissioni sono abilitate a richiedere al Governo dati e informazioni, «anche con la predisposizione di apposite relazioni tecniche».

A tali previsioni il Governo si è almeno in parte adeguato con la circolare 15 aprile 1998 (c. d. «circolare Prodi»), con la quale è stata introdotta, affianco alla relazione illustrativa ed a quella tecnico-finanziaria, la relazione tecnico-normativa per tutti i disegni di legge di iniziativa governativa. La circolare prescrive che nella terza parte di questa relazione gli uffici legislativi dei ministeri proponenti effettuino la valutazione dell'impatto delle norme sulla struttura amministrativa, anche in termini di capacità attuativa da parte delle strutture esistenti, ovvero della necessità di crearne delle nuove. In sostanza con la circolare Prodi è stato stabilito per tutti i disegni di legge di iniziativa governativa, ma non quindi per i decreti legislativi o per i regolamenti governativi, l'obbligo della c.d. «analisi di impatto interno».

Il passo successivo è stato compiuto circa un anno dopo, il 20 marzo 1999 quando l'allora Segretario generale della Presidenza del Consiglio De Ioanna, pochi giorni dopo la pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* della legge n. 50 del 1999, ha integrato la precedente circolare anche con la c.d. «analisi esterna», allegando una scheda di lavoro. L'eshaustività delle relazioni di accompagnamento viene posta dalle circolari richiamate come condizione preliminare per l'iscrizione del provvedimento all'ordine del giorno della riunione preparatoria del Consiglio dei Ministri.

All'art. 5 della legge 50 è stata data attuazione «in via sperimentale e per la durata di un anno» con la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2001. Come si avrà modo di approfondire più avanti, i risultati di questa prima fase di sperimentazione sono stati solo in parte soddisfacenti. Tale direttiva prevedeva un'analisi tecnico normativa (ATN) ed una analisi di fattibilità e dell'impatto della regolamentazione. Le suddette analisi sono contenute in due distinte relazioni che accompagnano gli schemi di atti normativi adottati dal Governo ed i regolamenti ministeriali ed interministeriali. Esse sono trasmesse al DAGL dalle amministrazioni proponenti insieme con la relazione illustrativa e quella tecnico finanziaria ai fini dell'iscrizione nella riunione preparatoria del Consiglio dei Ministri. Durante la fase della sperimentazione le Amministrazioni possono richiedere il supporto tecnico del nucleo, per la semplificazione delle norme e procedure. Se il DAGL, anche su segnalazione del nucleo ritiene carenti od insufficienti l'ATN o l'AIR restituisce lo schema all'Amministrazione proponente con le

osservazioni ed indicazioni operative a cui attenersi. L'ATN verifica l'incidenza e conformità della normativa proposta sull'ordinamento vigente, dà conto della correttezza delle definizioni dei riferimenti normativi contenuti nel testo della normativa proposta nonché delle tecniche di modificazione ed abrogazione.

L'AIR consiste *a)* nella valutazione dell'impatto della regolamentazione sull'organizzazione delle Amministrazioni pubbliche, sui cittadini e le imprese. Inoltre contiene la descrizione degli obiettivi del provvedimento di regolamentazione, delle opzioni alternative nonché la valutazione dei benefici e costi derivanti dalla misura regolatoria.

Nel Settembre 2001 il Presidente del Consiglio ha emanato una nuova direttiva, con la quale ci si ripropone di ridefinire e rendere più efficace la sperimentazione dell'AIR. Essa ha ampliato il novero dei c.d. «casi-pilota» ed esteso l'attività di formazione del personale, responsabilizzato i singoli ministeri nella realizzazione dell'analisi e nello sviluppo delle capacità tecniche all'interno delle amministrazioni, definito le prime modalità di monitoraggio e verifica *ex post* dell'impatto della regolamentazione. La guida strategica della sperimentazione è stata attribuita ad un comitato d'indirizzo presieduto dal ministro della funzione pubblica e composto dal Capodipartimento affari giuridici e legislativi della Presidenza del consiglio dei Ministri, dal Capodipartimento Affari economici, Capoufficio legislativo dipartimento della Funzione Pubblica coordinatore nucleo per la semplificazione delle norme e dal direttore della Scuola Superiore della P.A. Ciascun ministro dovrà indicare un referente per l'analisi di impatto della regolamentazione responsabile nei confronti del comitato dell'andamento e dei risultati della sperimentazione. L'ultima direttiva pertanto ha introdotto modifiche per ottenere una più adeguata qualificazione professionale del personale ed un migliore coordinamento degli uffici deputati all'AIR.

Tanto la Presidenza del Consiglio quanto i singoli ministeri, pertanto, dovrebbero dotarsi di professionalità, unità organizzative, procedure e sistemi di controllo adeguati alla novità dell'AIR. Già la legge 50/1999 prevedeva qualcosa del genere a proposito del Nucleo di semplificazione, che avrebbe dovuto arricchirsi di una serie di professionalità. *Con l'art. 11 della legge 6 luglio 2002, n. 137* (recante «Delega per la riforma dell'organizzazione del Governo e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nonché di enti pubblici»), tuttavia, il Nucleo è stato soppresso (comma 1). È stata poi prevista l'istituzione, presso il Dipartimento della funzione pubblica (comma 2), con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di «*un ufficio dirigenziale di livello generale, alle dirette dipendenze del Ministro per la funzione pubblica e composto da non più di due servizi, con il compito di coadiuvare il Ministro nell'attività normativa ed amministrativa di semplificazione delle norme e delle procedure*». Lo stesso comma prosegue recitando che «*presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sono istituiti non più di due servizi con il compito di provvedere all'applicazione dell'analisi dell'impatto della regolamentazione di cui all'articolo 5 della citata legge n. 50 del 1999, nonché alla predisposizione di sistemi informatici di documentazione giuridica a beneficio delle pubbliche amministrazioni e*

*dei cittadini*». La norma relativa alle risorse umane particolarmente qualificate necessarie per tali compiti, originariamente inserita nella legge 50/1999, si ritrova al comma 3 del medesimo art. 11, legge 137/2002: «*a fini di collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri e con il Dipartimento della funzione pubblica nelle attività di cui al comma 2, sono nominati diciotto esperti, anche nell'ambito di quelli assegnati al Nucleo per la semplificazione alla data di entrata in vigore della presente legge*». Gli esperti, nominati con le modalità di cui all'articolo 31 della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, per un periodo non superiore a tre anni, rinnovabile, sono scelti fra soggetti, anche estranei all'amministrazione, dotati di elevata professionalità nei settori della redazione di testi normativi, dell'analisi economica, della valutazione di impatto delle norme, della analisi costi-benefici, del diritto comunitario, del diritto pubblico comparato, della linguistica, delle scienze e tecniche dell'organizzazione, dell'analisi organizzativa, dell'analisi delle politiche pubbliche.

Alla luce delle novità normative citate, oggi la responsabilità della sperimentazione sull'AIR si intesta al DAGL, coadiuvato dalla Scuola Superiore di Pubblica Amministrazione e dal DAE. Tale normativa, peraltro, è di non facilissima comprensione in alcuni punti. Infatti, per un verso essa conferma che per affrontare compiti delicati come l'AIR è necessario fare ricorso ad una differenziata gamma di professionalità. Per altro verso, però, non si prevede un rapporto stabile, ma piuttosto contratti rinnovabili o provvisorie collocazioni fuori ruolo. È anche possibile che questo possa essere un buon punto di partenza per creare una *task force* di soggetti i quali agiscano per formare sul campo *altri* funzionari, magari già interni all'amministrazione. Avrebbe forse avuto altrettanto senso reclutare (specie in vista della costituzione di un *team* particolarmente qualificato e autorevole presso la Presidenza del consiglio) per concorso alcuni esperti dedicati. Comunque sia, tale norma e la sua interpretazione esula dal nostro oggetto. Tuttavia, è istruttivo considerarla perché a seconda del modo in cui venisse concretamente attuata una norma siffatta, il percorso, i contenuti e i destinatari della formazione e dell'eventuale reclutamento delle risorse umane per l'AIR sarebbero differenti. Torneremo sul punto più avanti.

*Lesame del contenzioso della P.A. costituisce un importante elemento di valutazione sia ai fini dell'attività di drafting che di studio di fattibilità ed AIR.* È bene distinguere l'AIR da altri due strumenti di miglioramento della qualità della normazione: gli studi di *drafting* (o analisi tecnico-normativa: ATN) e l'analisi di fattibilità. Per trattare della qualità della legge si può partire dal presupposto che il legislatore desideri ufficialmente che le norme da lui poste siano attuate piuttosto che inattuato. Un primo ostacolo all'attuazione della legge può essere costituito dalla sua natura di testo che necessariamente è soggetto ad interpretazione. Il testo non è univoco, quanto piuttosto soggetto ad interpretazione, il cui risultato è la norma. I difetti nella redazione delle leggi possono aumentare i dubbi interpretativi che derivano dalla corrispondenza non biunivoca tra testo e norma. Pertanto, nella redazione della legge è preferibile utilizzare tecniche che consentano di ridurre l'ambiguità e la vaghezza del testo.

I problemi legati all'equivocità delle formule usate dal legislatore sono diversi. A parte l'ambiguità o la vaghezza linguistiche, sono difetti legati all'oscurità delle leggi anche: il conferimento di posizioni giuridiche scarsamente giustiziabili, perché l'equivocità favorisce decisioni facilmente riformabili nei successivi gradi di giudizio; la distribuzione di poteri «normativi» agli organi che dovrebbero invece solo applicare la legge oppure agli stessi interpreti; l'ineffettività dell'accesso dei cittadini alla conoscenza delle norme. Ma, forse, si può identificare il più grave difetto nel fatto che l'oscurità nella formulazione delle leggi non garantisce l'uniformità nell'applicazione e la certezza del diritto. Se il linguaggio normativo non è per quanto possibile univoco, ciò mina le condizioni idonee a rendere effettivo il principio d'obbligatorietà della legge, poiché tali condizioni sono, essenzialmente, la conoscibilità e la comprensibilità del testo.

Dunque, un primo aspetto su cui si può incidere per migliorare la qualità di tutta la normazione è quello della sua redazione: la semplicità del linguaggio, la certezza e l'uniformità della terminologia, l'uso di definizioni, l'organizzazione del testo (organica e coerente) ed, infine, lo stesso utilizzo, da parte di tutte le autorità normative, di regole di redazione omogenee, sono i problemi principali ai quali il *drafting* formale cerca di offrire una soluzione.

L'obiettivo di regole per la redazione dei testi normativi (quali quelle recentemente contenute nella circolare del P.C.M. del 20 aprile 2001, n. 1.1.26/10888/9.92 «Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi», e nella Circolare 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/10888/9.92 «Guida alla redazione di testi normativi») è quello di produrre una normazione «chiara», ovvero un testo normativo che trasmetta un messaggio da tutti comprensibile, che non dia luogo ad equivoci o ad interpretazioni fuorvianti e che sia scritto con un linguaggio semplice e piano; l'obiettivo della redazione di un testo che contenga un simile sistema di regole è quello di offrire uno strumento unico, applicabile a tutti gli schemi di atti normativi, che renda univoche ed omogenee le tecniche di redazione di ciascun organismo di normazione.

Alle indicazioni attinenti alla qualità redazionale (*drafting* formale) se ne associano alcune attinenti alla qualità sostanziale dell'atto normativo (c.d. *drafting* sostanziale): il divieto di introdurre «norme intruse», il divieto di modificare parzialmente atti di fonte secondaria con atti aventi forza di legge, la richiesta di omogeneità del contenuto dei singoli articoli. Anche in questi casi, non siamo ovviamente di fronte a regole riguardanti il contenuto e gli effetti dei provvedimenti.

La verifica sulla correttezza della formulazione normativa non va effettuata in astratto perché in tal modo potrebbero sfuggire all'analisi molteplici elementi. Essa (la verifica) si svolge in maniera certamente più adeguata attraverso la verifica sul campo cioè con l'esame dell'attività contenziosa. Solo nell'applicazione pratica infatti si può testare la bontà del dettato normativo quindi con un procedimento induttivo che dai singoli casi risale alla correttezza della formulazione della fattispecie. Quale migliore occasione di individuare le ambiguità della normativa può esistere delle singole prospetta-



zioni avvocatizie? La determinazione delle possibili opzioni interpretative non può che attuarsi nel confronto con la realtà di fatto, sulla base del semplice esame della fattispecie non è possibile prevedere le varie plausibili interpretazioni. Si potrebbe obiettare che tale discorso vale solo per le verifiche *ex post*. In realtà l'analisi del contenzioso è importante per le modifiche di norme preesistenti ai fini della scelta della formulazione normativa più adeguata; se invece si tratta di normative che non si innestino su un contesto già esistente, il contenzioso rimane strumento di analisi importante per gli elementi che è in grado di fornire su fattispecie analoghe. L'esame del contenzioso può fornire dati utili per la scelta in ordine all'intervento normativo da attuare: se innovare il quadro normativo con una nuova disciplina od incidere in via interpretativa con circolari od atti interni dell'Amministrazione.

A differenza del *drafting* formale, che si serve di strumenti tecnico-giuridici per ottenere una certa chiarezza redazionale dell'enunciato normativo, l'analisi di fattibilità opera sulla dimensione organizzativa del diritto e mira all'applicabilità della legge, rimuovendo gli ostacoli che possono essere costituiti dalle strutture amministrative(1). *Drafting* e analisi di fattibilità sono tecniche legislative (non scienze) orientate all'attuazione della legge, poiché entrambe intervengono sugli ostacoli che a quest'obiettivo potrebbero essere opposti, nel primo caso, dalle difficoltà legate all'interpretazione, nel secondo caso dall'inefficienza amministrativa. La fattibilità di ciascuna opzione va valutata in termini di copertura finanziaria, di «copertura amministrativa» (numero di unità di personale, loro distribuzione territoriale, loro idoneità a porre in essere le prestazioni richieste, condizioni contrattuali, tecnologie realisticamente utilizzabili, etc.), di dislocazione delle competenze tra i vari livelli di governo e le diverse istituzioni pubbliche. Una alternativa rilevante, ma praticamente irrealizzabile, sarà da scartare prima di passare alla fase successiva. Tutto ciò richiede, ovviamente, che le amministrazioni «conoscano se stesse», e siano in grado di fornire rapidamente diagnosi fedeli alla situazione di fatto.

Anche sotto tale aspetto il contenzioso pubblico può essere sintomatico dell'inadeguatezza di uffici e strutture amministrative. Se un'amministrazione non motiva i provvedimenti, fa scadere termini di decadenza od ha una litigiosità molto elevata significa che vi sono strutture ed uffici amministrativi inadeguati a dare applicazione ad una determinata legge. Il legislatore nel-

---

(1) (Si ricordi, in primo luogo, la Raccomandazione OCSE sul miglioramento della qualità della regolazione, adottata il 9 marzo 1995, contenente una *check list* articolata in dieci punti. Vanno altresì ricordati il Rapporto OCSE sulla riforma della regolazione (*Report on Regulatory Reform*), approvato il 27 maggio 1997 dai ministri dei paesi membri e la pubblicazione *Regulatory Impact Analysis. Best practices in OECD countries*, sempre del 1997 e la dichiarazione n. 39 adottata dalla Conferenza intergovernativa per la revisione del Trattato sull'Unione europea ed allegata al Trattato di Amsterdam, concernente la qualità redazionale della legislazione comunitaria. Si vedano, infine, le conclusioni del Consiglio europeo di Stoccolma del 23-24 marzo 2001, e in particolare il punto 23, in cui si considera l'AIR come uno strumento fondamentale per una regolazione più chiara, semplice ed efficace.

l'introdurre una nuova legge, che comporti oneri di attività amministrativa per tali uffici, non potrà non tener conto delle risultanze dell'attività contenziosa.

L'intervento normativo, pur redatto in modo chiaro ed efficace, potrebbe essere sostanzialmente incapace di produrre in tutto o in parte gli effetti desiderati. La qualità di un intervento normativo dipende, infatti, anche dalla corrispondenza degli effetti allo scopo, dalla prevalenza dei benefici sui costi che ricadono sui destinatari, dall'assenza di conseguenze indesiderate e di effetti collaterali. In altre parole, l'attuazione dell'atto normativo non dipende soltanto dalla possibilità che sia conosciuto o dalla valutazione del suo impatto sulla pubblica amministrazione ma anche dalla valutazione delle esigenze dei destinatari, dell'obiettivo dell'intervento e dell'impatto sulle imprese e sulla collettività.

La conflittualità fra Amministrazione e cittadini fa emergere tutta una serie di bisogni ed esigenze sociali. Se alla P.A. viene contestata l'illegittimità dell'applicazione di una norma significa che il suo operato non è rispondente ai bisogni espressi. Le controversie giudiziarie costituiscono una fonte molto ricca di dati, che vanno esaminati ed elaborati. L'indagine sulle esigenze economiche e sociali e delle strutture amministrative vengono svolti con le tecniche di rilevazione sociologiche (*focus group, panel*, indagini campionarie); la visione del contenzioso pubblico nella sua globalità secondo la prospettiva del giurista potrebbe costituire utile elemento di integrazione e di confronto con altre professionalità che, a loro volta, potrebbero utilizzare le informazioni sulle controversie della P.A. per una rivalutazione alla luce della loro specifica metodologia professionale.

Certamente allo stato attuale la valutazione sull'andamento generale del contenzioso non rientra nell'attività istruttoria degli uffici ministeriali. Ciò non è neanche possibile perché le risorse umane e materiali dell'Avvocatura dello Stato non hanno permesso di pervenire ad elaborare una visione d'insieme dell'attività dell'Istituto. Ma il nuovo sistema informatico fa intravedere grosse opportunità in merito; bisogna lavorarci alacremente tendendo anche a costruire sinergie con gli uffici legislativi ministeriali per un effettivo coinvolgimento nel procedimento di formazione delle leggi o di fonti subordinate.

*A questo punto, per dare un contributo più concreto, voglio fare un esempio di un contenzioso capitato mi nella mia esperienza professionale e di come nell'esame del medesimo possano applicarsi i parametri dell'analisi economica del diritto, soprattutto nella prospettiva di suggerire al Governo le misure da adottare. Il caso riguarda i procedimenti disciplinari del Ministero della Giustizia conclusi con il decreto di destituzione a seguito di sentenza penale di condanna. Il termine per la definizione del procedimento è di 90 giorni. I ricorsi sono spesso stati accolti dal giudice amministrativo. Sulla questione ho dovuto difendere l'Amministrazione in numerosi giudizi. La quantità dei casi in cui si è rilevato il suddetto vizio è tale da far ritenere che esso derivi da disfunzioni organizzative, non essendosi l'Amministrazione adeguata sotto il profilo di mezzi e personale tempestivamente alla normativa introdotta dalla legge 16 del 1990 che prevede, in caso di giudicato penale, un termine perentorio di soli 90 giorni.*

*Nella vicenda l'atteggiamento dell'Amministrazione è stato quello di difendere strenuamente il proprio operato sostenendo contro giurisprudenza sfavorevole la non perentorietà del termine. La tendenza è di attendere la decisione del giudice di primo grado prima di riammettere il dipendente in servizio. Se tale fenomeno si analizza con le regole dell'analisi economica si può notare che l'operato dell'Amministrazione è improntato a criteri assolutamente estranei alla valutazione del rapporto costi-benefici. I costi consistono negli adempimenti tecnico amministrativi necessari per istruire ed affrontare il giudizio avanti al TAR; nelle spese sostenute dall'erario e nella condanna – subita solo raramente in realtà – alla rifusione delle spese legali da parte dell'Amministrazione, nelle procedure amministrative necessarie per la riammissione in servizio del dipendente, nel pagamento degli stipendi arretrati nel periodo in cui non è stata in servizio fra il decreto di destituzione e l'annullamento del TAR. A tali voci si può aggiungere anche una richiesta di risarcimento di danno da parte del dipendente leso dalla condotta colposa dell'Amministrazione. Poi vi è il danno sociale di dover mantenere in servizio personale non meritevole od addirittura nocivo per il buon andamento del servizio. Applicando i parametri dell'analisi economica, occorre minimizzare i costi eliminando i fattori di distorsione (cosiddetti costi di transazione) dell'irrazionalità dei comportamenti e dell'opportunismo istituzionale. Ciò impone un annullamento immediato del decreto subito dopo la notifica del ricorso, il potenziamento dei mezzi dell'ufficio ministeriale per evitare il ripetersi delle suddette disfunzioni, la previsione di circolari o disposizioni interne rigorose per il personale affinché rispetti i termini ed infine valutazione sull'impatto della normativa che ha abbreviato i termini del procedimento disciplinare sull'Amministrazione.*

*Esempi analoghi si potrebbero fare anche per i casi di violazione legge 241 del 1990 sull'avviso del procedimento oppure sulla non adeguata motivazione degli atti amministrativi od avvisi di accertamento.*

## Il risarcimento del danno ambientale

*di Gianni Carlo Ferrero  
e Flavia Riso (\*)*

### *Premessa.*

Le finalità perseguite dal legislatore nazionale con l'istituzione di una specifica azione risarcitoria del danno ambientale sono ben lungi dall'essere raggiunte.

Se in dottrina e giurisprudenza l'incertezza interpretativa rende estremamente difficoltosa l'applicazione delle norme, le insufficienze organizzative, la carenza di coordinamento, l'assenza di un preciso disegno politico-istituzionale hanno ridotto al limite fallimentare l'azione risarcitoria ed il recupero dei crediti relativi.

Il pregiudizio all'ambiente ha da tempo la consistenza dell'epidemia tanto è diffuso, penetrante, ripetuto il fenomeno contro cui mancano adeguate cure istituzionali.

Non esiste un vero e proprio centro di raccolta dei dati relativi al danno ambientale, centro e periferia si muovono per lo più (quando si muovono) in piena autonomia e separatezza, senza una visione unitaria e con spreco di molta energia.

Per le ipotesi più gravi costituenti reati la notifica dei relativi procedimenti viene effettuata genericamente al Ministero, alla Regione, alla Provincia, al Comune, tutti nella loro qualità di parte offesa.

Gli enti territoriali in genere non forniscono spontaneamente notizie sugli inquinamenti, mentre le Avvocature dello Stato si limitano per lo più a trasmettere con un modulo di accompagnamento le relative comunicazioni (ragione per cui è inopportuno continuare a notificare gli atti giudiziari presso le Avvocature dello Stato, anziché direttamente al Ministero con un notevole risparmio di tempo e di attività).

Il Ministero, non avendo come accennato, organi periferici, è costretto ad assumere informazioni presso altri uffici dello Stato o degli Enti territoriali.

In particolare, i Comuni e le Province, su cui incombe prevalentemente la tutela preventiva e repressiva dell'ambiente, provvedono al controllo, al ripristino (indiretto o diretto) ed all'applicazione delle sanzioni amministrative (notevolmente aumentate a seguito della depenalizzazione).

Di tutta questa attività, compreso quella sanzionatoria, non sempre viene informato il Ministero, neppure nelle ipotesi in cui ciò è espressamente previsto dalla legge (vedi art. 58 comma 3 del d.lgs. 152/1999).

Diretta conseguenza di quanto sopra accennato è lo sporadico e limitato esercizio dell'azione di risarcimento del danno ambientale.

---

(\*) *Cultrice di diritto pubblico all'Università di Torino e Funzionario addetto alla Tutela Ambiente della Provincia.*

Non può, dunque, non sottolinearsi la positiva ed importante iniziativa e successiva sperimentazione promossa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia con la fattiva collaborazione del Ministero dell'Ambiente — ANPA.

L'organizzazione periferica tecnico-giuridica creata *in loco* ha consentito di promuovere non poche azioni risarcitorie con risultati brillanti.

La via indicata dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Venezia appare la più idonea e induce a riflettere sull'assoluta necessità di rivedere «*funditus*» l'intero sistema legislativo ed amministrativo affinché l'azione risarcitoria sia effettiva ed uniforme. (1)

*Il concetto di ambiente e di danno ambientale.*

Per le ragioni indicate e per le specifiche finalità di questo intervento ci si limiterà ad individuare il concetto di ambiente generalmente oggi accolto in dottrina e giurisprudenza (2).

Come è noto l'ambiente è da tempo assunto a categoria giuridica di bene pubblico, autonomo, immateriale, unitario costituente diritto fondamentale della collettività e come tale espressamente riconosciuto e tutelato da specifiche disposizioni normative (3).

L'ambiente, dunque, sebbene sia formato da tutta una serie di altri beni (già di per sé tutelati) si distingue nella sua unitaria peculiarità da questi e, come accennato, assume una propria autonomia ontologica quale valore essenziale per la collettività, bene senza mercato, ma economicamente rilevante e valutabile.

Anche il concetto di danno ambientale va visto esclusivamente nel suo aspetto meramente giuridico quale può desumersi dalle diverse disposizioni legislative che lo disciplinano in relazione anche alla compatibilità tra l'interesse all'integrità dell'ambiente ed altri interessi ritenuti ugualmente fondamentali (es. quello urbanistico, quello industriale, quello delle infrastrutture, quello turistico).

Il carattere dannoso o meno di un'attività che abbia un impatto sull'ambiente deve essere verificato, non già in astratto, ma in concreto e in rapporto alle disposizioni normative che regolano la materia, consentendo o vietando la condotta in esame.

Ciò che in questa sede viene in rilievo non è il pregiudizio dei singoli beni che concorrono a formare l'ambiente (come il paesaggio, la salute, la fauna, ecc), ma quest'ultimo nella sua unicità e globalità caratterizzato dalla specificità della sua funzione nell'interesse della collettività.

Quindi il danno ambientale ha una sua propria fisionomia anche se il più delle volte lede altri beni e interessi (l'illecito causativo del danno ha infatti carattere plurioffensivo).

---

(1) A. DE STEFANO in questa *Rassegna*, gennaio-marzo 2003, 302.

(2) A. DE STEFANO, *cit.*

(3) Corte costituzionale 22 maggio 1987, n. 210, in *Riv. Giur. Amb.* 1987, 334; Cass. 25 gennaio 1989, n. 440, in *Corr. Giur.* 1989, 508.

Si tenga infine presente che, come precisato dalla Suprema Corte (4) e come si desume dallo stesso art. 18 citato, si ha danno ambientale e la conseguente responsabilità ogni qual volta si verifichi una alterazione, un deterioramento, una distruzione, in tutto o in parte dell'ambiente.

In altri termini, si ritiene che non basti la violazione puramente formale della normativa in materia di inquinamento, ma occorre che si sia concretamente verificata la compromissione dell'ambiente (5).

*Il fondamento giuridico del risarcimento del danno ambientale.*

Una parte della dottrina ritiene che il risarcimento del danno ambientale trovi il suo fondamento nella legge 8 luglio 1986, n. 349.

L'art. 18 della legge citata dispone che *qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato.*

In realtà, tale articolo svolge, in gran parte, una funzione ricognitiva.

Infatti, nel nostro ordinamento giuridico, la protezione dell'ambiente è già prevista dalla Costituzione che, quindi, conferisce all'ambiente un valore assoluto e primario (artt. 9 e 32).

Pertanto, anche prima della legge citata, la Costituzione e la norma di cui all'art. 2043 c.c. potevano fornire all'ambiente una tutela giuridica.

L'art. 18 citato, oltre a sancire la legittimazione all'esercizio dell'azione di tutela ambientale dello Stato nonché degli altri enti pubblici territoriali *sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo*, ha definito e tipizzato l'illecito ambientale, in ciò prospettando in modo nuovo e specifico la tutela dell'ambiente, di qui la sua peculiarità ed importanza giuridica.

Dopo l'istituzione del Ministero dell'Ambiente il legislatore più recente ha accentuato la specificità della tutela dell'ambiente, evidenziando ulteriormente aspetti pubblicistici e sanzionatori preesistenti.

Si veda in proposito l'art. 17 del d.lgs. 22/1997 che dispone: *chiunque cagiona, anche in maniera accidentale, il superamento dei limiti di cui al comma 1, lettera a), ovvero determina un pericolo concreto ed attuale di superamento dei limiti medesimi è tenuto a proprie spese agli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale delle aree inquinate e degli impianti dai quali deriva il pericolo di inquinamento.*

Come si desume dallo stesso testo letterale il legislatore ha introdotto una forma di responsabilità molto più aggravata rispetto a quella di cui al citato art. 18 che richiedeva per la sussistenza della responsabilità il dolo o la colpa (cioè i classici elementi soggettivi).

Infatti, l'art. 17 fa esplicito riferimento anche alla mera accidentalità (quindi senza colpa) del fatto inquinante (sia pure solo in tema di rifiuti).

---

(4) Cass. 1° settembre 1995, n. 9211.

(5) Cass. Penale, Sez. III, 14 gennaio 2002, n. 1145.

Per quanto riguarda poi la specifica materia del danno alle risorse idriche il d.lgs. 152/1999 prevede, per la prima volta, all'art. 58, comma 3, *ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno*, non eliminabile con la bonifica e con il ripristino ambientale, la quantificazione del medesimo in via presuntiva, in misura *non inferiore alla somma corrispondente alla sanzione pecuniaria amministrativa ovvero alla sanzione penale, in concreto irrogata*.

Il principio introdotto dal Decreto citato ha una notevole rilevanza innovativa e sottolinea il carattere pubblico dell'azione risarcitoria.

Molto significativa è, al riguardo, la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 gennaio 2002 nella quale si definisce il quadro giuridico comunitario per la prevenzione e la riparazione del danno ambientale (6).

#### *Legittimazione ad agire e titolarità del diritto al risarcimento.*

Il legislatore non sembra essersi preoccupato della complessa problematica riguardante la titolarità dell'azione e del diritto al risarcimento del danno ambientale.

Prescindendo da ogni dibattito dottrinale, ci si limita in questa sede ad evidenziare le incongruenze e le incertezze oggi più frequenti.

L'art. 18 della legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente attribuisce allo Stato in via principale, ma non esclusiva, la titolarità dell'azione.

Trattandosi di un'azione volta al recupero di un credito pubblico, deve, in linea di massima, ritenersi obbligatoria, non essendo ammissibile una sua preventiva rinuncia.

Peraltro non può negarsi all'amministrazione competente il potere di valutare la sussistenza o meno dei presupposti giuridici e di opportunità (al di sotto di una determinata soglia di valore potrebbe non essere conveniente iniziare un giudizio).

L'astensione dovrebbe comunque essere motivata come qualsiasi altro atto di esercizio del potere discrezionale.

Altrettanto delicata è la posizione degli enti territoriali che intendono promuovere od intervenire in un giudizio risarcitorio.

Come si è visto, l'art. 18 della legge 349/1986 dispone che *l'azione è promossa dallo Stato, nonché dagli altri enti territoriali sui quali incidono i beni oggetto del fatto lesivo*.

Dal tenore letterale dell'articolo non dovrebbero esserci dubbi sulla legittimazione sia dello Stato che degli Enti territoriali.

Dubbi sussistono invece sulla alternatività o concorrenza delle due legittimazioni.

---

(6) Vedasi in proposito il parere del Comitato economico e sociale pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* delle CE del 7 ottobre 2002.

I sostenitori della concorrenza si basano prevalentemente, al di là del testo normativo, sulla circostanza che il danno ambientale incide su di un determinato contesto territoriale che è elemento costitutivo dell'ente e quindi, parte integrante del diritto di personalità.

Altro argomento a favore di questa tesi può ricavarsi dall'art. 4 della legge 3 agosto 1999, n. 265 e dall'art. 9 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 che prevedono (in ciò innovando l'art. 18 citato) la possibilità delle Associazioni di protezione ambientale di proporre le azioni risarcitorie che spettano al Comune ed alla Provincia in materia ambientale, stabilendo che l'eventuale risarcimento venga liquidato in favore dell'ente sostituito.

Con ciò il legislatore sembra riconoscere la legittimazione *tout cour* degli enti territoriali ritenuti titolari del corrispondente diritto.

Sempre nella stessa direzione va inoltre segnalata la legge Regionale del Piemonte 7 aprile 2000, n. 42 che all'art. 12 attribuisce l'azione di recupero delle spese sostenute per gli interventi e l'azione di rivalsa alla Provincia o al Comune.

L'art. 14 prevede poi che la Giunta Regionale, in accordo con gli altri enti territoriali competenti, partecipi alla quantificazione del danno ambientale di cui all'art. 18.

A favore della legittimazione piena della Regione è la Corte Costituzionale (7), nonché la Cassazione sia penale (8) che civile (9), oltre alcuni giudici di merito (quest'ultimi con non poca disuniformità (10)).

Va da ultimo segnalato, a favore di tale tesi, il caso Enichem in cui per il ristoro dei danni arrecati dall'inquinamento la società ha raggiunto un accordo transattivo erogando 2 miliardi e mezzo di lire alla Regione Lombardia e 1 miliardo di lire alla Regione Piemonte.

L'altra tesi ritiene che vi sia una sola legittimazione sostanziale (comprensiva della titolarità del diritto risarcitorio) a favore dello Stato, basandosi sul primo comma dell'art. 18, che recita *qualunque fatto doloso o colposo ... che comprometta l'ambiente ... obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato*.

Tale indirizzo, secondo gli autori che negano la titolarità di un autonomo diritto al risarcimento del danno in capo agli enti territoriali, sembrerebbe trovare una conferma positiva nel d.lgs. 112/1998 che ha espressamente mantenuto in capo allo Stato *l'esercizio dei poteri statali di cui all'articolo 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349*.

L'indirizzo giurisprudenziale tende verso la prima tesi, cioè quella che riconosce agli enti territoriali un autonomo diritto al risarcimento del danno.

---

(7) Corte costituzionale, 12 aprile 1990, n. 195, in *Riv. Giur. Ed.* 1999, I, 483.

(8) Cass. Penale, Sez. III, 20 dicembre 2002, n. 43238; Cass. Penale, 24 gennaio 1989, in *Cass. Pen.*, 1989, 2050.

(9) Cass. Civile, 12 febbraio 1988, n. 1491, in *Giust. Civ.*, 1988, 818; Cass. 17 gennaio 1991, n. 400, in *Giust. Civ.*, 1991, 1190.

(10) Pret. Rovigo, 4 dicembre 1989, in *Foro it.*, 1990, II, 517.



Il rischio che si corre nell'accogliere tale orientamento è quello di una duplicazione delle azioni, una in capo allo Stato e una in capo all'ente territoriale.

Il Consiglio di Stato sul punto, con il parere 426 del 18 maggio 2001, ha affermato che il comma 3 dell'art. 18 ha introdotto per gli enti territoriali, una tipica ed eccezionale forma di sostituzione processuale allo Stato stesso.

L'ente agirebbe così in nome proprio, come la legge consente di fare, ma per affermare un diritto dello Stato.

Si tratterebbe, secondo il Consiglio di Stato, di una forma di legittimazione ad agire straordinaria, perché non correlata al diritto sostanziale che si afferma lesa e alla pretesa risarcitoria che vi è connessa.

Se si accogliesse la tesi che nega la titolarità del diritto in capo all'ente territoriale, le conseguenze non sarebbero meno rilevanti.

In primo luogo lo Stato dovrebbe essere sempre individuato quale litisconsorte necessario nei cui confronti il contraddittorio dovrebbe essere integrato.

In secondo luogo la transazione per il danno ambientale per opera di un ente territoriale, senza la partecipazione o quantomeno il consenso dello Stato, non potrebbe avere luogo.

Infine non può tacersi che gli enti territoriali, consapevoli di non poter conseguire alcun risarcimento, saranno meno incentivati ad agire e ad affrontare le spese del giudizio.

*Le fonti di informazione che consentono l'esercizio dell'azione risarcitoria e le concrete difficoltà ad esercitarla.*

Tra le cause che influiscono negativamente sul concreto esercizio dell'azione risarcitoria va annoverata l'insufficiente informazione dei fatti che pregiudicano l'ambiente.

Di norma al Ministero dell'Ambiente pervengono, in modo alquanto sporadico, notizie di inquinamento di un certo rilievo dai rapporti dei vari organi articolati sul territorio e predisposti anche a questo fine (es. Nucleo Operativo Ecologico dei Carabinieri, Corpo Forestale dello Stato, Guardia di Finanza).

Quando i fatti dannosi costituiscono reato gli uffici giudiziari, con criteri non sempre uniformi, notificano alla parte offesa (Ministero dell'Ambiente, Regione, Provincia, Comune) l'avviso di inizio di un procedimento penale.

Il più delle volte la notifica viene effettuata presso l'Avvocatura dello Stato territorialmente competente nella sua veste di domiciliataria e legale rappresentante del Ministero.

Una prassi di dubbia correttezza giuridica (non rientrando la fattispecie nelle ipotesi di cui all'art. 11 del r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611 e all'art. 44 c.p.c.) e di sicura inopportunità.

Infatti l'Avvocatura dello Stato, che ignora i fatti su cui si basa il giudizio, si limita ad inoltrare al Ministero con un modulo di stile, l'avviso notificatogli.

Il Ministero dovrebbe procedere ai necessari accertamenti (impresa non facile in assenza di articolazioni periferiche del Ministero, in carenza di organi accertatori e in mancanza di un effettivo coordinamento) comunicando all'Avvocatura dello Stato l'opportunità di costituirsi parte civile.

Richiesta che, come è noto, deve essere «autorizzata» dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Una procedura lunga, dispendiosa, spesso inutile o perché processualmente tardiva o perché l'Avvocatura dello Stato in cronica povertà di organico non è in grado di intervenire in giudizio e di parteciparvi con la dovuta attenzione.

Le stesse mancanze e difficoltà si presentano anche per la pur possibile autonoma azione risarcitoria in sede civile, in cui peraltro l'onere probatorio può risultare più impegnativo e l'esito può essere indirettamente pregiudicato dalla decisione penale.

*I criteri di quantificazione del danno. Risarcimento in forma specifica e per equivalente. Danno patrimoniale danno morale. Liquidazione, forme di recupero e destinazione delle somme introitate.*

Mancano a livello legislativo norme che stabiliscano criteri precisi per la quantificazione del danno ambientale; quando quest'ultima risulti impossibile, viene previsto che sia il giudice a determinarne l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto, così come disposto dall'art. 18, comma 6, *della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali.*

In linea di massima, ragioni funzionali e logiche fanno ritenere preferibile il risarcimento in forma specifica che si concretizza, come recita il comma 8 dell'art. 18, *nel ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile.*

Anche il legislatore con l'art. 17 del d.lgs. 22/1997 e l'art. 58 del d.lgs. 152/1999 ha dimostrato di preferire tale tipo di risarcimento.

Entrambe le disposizioni normative, l'una in materia di rifiuti, l'altra in materia di acque, prevedono in capo al responsabile dell'inquinamento l'obbligo di procedere agli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale delle aree inquinate.

Qualora poi i responsabili non provvedano ovvero non siano individuabili, tali interventi, così come disposto dal comma 9 dell'art. 17, sono realizzati d'ufficio dal Comune territorialmente competente e, ove questo non provveda, dalla Regione che si avvale anche di altri Enti pubblici.

Normalmente con la bonifica il danno ambientale viene eliminato, tuttavia le disposizioni normative citate non escludono la possibilità di proporre l'azione di risarcimento per il danno eventualmente residuo (si veda in proposito il comma 2 dell'art. 58 e il decreto ministeriale 471/1999 attuativo dell'art. 17).

In conformità ai principi generali il danno può essere patrimoniale, cioè determinare l'effettiva compromissione dell'ambiente, compresi tutti gli oneri sopportati dalle pubbliche amministrazioni per conservare l'integrità dello stesso (quindi una valutazione di tipo economico nel senso più ampio).

Il danno è determinato facendo ricorso ad una serie di elementi che *consentono di misurare l'ambiente in termini economici*, tra cui i costi relativi alla *funzione di polizia che regolarizza l'attività dei soggetti e crea una sorveglianza sull'osservanza dei vincoli* (11).

Al danno patrimoniale si aggiunge il danno morale, inevitabilmente peculiare essendo rapportato ad un ente pubblico, che si concretizza nel pregiudizio all'immagine dell'ente nella sua capacità e funzionalità istituzionale (12).

Deve ritenersi secondo l'orientamento prevalente che la pubblica amministrazione ha l'onere di fornire la prova concreta del danno subito, eventualmente facendo anche riferimento al costo sopportato per il ripristino e al profitto conseguito dal trasgressore; solo nell'ipotesi in cui non sia possibile quantificare il danno potrà essere richiesta al giudice la liquidazione secondo equità (liquidazione che comunque deve in qualche modo essere motivata).

L'accenno legislativo all'intensità del dolo e della colpa evidenzia la natura pubblica e in parte di carattere sanzionatorio del risarcimento.

Si tenga presente che le difficoltà probatorie sono superate, nella specifica materia delle acque, dall'art. 58 del D.Lgs. 152/1999, che ha dettato dei criteri precisi per la quantificazione del danno ambientale, prevedendo che nel caso in cui non sia possibile una sua quantificazione, lo stesso *si presume di ammontare non inferiore alla somma corrispondente alla sanzione pecuniaria amministrativa, ovvero alla sanzione penale, in concreto applicata*.

A seguito dell'accertamento del danno, vi sono differenti azioni percorribili dall'Amministrazione.

Quest'ultima potrà costituirsi parte civile nel processo penale, ovvero agire autonomamente in sede civile.

Sempre in sede civile l'Amministrazione, qualora sia in possesso di un valido titolo esecutivo, quale la sentenza di condanna ovvero il provvedimento amministrativo di irrogazione della sanzione amministrativa (in materia di acque) potrà presentare ricorso per decreto ingiuntivo (13) e, se ci sono gli estremi del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* potrà agire in sede cautelare.

Va infine segnalato che le somme introitate a seguito dell'azione di risarcimento dovrebbero essere, con apposita e generale disposizione legislativa, destinate specificamente al reimpiego nel campo ambientale (in proposito va evidenziato che il legislatore nel d.lgs. n. 22 del 1997, nella legge n. 426 del 1998, nonché nel d.lgs. n. 152 del 1999 già prevede che gli introiti delle sanzioni amministrative siano destinati ad interventi nel settore ambientale).

---

(11) Corte Costituzionale n. 641 del 30 dicembre 1987.

(12) Cass. Penale, Sez. III, 19 marzo 1993.

(13) Decreto Ingiuntivo del 30 settembre 2003 del Giudice di Pace di Venezia.

*Conclusioni.*

Le conclusioni, allo stato delle cose, non possono che essere negative.

Una vasta area di danno ambientale sfugge all'azione risarcitoria, procurando un grave pregiudizio alla collettività ed alle casse erariali.

Le cause sono diverse: molto sinteticamente sono riconducibili alla legislazione vigente e all'attuale organizzazione.

Si avverte la necessità di una nuova, più chiara, meno settoriale e più armonica disposizione normativa che riconfermi la centralità dello Stato nella titolarità del diritto al risarcimento del danno ambientale e, quando ne sussistano i presupposti, la concorsualità degli enti territoriali per pregiudizi loro propri, non coincidenti con il primo, anche per evitare duplicazioni risarcitorie.

Va istituita o potenziata una «banca dati» presso il Ministero dell'Ambiente su cui far convergere tutte le informazioni del caso, coinvolgendo enti ed organi territoriali, in particolar modo l'A.R.P.A. che già svolge con successo il proprio lavoro di controllo e denuncia.

Il centro operativo del Ministero debitamente rafforzato dovrebbe valutare le informazioni, effettuare le istruttorie del caso, coordinare e promuovere le azioni in stretto rapporto (in quest'ultima fase) con l'Avvocatura dello Stato.

Un'articolazione periferica, simile a quella sperimentata a Venezia, avrebbe certamente un significato, valore ed efficacia estremamente positiva.

Agli uffici giudiziari dovrebbe essere richiesto di notificare sempre direttamente al Ministero come parte offesa l'avviso di inizio del procedimento penale.

Per rendere, poi, veramente concreta ed efficace l'azione di risarcimento del danno ambientale, con notevoli benefici anche per le casse pubbliche, andrebbe congruamente aumentato l'organico degli Avvocati dello Stato in modo da rendere possibile ed uniforme la loro partecipata presenza nei giudizi penali e civili.

Con l'attuale organico e con il numero di contenziosi e consultivi (spesso di scarso rilievo giuridico) gravanti sull'Avvocatura dello Stato è impensabile un'attiva, massiccia e coordinata partecipazione degli Avvocati dello Stato, interlocutori giudiziari principali e necessari del Ministero dell'Ambiente.

In caso contrario o di mera, appariscente riforma gattopardesca, il danno ambientale continuerà a restare sostanzialmente impunito, oggetto di discussione teorica di esclusivo interesse dottrinario.

Va da sé che un'adeguata riforma comporta un'altrettanta adeguata presa di coscienza politica dell'importanza della tutela dell'ambiente e del suo omonimo Ministero.

## Aiuti di stato mediante misure fiscali: l'esperienza italiana (\*)

*di Gianni De Bellis*

Nell'esperienza italiana non sono moltissimi i casi in cui la Commissione è intervenuta per contestare la compatibilità con il Trattato di aiuti concessi mediante agevolazioni fiscali.

Mi limiterò di seguito ad una esposizione dei casi più rilevanti, precisando di volta in volta l'esito della procedura. Talvolta infatti la Commissione dopo avere avviato il procedimento di cui all'art. 88 del Trattato è pervenuta alla decisione di ritenere gli aiuti compatibili in tutto o in parte; in altri casi li ha autorizzati subordinandoli a particolari condizioni. Tali decisioni a loro volta sono state in alcuni casi impugnate dal Governo italiano davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (anche se con esiti per lo più favorevoli alla Commissione).

### *Aiuti agli autotrasportatori*

Una vicenda di aiuti concessi mediante misure fiscali di cui si è occupata più volte sia la Commissione che la Corte di Giustizia, è quella che riguarda le agevolazioni concesse agli autotrasportatori.

La Commissione con la decisione n. 93/496/CEE del 9 giugno 1993, ritenne incompatibili gli aiuti concessi alle imprese di trasporto italiane sotto forma di crediti d'imposta con il decreto ministeriale 28 gennaio 1992.

Tale decisione non venne impugnata dal Governo italiano sull'erronea convinzione che, effettuata una lieve modifica normativa, la Commissione avesse chiuso favorevolmente la vicenda. Invece non fu così e la Commissione adì la Corte che con sentenza 29 gennaio 1998 (in causa C-280/1995), accolse il ricorso diretto a far dichiarare l'inadempimento della Repubblica italiana per la mancata esecuzione della suddetta pronuncia.

Nel frattempo con la decisione 97/270/CE del 22 ottobre 1996 la Commissione si pronunciava di nuovo negativamente in ordine alla compatibilità con il Trattato di ulteriori aiuti concessi agli autotrasportatori anche negli anni 1993 e 1994.

Il Governo italiano stavolta propose ricorso alla Corte di Giustizia, che lo respinse con la sentenza 19 maggio 1999 (in causa C-6/1997).

La vicenda sembra essere giunta al suo epilogo. Di recente il parlamento ha approvato il decreto-legge n. 36/2002 convertito nella legge n. 96/2002 con il quale è stato disposto il recupero delle somme concesse a favore degli autotrasportatori in violazione del Trattato. Peraltro da notizie di questi

---

(\*) Testo della relazione svolta al Convegno «*Aiuti di Stato nel Diritto Comunitario e misure fiscali*», tenutosi a Roma il 17 settembre 2003 presso l'Aula Magna della Corte di Cassazione e già pubblicato in *Rassegna Tributaria*, 2003, n. 6-bis.

giorni, sembra che siano sorte difficoltà per la concreta attuazione delle nuove norme al punto che la Commissione minaccia di adire nuovamente la Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 228 del Trattato.

Per la verità si era in un primo momento posto il problema della concreta possibilità di recupero degli aiuti concessi, in quanto erano nel frattempo decorsi i termini per rettificare le dichiarazioni dei redditi dei beneficiari.

Trattandosi infatti di agevolazioni sotto forma di crediti d'imposta di cui i beneficiari usufruivano in occasione degli obblighi di versamento di altri tributi (con cui i crediti potevano essere compensati), erano decorsi i termini perentori previsti dalle singole leggi d'imposta per la rettifica delle dichiarazioni.

Ciò rischiava di esporre l'Amministrazione ad un contenzioso dal probabile esito negativo.

Non appariva d'altronde possibile però, evitare l'esecuzione sia delle decisioni della Commissione che della Corte di Giustizia.

Proprio per tale motivo lo Stato si è dotato dello strumento giuridico necessario per procedere al recupero, introducendo una normativa *ad hoc* con il decreto-legge n. 36/2002.

Con tale decreto il legislatore ha qualificato espressamente il credito da recuperare, già concesso «*nella forma del riconoscimento di un credito di imposta*» (come recita l'art. 1 comma 1), come un credito di natura civilistica.

Si afferma infatti espressamente al successivo comma 3, che «*In ragione della natura del credito che consegue alle decisioni ed alle sentenze indicate nel comma 2, corrispondente alle somme rese disponibili a favore degli autotrasportatori a parziale copertura dell'incremento dei costi da essi subiti nei periodi di imposta per gli anni 1992, 1993 e 1994, l'attività di recupero delle predette somme è affidata al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*». È evidente che se il credito avesse avuto natura tributaria alla sua riscossione avrebbe provveduto l'Agenzia delle Entrate.

Dopo una procedura diretta ad individuare i destinatari dei benefici da recuperare, ai quali viene previsto debba essere data previa comunicazione per eventuali osservazioni e produzione di documenti, si prevede che il Ministero provveda entro il 15 ottobre 2002 a richiedere espressamente il pagamento.

Decorsi 60 giorni l'art. 3 prevede che «*il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti propone all'autorità giudiziaria domanda di ingiunzione, ai sensi degli articoli da 633 a 656 del codice di procedura civile. In caso di rateizzazione, a fronte del mancato pagamento anche di una sola delle rate, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti provvede, senza indugio, a proporre domanda di ingiunzione*».

La previsione del ricorso alle regole del c.p.c. (decreto ingiuntivo), sembrerebbe escludere altre modalità di riscossione già previste per le entrate patrimoniali. Ritengo però che, nonostante la mancata previsione espressa, sia comunque consentito all'Amministrazione agire ai sensi del R.D. n. 639/1910 (recante «*Approvazione del testo unico delle disposizioni di legge relative alla riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato*») e di procedere

alla successiva iscrizione a ruolo delle somme dovute, ai sensi dell'art. 21 del D.Lgs. n. 46/1999 (recante «*Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, a norma dell'articolo 1 della L. 28 settembre 1998, n. 337*»).

Non si comprenderebbe infatti per quale motivo tali disposizioni, applicabili per la riscossione di tutte le entrate patrimoniali, non potrebbero essere utilizzate solo per i rimborsi delle agevolazioni in esame, considerato che per espressa disposizione legislativa tali somme vengono di fatto considerate entrate patrimoniali (e non tributarie).

#### *Aiuti alle banche e alle fondazioni.*

Con la decisione 11 dicembre 2001 n. C54/A/2000 EC, la Commissione delle Comunità Europee ha considerato come aiuti di Stato una serie di disposizioni in favore del sistema bancario, contenute negli artt. 16 commi 3 e 5, 22 comma 1, 23 comma 1, 24 comma 1 e 27 comma 2 del D.Lgs. 17 maggio 1999 n. 153 emesso sulla base della legge delega n. 461/1998.

In estrema sintesi le agevolazioni fiscali prevedevano:

a) la riduzione al 12.5% dell'IRPEG per 5 periodi di imposta consecutivi per le banche che effettuavano una fusione o un'analoga operazione di ristrutturazione, purché gli utili fossero destinati (in una certa misura), ad una riserva speciale non distribuita per 3 anni;

b) la neutralità fiscale per le operazioni di retrocessione all'ente conferente di beni e cespiti non strumentali, già conferiti alle aziende bancarie in base alla legge n. 218/1990;

c) l'applicazione di un'imposta fissa in luogo delle imposte di registro, INVIM, ipotecarie e catastali;

d) analoga esenzione per il trasferimento dalle società conferitarie alle fondazioni bancarie delle partecipazioni al capitale della Banca d'Italia.

Il periodo interessato riguardava gli anni dal 1998 al 2000, in quanto su richiesta della Commissione il Governo, con la nota 3 aprile 2000 dichiarò di sospendere le agevolazioni fiscali di cui al D.Lgs. n. 153/1999.

Trattandosi però di una dichiarazione congiunta dei Ministeri del tesoro e delle finanze (non ancora fusi nell'attuale Ministero dell'economia e delle finanze), si era sostenuto in dottrina che tale atto non avrebbe potuto giuridicamente sospendere gli effetti di una norma primaria.

La questione era di un certo interesse, in quanto si sarebbe potuto sostenere che l'obbligo di sospensione derivava direttamente dal Trattato, il cui art. 88 al paragrafo 3 prevede espressamente che nel caso in cui la Commissione inizi la procedura di cui al paragrafo 2 «*lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto ad una decisione finale*».

È vero che nella fattispecie le misure erano già in vigore. Ma la Corte di Giustizia nella sentenza 9 ottobre 2001 (emessa in causa C-400/1999) ha precisato che (punto 62) «*qualora la Commissione avvii il procedimento di cui all'art. 88, n. 2, CE nei confronti di una misura in corso di esecuzione da essa qualificata come aiuto nuovo, mentre lo Stato membro interessato*

*sostiene che essa costituisce un aiuto esistente, la scelta operata dalla Commissione comporta effetti giuridici autonomi, segnatamente per quanto riguarda la sospensione della misura considerata».*

In altre parole l'obbligo di sospendere gli effetti delle misure è automatico; se si considera che il ricorso alla Corte di Giustizia avverso il provvedimento della Commissione a norma dell'art. 242 del Trattato non ha effetti sospensivi, si poteva anche ritenere (sulla base dei principi enunciati dalla Sezione Tributaria della Suprema Corte nella sentenza 10 dicembre 2002 n. 17564), che i diritti nascenti dalle norme «*incrimate*» non potevano essere azionati in via giudiziaria, per esserne gli effetti sospesi in forza dell'ordinamento comunitario.

In ogni caso qualsiasi dubbio in proposito è stato eliminato con l'art. 5 del decreto legge n. 63/2002 che ha sospeso le agevolazioni previste dal D.Lgs. n. 153/1999 «*in attesa della definizione dei ricorsi promossi .. innanzi alle autorità giudiziarie dell'Unione Europea...*».

Ed infatti il provvedimento della Commissione è stato impugnato dal Governo italiano davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (causa tutt'ora pendente con il n. C-66/02), e davanti al Tribunale di prima istanza (di cui agli artt. 224 e seguenti del Trattato), sia dall'ABI che dalle banche (causa T-36/02), interessate non solo a salvaguardare la normativa, ma anche ad evitare un recupero delle agevolazioni erogate, che dovrebbe essere pari ad almeno € 2.800 milioni (circa 5.400 miliardi di lire).

Nella causa in Corte di Giustizia il Governo italiano sostiene che la decisione della Commissione è illegittima per i seguenti motivi:

- a) carenza d'istruttoria e di motivazione;
- b) assenza di oneri per lo stato (le operazioni di concentrazione non si sarebbero verificate senza agevolazioni);
- c) particolare finalità della normativa diretta ad agevolare la concorrenza nel settore bancario mediante un rafforzamento del sistema e delle privatizzazioni;
- d) carattere non selettivo dell'intervento in quanto non discrimina le banche straniere;
- e) particolare natura dell'attività bancaria, assoggettata ad una maggiore tassazione e a maggiori vincoli ed oneri rispetto ad altre attività;
- f) assenza di pregiudizio per gli scambi degli Stati membri;
- g) configurabilità della deroga *ex art. 87 par. 3 lettera b)* (importante progetto di comune interesse europeo) ovvero *ex lettera c)* (favorire lo sviluppo di talune attività).

Nelle sue difese la Commissione sosteneva invece:

- a) che il provvedimento era esaurientemente motivato;
- b) che lo scopo effettivo delle agevolazioni era quello di aumentare la redditività delle banche allo scopo di ottenere una maggiore efficienza e reggere la concorrenza di banche europee;
- c) che il provvedimento avvantaggiava i soggetti di maggiori dimensioni. In tal modo venivano discriminate le banche estere che hanno in genere succursali di dimensione ridotta in Italia;



d) che l'intervento era da ritenersi selettivo per il solo fatto che riguardava il sistema bancario;

e) che per qualificare un intervento come aiuto di stato, non rilevano le cause o gli obiettivi dell'agevolazione, bensì solo gli effetti;

f) che vi era incidenza degli aiuti sulla concorrenza comunitaria, in quanto il settore bancario opera a tale livello;

g) la impossibilità di ravvisare l'ipotesi della deroga di cui all'art. 87, paragrafo 1, lettera b), in quanto non si era in presenza di un progetto concreto, preciso, importante ed omogeneo;

h) la impossibilità di ravvisare l'ipotesi della deroga di cui all'art. 87, paragrafo 1, lettera c), in quanto scopo principale delle agevolazione era di migliorare la competitività delle aziende italiane.

La causa è tutt'ora pendente davanti alla Corte di Giustizia dove è conclusa la fase scritta.

C'è da notare che nella sua decisione la Commissione precisava che «*le misure destinate alle fondazioni bancarie non formano oggetto di esame*».

Tali misure, pure contenute nel D.Lgs. n. 153/1999, hanno infatti formato oggetto della successiva decisione 22 agosto 2002 con la quale la Commissione ha escluso che si fosse in presenza di aiuti di Stato stante la peculiare natura delle fondazioni bancarie, tale da escludere che le stesse potessero qualificarsi come imprese ai sensi dell'art. 87, paragrafo 1, del Trattato.

Si legge infatti nella citata decisione che «*La Commissione ritiene che l'attività di gestione del proprio patrimonio e di utilizzazione del reddito che ne deriva per l'erogazione di contributi ad enti senza scopo di lucro operanti per scopi di utilità sociale non è un'attività economica e non qualifica dunque le fondazioni come imprese ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del Trattato*».

Alle stesse conclusioni la Commissione è pervenuta per le misure destinate alle società conferitarie che non esercitano attività bancaria, non offrono servizi a terzi e sono interamente possedute da fondazioni.

La Commissione ha però precisato che qualora le stesse fondazioni intervengano direttamente nelle attività economiche nelle quali sono presenti scambi fra gli Stati membri, qualsiasi agevolazione a beneficio di tale attività dovrà essere notificata ai sensi della art. 88 paragrafo 3.

Del pari dovrà essere notificato qualsiasi aiuto erogato da fondazioni a imprese tenuto conto della natura pubblica delle prime, derivante dal fatto che la maggioranza dei componenti dei loro organi d'indirizzo è nominata da pubblici poteri (nella specie Amministrazioni comunali).

Analoghe conseguenze (cioè l'obbligo di notifica) ritiene la Commissione si verifichino allorché le società conferitarie prestino servizi a favore di terzi.

*Aiuti alle società municipalizzate.*

Con la decisione 5 giugno 2002 C27/1999 la Commissione ha ritenuto che costituiscono aiuti di Stato una serie di agevolazioni in favore di S.p.A. a prevalente capitale pubblico istituite per la gestione di servizi pubblici locali.

Per quel che riguarda in particolare le agevolazioni fiscali in contestazione, le norme censurate (contenute nei commi 69 e 70 dell'art. 3 della legge n. 549/1995), riguardano:

l'esenzione da tutte le imposte e tasse per la trasformazione delle aziende in società di capitali, ivi comprese quelle di trasferimento dei beni già di proprietà del comune;

l'esenzione triennale dalle imposte sul reddito d'impresa fino al 1999.

La Commissione ha ritenuto che costituisse aiuto solo la seconda agevolazione e non invece la prima.

Il Governo italiano ha proposto ricorso alla Corte di Giustizia. In sintesi la tesi diretta a contestare la legittimità della decisione della Commissione si fonda sui seguenti argomenti:

a) il beneficio dell'esenzione dell'imposta deriva dalla equiparazione del trattamento tributario a quello dell'ente locale; tale agevolazione è concessa a tutti i soggetti che svolgono i servizi pubblici locali, unico legittimo loro scopo;

b) non esiste incidenza sugli scambi comunitari stante l'assenza di un mercato di libera concorrenza, nonché del fatto che l'attività svolta da tali soggetti ha un oggetto ed un territorio ben delimitato;

c) l'aiuto non è da considerare nuovo bensì preesistente (perciò senza obbligo di notifica), in quanto le imprese municipalizzate hanno sempre goduto della esenzione dall'imposta sul reddito.

A tale riguardo è interessante il richiamo operato alla decisione 15 giugno 2000 del Tribunale di prima istanza (sentenza Alzetta emessa nella causa T-298/1997 ed altre riunite) *«un regime di aiuti istituito in un mercato inizialmente chiuso alla concorrenza deve essere considerato, al momento della liberalizzazione di tale mercato, come un regime di aiuti esistenti, nei limiti in cui esso non rientrava, al momento della sua istituzione, nel campo di applicazione dell'art. 92, n. 1, del Trattato, applicabile soltanto nei settori aperti alla concorrenza, alla luce delle condizioni fissate da tale disposizione, relative all'incidenza sugli scambi tra gli Stati membri ed alle ripercussioni sulla concorrenza»*.

Secondo il Governo italiano la parziale liberalizzazione del mercato anche nel campo dei servizi pubblici locali avrebbe dovuto far considerare gli aiuti come preesistenti e non nuovi, con la conseguente possibilità di loro eliminazione con effetti *ex nunc* a norma dell'art. 88, paragrafo 1, del Trattato.

Come già accennato dal precedente relatore, la materia è disciplinata dal Reg.(CE) 659/1999, recante *«modalità di applicazione dell'articolo 93 [ora art. 88] del Trattato CE»*.

È interessante al riguardo leggere la disposizione contenuta nell'art. 1, lettera b), punto «v» dove si prevede che costituiscono aiuti esistenti «v) *gli aiuti considerati aiuti esistenti in quanto può essere dimostrato che al momento della loro attuazione non costituivano aiuti, ma lo sono diventati successivamente a causa dell'evoluzione del mercato comune e senza aver subito modifiche da parte dello Stato membro. Qualora alcune misure diventino aiuti in seguito alla liberalizzazione di un'attività da parte del diritto comunitario, dette misure non sono considerate aiuti esistenti dopo la data fissata per la liberalizzazione»*;

Se analizziamo la disposizione, notiamo che contiene due diverse norme: la prima generale, dove si fa riferimento alla «*evoluzione del mercato comune*» e la seconda speciale, dove si parla invece di «*liberalizzazione di un'attività*».

È innegabile infatti che nell'ampio concetto di «*evoluzione del mercato comune*» debba ritenersi ricompreso quello di «*liberalizzazione di un'attività*».

La conseguenza che pare possa farsi derivare è che nei casi in cui venga liberalizzata un'attività, nel termine a tal fine fissato dalla relativa normativa, devono cessare anche eventuali aiuti di Stato (fino ad allora non qualificabili come tali proprio in quanto non incidenti su settori soggetti a concorrenza).

Se non vi è cessazione, tali aiuti saranno quindi qualificabili come nuovi.

Il legislatore comunitario nel redigere il Reg.(CE) 659/1999 è stato pertanto più rigoroso della giurisprudenza della Corte, eliminando la qualifica di «*esistenti*» ad aiuti che invece la Corte aveva ritenuto essere tali.

Anche il suddetto giudizio è tutt'ora pendente (con il n. C-290/02) e la fase scritta è conclusa. Come nel caso precedente, le società municipalizzate interessate hanno anch'esse proposto ricorso davanti al Tribunale di primo grado di Lussemburgo (causa T-301/02).

*Aiuti in favore dell'Ente Poste.*

Con decisione n. 2002/782/CE del 12 marzo 2002 la Commissione si è pronunciata in relazione agli aiuti concessi in favore dell'Ente Poste Italiane, per una serie di contributi erogati dallo Stato sotto diverse forme.

Per quel che oggi interessa, rilevava l'esenzione dall'imposta sul patrimonio netto delle imprese, prevista dall'art. 9 della legge n. 71/1994.

Com'è noto tale tributo venne istituito con la legge n. 394/1992 ed è rimasto in vigore fino al 1998.

La Commissione aveva inizialmente ritenuto che le agevolazioni suddette, costituissero aiuto di Stato, affermando in particolare per l'agevolazione fiscale che «*Per quanto riguarda l'esenzione dall'imposta sul patrimonio netto delle imprese, benché tale misura non implichi uscite dirette di cassa per lo Stato, essa incide comunque indirettamente sul bilancio pubblico. Lo Stato, difatti, rinuncia a entrate fiscali a cui ha diritto e che avrebbe normalmente preteso. È quindi chiaro che anche questa misura coinvolge risorse statali*».

Le autorità italiane avevano invece sostenuto che l'esenzione dall'imposta sul patrimonio netto delle imprese non configurava un aiuto di Stato, poiché era giustificata dal fatto che, se lo Stato avesse preteso tale imposta, avrebbe parimenti dovuto concedere all'Ente Poste un capitale iniziale più elevato del medesimo importo.

La Commissione ha esaminato poi le agevolazioni sotto il profilo dei Servizi di interesse economico generale, affermando che «*Per valutare le misure finanziarie a favore di un'impresa investita di una missione d'interesse generale si deve esaminare se la natura di aiuto di tali misure debba essere esclusa in ragione degli specifici obblighi di servizio pubblico gravanti su quell'impresa. In altre parole è fondamentale verificare se la misura finanziaria in oggetto apporta un sostegno che va al di là del costo netto supplementare sostenuto dall'impresa nell'adempiere i propri compiti. Difatti, come la Corte di giustizia ha costantemente affermato, gli Stati membri sono legittimati ad assicurare che le*

*imprese con funzioni d'interesse generale le svolgano in condizioni di equilibrio economico. Se il sostegno accordato non va al di là del costo netto supplementare, la misura non è da considerarsi come aiuto di Stato, poiché l'impresa non beneficia, in realtà, di un vantaggio ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del Trattato».*

All'esito di tale esame, la Commissione ha infine affermato che tutte le misure adottate in favore dell'Ente Poste non avevano portato «*ad una sovracompensazione dei costi netti supplementari derivanti dalla missione d'interesse generale affidata all'entee di conseguenza non costituiscono aiuti di stato ai sensi dell'art. 87 par. 1 del Trattato*».

*Aiuti alla società Tirrenia di Navigazione.*

Considerazioni in qualche modo analoghe hanno portato alla emanazione della decisione n. 2001/851/CE del 21 giugno 2001 con la quale la Commissione si è pronunciata sulla compatibilità con il Trattato degli aiuti di Stato corrisposti alla compagnia marittima Tirrenia di navigazione. Oltre alle sovvenzioni direttamente concesse dallo Stato, veniva esaminato il regime fiscale preferenziale per gli oli minerali utilizzati come carburanti per la navigazione. Per tali carburanti usati a bordo, l'art. 63 comma 3 del D.Lgs. 504/1995 prevedeva infatti una riduzione dei diritti di accisa.

La Commissione dubitava che l'agevolazione fosse applicabile alle navi stazionanti nei porti italiani per esservi sottoposte a operazioni di manutenzione e che la misura non avesse effetti discriminatori rispetto a tutti gli operatori marittimi nella stessa situazione. A tale riguardo le autorità italiane avevano precisato che il beneficio aveva portata generale.

C'è da precisare che in questa vicenda sia il Governo italiano che la società Tirrenia impugnarono (davanti alla Corte di Giustizia il primo ed al Tribunale di primo grado la seconda) il procedimento di avvio del procedimento che qualificava l'aiuto come nuovo anziché preesistente.

La causa (portante il n. C-400/1999) è tutt'ora pendente, anche se in quel giudizio è stata emessa la sentenza 9 ottobre 2001 che ho citato in precedenza, in relazione agli effetti sospensivi dell'aiuto che la decisione era in grado di produrre.

La Commissione è però in seguito pervenuta alla conclusione di ritenere tutti gli aiuti compatibili con il Trattato; sulla base degli elementi acquisiti (tra cui la relazione di un consulente appositamente nominato) ha infatti ritenuto che «*le compensazioni versate a Tirrenia che corrispondono al disavanzo netto dell'impresa, maggiorato da un rendimento ragionevole sul capitale investito, sono strettamente proporzionate al costo addizionale determinato dalla missione di servizio pubblico assegnata all'impresa concessionaria*».

*Aiuti alle imprese del settore cantieristico navale.*

Con decisione 2000/668/CE del 12 luglio 2000 la Commissione si è pronunciata sulle agevolazioni fiscali previste dalla legge n. 549/1995 in favore delle imprese del settore cantieristico navale.

Si trattava in particolare della esenzione da imposta del 50% del reddito d'impresa reinvestito per nuovi impianti, l'acquisto di beni strumentali e l'ammodernamento di stabilimenti.

In questo caso l'Italia non contestò l'esistenza di un aiuto di Stato. Dopo avere precisato che si trattava di somme non elevate (circa € 51.000 per due sole società) il Governo italiano dichiarò che stava procedendo al recupero delle somme erogate.

La Commissione ha comunque dichiarato illegali tali aiuti sia perché non notificati, sia perché non rientranti in alcuna delle deroghe previste dalla direttiva 90/684/CEE.

La decisione faceva seguito alla precedente n. 199/148/CE/CECA che, in relazione alla medesima normativa, aveva ritenuto illegali gli aiuti in favore di imprese del settore delle fibre sintetiche, dell'industria automobilistica, nonché delle imprese siderurgiche soggette al Trattato CECA per non essere stati previamente notificati alla Commissione.

#### *Aiuti alle imprese del Centro Servizi di Trieste.*

Con la decisione n. 95/452/CE del 12 aprile 1995 la Commissione si è pronunciata in ordine ai vantaggi fiscali concessi dall'art. 3 della legge n. 19/1991 concessi a favore delle imprese operanti nel centro di servizi finanziari ed assicurativi di Trieste.

Trattavasi della esclusione dall'IRPEG e dal 50% dell'ILOR oltre ad una riduzione delle imposte indirette sugli affari.

Secondo il Governo italiano gli aiuti rientravano nella deroga di cui all'art. 92 (ora art. 87), paragrafo 3, lettera c) del Trattato, poiché il Friuli-Venezia Giulia era stato considerato come regione in difficoltà con la decisione 91/500/CEE della stessa Commissione.

La citata decisione del 12 aprile 1995 ritenne compatibili con il Trattato i suddetti aiuti, subordinandoli però a talune condizioni, in quanto «*le misure di aiuto progettate dall'Italia sono necessarie per favorire lo sviluppo di un'attività il cui interesse per la Comunità è indiscutibile... esse non alterano le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse*».

Le condizioni imposte furono:

- a) limitare le agevolazioni agli utili delle operazioni realizzate con i paesi dell'est europeo e non anche con l'Austria;
- b) limitare a 5 anni la durata dei benefici;
- c) limitare a 65 miliardi di lire le imposte oggetto di esenzione e a 3,5 miliardi di ECU il limite d'investimenti e prestiti effettuati nell'Europa dell'Est.

Nella stessa decisione si stabiliva però, che le agevolazioni dovevano essere oggetto di un controllo costante per verificare l'esistenza di eventuali effetti distorsivi sul mercato dei servizi finanziari.

È interessante notare, come già evidenziato dagli altri Relatori, come spesso la decisione della Commissione non si limiti ad un no o un sì secco, potendosi modulare in varie forme, frutto a volte di un compromesso con lo Stato interessato a seguito di un contraddittorio che si svolge nell'ambito della procedura amministrativa.

Tale soluzione non è certo negativa, in quanto evita il proliferare di un contenzioso che si scaricherebbe sulla Corte di Giustizia davanti alla quale

non esisterebbero più margini per modifiche concordate, tenuto anche conto del fatto che la Corte ritiene il suo controllo di pura legittimità, non essendo consentito sindacare nel merito le valutazioni della Commissione.

*Proroga degli aiuti per le zone terremotate.*

La decisione n. 91/175/CEE del 25 luglio 1990 riguarda invece il decreto legge n. 8/1987 convertito nella legge n. 120/1987 che aveva riaperto i termini di cui all'art. 32 della legge n. 219/1981 per la concessione di aiuti alle zone terremotate della Campania, Basilicata e Puglia.

Si trattava di vari provvedimenti tra i quali l'esenzione dall'IVA per tutte le operazioni utili al rilancio industriale delle zone.

Secondo il Governo italiano una norma analoga era già stata adottata per il Friuli-Venezia Giulia dopo il terremoto che lo aveva colpito.

La Commissione sosteneva invece che gli aiuti avrebbero dovuto esserle notificati. Con la decisione del 25 luglio 1990 solo parte degli aiuti è stata però ritenuta incompatibile col Trattato.

C'è da precisare che il Governo italiano ha impugnato la decisione, e con la sentenza 28 aprile 1993 (in causa C-364/1990) la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha accolto in parte il ricorso per difetto di motivazione.

In particolare l'annullamento ha colpito la parte del provvedimento in cui si censurava l'aumento dei contributi da 32 a 50 miliardi di lire per adeguarne l'importo alla intervenuta svalutazione monetaria. La Corte ha dichiarato che «*La decisione non soddisfa l'obbligo di motivazione e l'articolo 3 della decisione 91/175/CEE va annullato nei limiti in cui dichiara detti aiuti incompatibili con il Mercato comune ai sensi dell'articolo 92, n. 1, del Trattato. L'articolo 4 della stessa decisione è annullato nella parte che riguarda il precedente articolo 3*».

*L'Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese («legge Prodi»).*

Altri provvedimenti in materia di aiuti di stato mediante agevolazioni fiscali riguardano infine la c.d. legge «*Prodi*» che istituiva il regime dell'Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Tale normativa (contenuta nella legge n. 95/1979) concedeva una serie di aiuti tra cui il più importante era costituito dalla garanzia sussidiaria dello Stato per le obbligazioni assunte durante il periodo di amministrazione straordinaria. Dal punto di vista fiscale l'unica agevolazione consisteva nell'applicazione di una imposta in misura fissa (un milione di lire), in luogo delle imposte proporzionali di registro, INVIM ecc., in caso di trasferimento della proprietà di tutto o di parte dell'impresa.

La incompatibilità di tale normativa con gli articoli 87 e 88 del Trattato, è stata dichiarata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee con le sentenze 1° dicembre 1998 (emessa in causa C-200/97 Ecotrade) e 17 giugno 1999 (emessa in causa C-295/97 Piaggio) entrambe emanate in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 177 (ora 234) del Trattato CE.

Con la prima pronuncia (relativa al Trattato CECA che aveva una disciplina particolare per gli aiuti) la Corte ha statuito che «*l'applicazione ad un'impresa ai sensi dell'art. 80 del Trattato CECA di un regime quale quello*

*introdotto dalla legge n. 95/1979 e derogatorio alle regole normalmente vigenti in materia di fallimento dà luogo alla concessione di un aiuto di Stato, vietato dall'art. 4, lett. c), del Trattato CECA, allorché è dimostrato che questa impresa è stata autorizzata a continuare la sua attività economica in circostanze in cui una tale eventualità sarebbe stata esclusa nell'ambito dell'applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento, o*

*ha beneficiato di uno o più vantaggi, quali una garanzia di Stato, un'aliquota d'imposta ridotta, un'esenzione dall'obbligo di pagamento di ammende e altre sanzioni pecuniarie o una rinuncia effettiva, totale o parziale, ai crediti pubblici, dei quali non avrebbe potuto usufruire un'altra impresa insolvente nell'ambito dell'applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento».*

Analoghe affermazioni sono contenute nella seconda decisione in relazione all'art. 92 (ora 87), n. 1, del Trattato CE.

Un'ultima decisione in materia è stata emessa (con ordinanza il 24 luglio 2003) nella causa C-297/01 sempre in sede di rinvio pregiudiziale. La Corte ha statuito che anche il regime transitorio di cui all'art. 106 del D.Lgs. 270/1999 (decreto che ha abrogato e ridisciplinato il precedente regime di cui alla legge n. 95/1979) in base al quale le previgenti norme si applicano alle procedure ancora in corso, costituisce un regime nuovo di aiuti incompatibile con il Trattato.

Malgrado questa affermazione apparentemente negativa, la Corte ha richiamato le sue precedenti pronunce ed è risultato confermato l'atteggiamento assunto dalla Commissione la quale (con la decisione 2001/212/CE), lungi dal considerare invalide tutte le procedure di amministrazione straordinaria aperte sotto il regime della vecchia legge Prodi, ha ritenuto configurare aiuto solo alcune misure applicative.

La stessa Commissione nella stessa decisione 2001/212/CE precisava che avendo la stessa per anni di fatto considerato preesistenti e non nuovi tali aiuti, aveva creato una legittima aspettativa in favore dei beneficiari.

In considerazione di ciò ha deciso di non imporne all'Italia il recupero.

A proposito della suddetta ordinanza 24 luglio 2003, è interessante notare quanto dalla Corte affermato nei punti 46 e 47: «46. - *Con le sue questioni seconda e terza il giudice del rinvio chiede se un regime transitorio quale quello previsto dall'art. 106 del decreto legislativo n. 270/1999 sia compatibile con il diritto comunitario, tenuto conto in particolare dell'art. 87, n. 3, lett. b), CE e dei principi di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento, di non discriminazione e di proporzionalità.*

47. - *Al riguardo occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario (sentenze 21 novembre 1991, causa C-354/1990, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, in Racc., pag. I-5505, punto 14; 11 luglio 1996, causa C-39/1994, SFEI e a., Racc. pag. I-3547, punto 42, e Piaggio, citata, punto 31). Di conseguenza,*

*un giudice nazionale non può, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE, interrogare la Corte sulla compatibilità con il mercato comune di un aiuto di Stato o di un regime di aiuti».*

Tale ultima statuizione sembrerebbe coerente con quanto già affermato dalla Corte di Giustizia circa l'esclusiva competenza della Commissione a qualificare una misura come aiuto.

Peccato però che a fronte della suddetta affermazione, vi siano diverse pronunce della stessa Corte in senso contrario. Basti pensare che proprio in relazione alla legge «Prodi» la sua contrarietà all'art. 87 del Trattato è stata dichiarata dalla Corte (nelle citate sentenze Piaggio e Ecotrade) *in sede di rinvio pregiudiziale* e non certo di impugnazione di decisioni della Commissione.

Il discorso andrebbe in realtà approfondito. Forse la Corte avrebbe potuto fare un'affermazione un po' meno drastica, limitandosi a dire che in sede di rinvio pregiudiziale *ex art. 234* del Trattato le è consentito valutare l'esistenza di un aiuto di stato di norma solo in presenza di una adeguata istruttoria della Commissione ed in casi particolari solo allorquando dagli atti di causa emergano elementi sufficienti per effettuare la valutazione di esistenza e di compatibilità dell'aiuto.

*Casi recenti di aiuti mediante agevolazioni fiscali.*

Altri esempi più recenti di aiuti concessi sotto forma di agevolazioni fiscali li troviamo sui giornali di questi giorni: il Commissario Monti ha annunciato l'intenzione della Commissione di aprire una procedura d'infrazione per aiuti di stato in relazione al c.d. decreto salva-calcio. Si tratta di una norma che attribuisce appunto agevolazioni fiscali a società calcistiche, enti con fini di lucro, consentendo di distribuire su 10 anni l'ammontare delle minusvalenze derivanti dalla svalutazione del «*parco giocatori*».

Il decreto contrasterebbe sia con le direttive comunitarie in materia di redazione dei bilanci (le quali non consentirebbero di spalmare le minusvalenze in un periodo così lungo), sia con l'art. 87 del Trattato in materia di aiuti di stato. Poiché non sembra che le norme oggetto del decreto siano state oggetto della previa notifica alla Commissione ai sensi dell'art. 88 comma 3, in caso di formale inizio della procedura di verifica dell'esistenza dell'aiuto si porrà il problema dell'effetto sospensivo di tale atto, che precluderebbe l'applicabilità delle disposizioni anche da parte delle società calcistiche in sede di redazione dei bilanci.

Altra analoga iniziativa della Commissione potrebbe essere instaurata in relazione alle agevolazioni fiscali della legge c.d. *Tremonti-bis* di proroga degli aiuti fiscali concessi ai comuni alluvionati nel novembre 2002.

Da notizie apprese sulla stampa sembra che a breve termine (si parla di dopodomani, 19 settembre), la Commissione dovrebbe anche in questo caso decidere se aprire la procedura di cui all'art. 88 del Trattato.



## Il decreto *inaudita altera parte* e il diritto di difesa dell'Amministrazione (\*)

di Maria Vittoria Lumetti

*Sommario:* 1. — *Le corsie acceleratorie nel processo amministrativo* 2. — *Il contenuto del decreto inaudita altera parte (il requisito del periculum – il requisito del fumus)* 3. — *La notifica all'Avvocatura dello Stato* 4. — *Il diritto al contraddittorio dell'Amministrazione* 5. — *Nomina del commissario ad acta in sede di adozione del decreto monocratico* 6. — *Il decreto inaudita altera parte come inutile doppione dell'ordinanza della sospensiva?* 7. — *I tortuosi sentieri del processo amministrativo e civile e l'art. 96 c.p.c.*

### 1. — LE CORSIE ACCELERATORIE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

Com'è noto, la legge 21 luglio 2000, n. 205 recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa rappresenta, dopo la legge 1034/1971, istitutiva dei T.A.R., che aveva reso operativo l'art. 125. Cost., il primo tentativo di disciplinare in maniera organica la disciplina del processo amministrativo.

Il comune denominatore della riforma si rinviene nell'esigenza di accelerazione del processo, che si sostanzia nella individuazione di istituti di semplificazione processuale (1).

Tra le novità introdotte dalla legge vi sono quelli riguardanti il processo cautelare.

La fase cautelare del giudizio amministrativo è stata infatti innovata dalla legge 205, che all'art. 3 introduce elementi di novità rispetto a quelli recati dalla disciplina previgente dell'art. 21 della legge 1034/1971.

È da premettere che l'«ingabbiamento» del Giudice amministrativo operato dal legislatore della 205 resta finalizzato, per taluni aspetti e in alcuni riti speciali ivi previsti, a conferire allo Stato la posizione di debitore alla stessa stregua di qualsiasi altro debitore privato, ma è bene chiarire subito che «l'Amministrazione pubblica ai sensi dell'art. 97 Cost., non può liberamente disporre nemmeno in sede giudiziale, dell'interesse pubblico» (2).

La lunga elaborazione giurisprudenziale ha determinato un progressivo allargamento dell'operatività della tutela cautelare con lo scopo di garantire la satisfattività della sentenza di merito, ricoprendo un ruolo di supplente

---

(\*) Testo della relazione, integrata ed ampliata, tenuta a Roma presso la sala Vanvitelli dell'Avvocatura Generale dello Stato, in occasione del Convegno su «*Il nuovo processo amministrativo a tre anni dalla riforma: primi bilanci e proposte future*», il 13 novembre 2003.

(1) Cfr. per un rapido *excursus* F. PATRONI GRIFFI, *Istituti di semplificazione nel nuovo processo amministrativo*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

(2) A. MONACILIUNI, *Il procedimento monitorio e dintorni nel processo amministrativo*, in *Giust. it.*, 10.

sia integrativo sia creativo delle disposizioni di legge (basti pensare alla sentenza Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190 che ha introdotto il rimedio cautelare *ex art. 700* nella giurisdizione esclusiva nel pubblico impiego).

Alcune elaborazioni giurisprudenziali sono state recepite dalla stessa legge (come l'uso dello strumento dei motivi aggiunti per l'impugnazione di provvedimenti diversi da quello impugnato)<sup>(3)</sup> e d'altronde, la particolarità del diritto amministrativo in Italia e in altri paesi (come la Francia)<sup>(4)</sup>, è stata ed è tuttora proprio quella di lasciare ampio spazio alla funzione pretoria della giurisprudenza.

Il nuovo processo cautelare contempla la possibilità di intervento, anche immediato, del giudice con misure cautelari provvisorie, determinando un ampliamento di tipologia delle misure di urgenza.

Una di queste novità è rappresentata dal decreto monocratico *inaudita altera parte* emesso dal Presidente del TAR o dai Presidenti di Sezione del Consiglio di Stato, su istanza della parte ricorrente.

È bene premettere che, prima della legge 205, con le ordinanze C.D.S., sezione quinta, 28 aprile 1998, n. 181 e 19 maggio 1998, n. 814, il Consiglio di Stato aveva sancito la nullità assoluta del decreto di sospensione emesso dal solo presidente anziché dal collegio, ritenendo che tale decreto fosse stato emesso in assenza di una norma di legge, da un soggetto non investito di potere giurisdizionale, con indebita sottrazione all'Amministrazione del diritto alla difesa.

---

(3) Cons. Giust. Amm. Sic., 4 novembre 1995, n. 343, in *Dir. Proc. Ammin.*, 1996, 683, con nota di Fracchia: «è ammissibile il motivo aggiunto, non sorretto da autonomo mandato, concernente l'impugnazione di atti diversi da quello oggetto dell'impugnazione principale, siano essi anteriori o contemporanei all'atto impugnato, siano essi addirittura successivi. I motivi aggiunti sono proponibili, oltre che per dedurre nuovi vizi del provvedimento originario derivante dalla sopravvenuta conoscenza di atti, anche per impugnare nuovi provvedimenti amministrativi successivamente conosciuti, purché collegati al provvedimento impugnato originariamente; ciò in quanto il reale oggetto del giudizio amministrativo è costituito dalla pretesa azionata e dall'accertamento della sua fondatezza».

(4) Per l'elenco delle fondamentali pronunce a partire dalla fondamentale *arrêt Blanco* del 1873, cfr. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grand arrêts de la jurisprudence administrative*, ed. Sirey 1993, 1 ss. Per un *excursus* della tutela cautelare in generale nel diritto europeo, sia civile sia amministrativo cfr. CAPONI R., *La tutela cautelare nel processo civile tedesco*, in *Foro it.*, 1998, 26; *Le référé*, in <http://www.pratique.fr>; *Règlement des petits litiges*, in <http://www.pratique.fr>; *Le règlement amiable des litiges*, in <http://www.pratique.fr>; *Urbanisme commercial, Une action judiciaire de commerçants indépendants*, in <http://www.edevillepin-avocat.com>; *Communiqué de presse*, 1° marzo 2002, in <http://www.justice.gouv.fr>; DANOVÌ, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur.it*, 1997, IV, 326; JOMMI A., *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision*, in *Riv.dir.civ.*, 1997, 121; SILVESTRI C., *Novità nella giustizia francese*, in *Riv.dir. civ.*, 1989, I, 513; SILVESTRI C., *Il sistema francese dei «référé»*, in *Foro it.*, 1998, 9; SACCO, *Un congresso mondiale di diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 637; FUSARO A., *Costi e benefici nella scelta delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie civili: la prospettiva del Lord Chancellor's Department*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 771; *Allegato IV alla decisione della Commissione europea 00/529/CE, del 26 luglio 2000*, in <http://www.interlex.it>. OBERTO G., *La gestion de l'urgence dans le procès civil italien*, in [www.geocities.com](http://www.geocities.com).

Ora, la legge 205 prevede tale possibilità, investe il presidente del tribunale del potere di emettere decreti di sospensione, ma non mi sembra che sia stato preso in esame o risolto il problema della sottrazione del diritto alla difesa all'Amministrazione.

Come vedremo pronunce isolate tendono a considerare indispensabile il decreto *inaudita altera parte ante causam*, volto ad ulteriormente anticipare la soglia di tutela nei confronti del privato, snaturando ulteriormente il processo amministrativo.

L'ansia di sospendere arretra sempre di più e sempre di più tende a negare e comprimere i diritti della difesa, visto che anche «il diritto alla notifica» viene messo in discussione (5).

Relativamente alla genesi, l'art. 3 parte dal presupposto della generale applicabilità al processo cautelare amministrativo del modello di cui agli artt. 669, *bis* e ss. c.p.c. e 669 *quaterdecies* c.p.c., riguardanti i processi cautelari in generale.

Ed, invero, i procedimenti cautelari sono regolati dal codice tra i procedimenti sommari: la loro funzione è la conservazione o tutela di situazioni giuridiche, assicurando la cosiddetta *res adhuc integra*.

È bene non dimenticare che la caratteristica strutturale della tutela cautelare è la provvisorietà, l'inidoneità a dettare una disciplina definitiva della vertenza: il provvedimento cautelare viene emanato sulla base di una cognizione sommaria, di un giudizio di probabilità e verosimiglianza.

Si precisa, per completezza, che il codice di procedura civile prevede da un lato provvedimenti sommari non cautelari, come i decreti ingiuntivi e dall'altro i provvedimenti sommari cautelari, ossia quelli strumentali, tra cui rientrano l'ordinanza cautelare e il decreto monocratico.

## 2. — IL CONTENUTO DEL DECRETO *INAUDITA ALTERA PARTE*

È osservazione comune, perlomeno nella dottrina processualcivile, che la tutela cautelare (come in genere ogni forma di tutela sommaria) presenti un alto grado di pericolosità in quanto è fondata non sulla cognizione piena, ma sulla probabilità (6): di qui la possibilità che il giudizio effettuato

(5) Decreto pres. f.f. T.A.R. Sicilia sez. dist. Catania, II sez. n. 32 del 6 dicembre 2001.

(6) V. al riguardo le «impide notazioni di Carnelutti», *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 353, riportate da A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur.* 4; E. FAZZALARI, *Provvedimenti cautelari (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 841 ss; G. TARZIA, *La tutela cautelare*, in *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993, XXI ss; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 333. «L'azione cautelare è condizionata da un'approssimativa verosimiglianza circa l'esistenza del diritto stesso (*fumus boni iuris*)».

Cfr., anche, per il processo amministrativo, in riferimento ai rapporti tra legislazione e cautela G. VACIRCA, *Relazione sull'attività svolta dal TAR Toscana*, in [www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi.contributi/vacircal.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi.contributi/vacircal.htm) «La legislazione, pur riconoscendo l'insopprimibilità della tutela cautelare più volte affermata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, tende a limitare il ricorso alla misura cautelare, subordinandola in certi casi a una motivazione particolarmente diffusa».

a livello di cognizione sommaria si ribalti a livello di cognizione piena, e che la esecuzione di misure cautelari sia fonte di un danno ingiusto a carico del destinatario passivo del provvedimento cautelare (7).

Per quanto riguarda i profili di rito, non può essere esclusa, anche in sede di esame di istanza di emissione di decreto monocratico, un'indagine cognitiva del giudice in relazione ai presupposti processuali puri (sussistenza della giurisdizione, *legitimatío ad processum*, controllo dello *ius postulandi*) (8).

In tal senso è orientata la dottrina processualcivile, mentre quella amministrativa tende a negare in generale, nel processo cautelare, l'esame di tali profili di rito, in quanto costituirebbero questioni di merito (Virga), ma dopo la 205 del 2000 si dovrebbe rivedere tale orientamento, almeno per quanto riguarda i casi in cui il giudizio viene deciso in forma semplificata (oltre che, naturalmente, nell'ipotesi del decreto presidenziale).

A ciò si aggiunga che, mentre da un lato le eccezioni di rito, la cui valutazione si risolve nella maggior parte dei casi in maniera favorevole alla P.A., generalmente non vengono esaminate in sede cautelare, dall'altro lato, tuttavia, si costringe o si «dà per scontato» che l'amministrazione già in sede di processo cautelare, nonostante i tempi ristrettissimi, si difenda compiutamente anche nel merito, con notevole sforzo organizzativo da parte dell'Avvocatura dello Stato, oltre che delle Amministrazioni patrocinate, in quanto il TAR può ritenere di adottare, anche senza il suo accordo e anche in sua assenza (9), la sentenza in forma semplificata (10).

Al fine di risolvere potenziali conflitti e soddisfare le esigenze di un processo tempestivo, ma nello stesso tempo garantista e giusto anche per l'Amministrazione, e con ampi poteri di cognizione e di esecuzione, potrebbe

---

(7) A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur.* 11.

(8) Cfr. decreto Presidente T.A.R. Toscana n. 334 del 1 aprile 2003, con cui si respinge l'istanza proposta da un Comune in quanto «il ricorso ha ad oggetto un atto della stessa Amministrazione ricorrente, sicché sembra sprovvisto di *fumus boni iuris* sotto il profilo dell'ammissibilità».

(9) In tal senso la giurisprudenza, Cons. Stato, Sez.VI, 7 febbraio 2003, n. 650, in *Guida al Diritto*, 2003, 9, 95 e in *Foro Amm.* CDS, 2002, f. 8: «Ai sensi degli articoli 26, comma 5, e 21, comma 9, della legge n. 1034 del 1971 e successive modifiche, il giudice amministrativo, nella camera di consiglio di trattazione della domanda cautelare, può definire la controversia nel merito, con decisione in forma semplificata, anche se l'amministrazione intimata e gli eventuali controinteressati non siano costituiti in giudizio e sia ancora pendente il relativo termine processuale, giacché il contraddittorio deve comunque ritenersi integro, per effetto dell'intervenuta notifica del ricorso introduttivo a tutte le parti contro le quali lo stesso è diretto, che hanno l'onere di richiedere, se del caso, attraverso gli scritti e in sede di discussione orale, un differimento ai fini della piena esplicitazione della loro difesa».

(10) Accade, infatti, che non si attenzioni a sufficienza da parte dei giudici e che si strumentalizzino o si approfittino, da parte degli avversari privati, il fatto che l'*iter* burocratico, che deve per legge essere osservato dalle Amministrazioni e dall'Avvocatura dello Stato, appesantisca inevitabilmente e renda meno celere, dal punto di vista logistico, l'attività difensiva da svolgersi. In ogni caso, è bene sottolineare che l'attività difensiva che, nonostante tutto,

essere opportuno avvalersi di un criterio che, consentendo anche all'Amministrazione di svolgere adeguata difesa, garantisca il mantenimento di un'adeguata aderenza alla realtà (11).

Ciò rappresenta una tematica che coinvolge, nel medesimo tempo, tanto il valore della semplificazione e funzionalità del sistema, quanto il presidio garantistico del principio costituzionale di legalità, considerato che il buon funzionamento dell'apparato pubblico è un valore che in qualche misura trascende le singole persone (12).

Rimane il problema della competenza territoriale, visto che nel processo civile è inderogabile (art. 28 c.p.c.) e in quello amministrativo no (con la conseguenza che viene alimentato un frequente ricorso al c.d. *forum shopping*): era uno dei tanti motivi per cui il Consiglio di Stato aveva ritenuto inammissibile la introduzione del decreto *inaudita altera parte*.

È inoltre necessario che il giudice valuti la sussistenza delle condizioni dell'azione che sono, come per ogni altra azione giudiziaria, la *legitimitas ad causam*, l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., l'esistenza della situazione giuridica fatta valere (interesse legittimo o diritto soggettivo).

#### *Il requisito del periculum.*

La pronuncia del decreto monocratico, a prima vista, non sembrerebbe essere fondata su presupposti molto diversi da quelli che giustificerebbero l'emanazione della misura da parte del collegio (13).

L'estrema gravità ed urgenza rafforza il presupposto del *periculum*: tale elemento, pertanto, deve essere valutato con un'attenzione particolare nei confronti del danno, non potendosi ravvisare sufficiente la presenza di un danno grave, anche irreparabile.

Il termine «estrema gravità» richiede, infatti, qualcosa di più: l'impossibilità di aspettare la dilazione fino alla data della camera di consiglio, e dunque, l'irreversibilità della situazione (14).

---

viene quasi sempre apprestata e garantita, viene raggiunta con notevoli sforzi organizzativi e con considerevole dispendio di energie, sia materiali sia umane, da parte degli Avvocati dello Stato e del personale amministrativo ivi preposto.

(11) Cfr. in dottrina, sul cosiddetto criterio della natura delle cose, F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* vo, I, 2002, 63; F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina degli appalti pubblici*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1997, 39; G. DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 736; MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi, Prefazione, Classici politici, a cura di S. Cotta*, Torino, 1952.

(12) Altro particolare di cui troppo spesso ci si dimentica.

(13) F. CINTIOLI, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2001, II, 237 e V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, UTET, 2003, 737.

(14) Talora accade, invece, che si sospenda sulla base del «danno grave e irreparabile» e non della estrema gravità e urgenza, cfr. il decreto Pres. f.f. T.A.R. Toscana, n. 769 del 19 luglio 2003 e il decreto Pres. f.f. T.A.R. Torino, dell'8 novembre 2003.

Tant'è che si è ravvisata la *ratio* della norma proprio nel senso che la valutazione del Presidente afferisca «più alla circostanza che non sia possibile attendere lo svolgimento del giudizio collegiale sull'istanza cautelare e che quindi si provveda in questa prospettiva» (15).

«Secondo questa impostazione, se si accedesse all'opinione che il Presidente, senza neppure sentire le parti, possa anticipare la sua opinione sulla sussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare, si porrebbero dei dubbi di legittimità costituzionale della norma, per contrasto con l'art. 24 della Costituzione» (16).

È opportuno valutare se il *periculum* in mora assurga o no agli estremi della irreparabilità del pregiudizio, ossia se il danno derivante all'attore dalla durata o dalla causa della durata del processo a cognizione sommaria, consista o no in un danno irreparabile, cioè in un danno insuscettibile di essere riparato adeguatamente a posteriori (17).

È opportuno, anche, che il ricorrente indichi e specifichi il tipo di pregiudizio cui andrebbe incontro in caso di mancata sospensione del provvedimento (18).

Nella tutela cautelare già l'accertamento è sommario perché meramente ipotetico, nel senso che prescinde dalla acquisizione di risultanze probatorie, per appagarsi di una valutazione della verosimiglianza delle allegazioni fondata su un mero calcolo di probabilità (19).

---

(15) CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, UTET, 2003, 737; M. SANINO, *Il processo cautelare*, in CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, 249 ss.

(16) CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, UTET, 2003, 737.

(17) Cfr. decreto Pres. III sez. TAR Lazio del 31 luglio 2003, che motiva anche in ordine alla capacità riparatoria dell'ordinanza cautelare successiva «considerato che, nelle more della prossima Camera di consiglio, non sussistono le ragioni di estrema gravità ed urgenza prospettate dal ricorrente, in considerazione che il campionato inizia il 7 settembre p.v. ed in relazione alla capacità eventualmente riparatoria e ripristinatoria del provvedimento giurisdizionale anche cautelare... respinge la predetta istanza di misure cautelari provvisorie, tenuto conto anche della natura del pregiudizio prospettato, e fissa la camera di consiglio al 27 agosto 2003 per l'esame della domanda cautelare». Cfr. sul punto L. QUERZOLA, *La tutela cautelare ...op. cit.*, 183 e 184, la quale giustamente rileva che il nuovo art. 21, comma 7, legge n. 1034 del 1971 colpisce in quanto «mentre due righe sopra si chiariva che scopo delle misure in questione è assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, adesso si prospetta l'ipotesi di un provvedimento cautelare in grado di modificare con effetti irreversibili lo *status quo ante*, praticamente negando l'essenza della cautela... è inammissibile che si possa ipotizzare ad opera di un provvedimento per definizione provvisorio e strumentale l'idoneità a porre in essere effetti irreversibili». Cfr. anche, sul rilievo di come già normalmente ciò che sia provvisorio in diritto tenda a divenire definitivo di fatto, F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, «sentenza anticipata» e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 683, riportato anche da L. QUERZOLA, *La tutela cautelare ...op. cit.*, 184.

(18) Decreto Pres. f.f. T.A.R. Emilia Romagna, n. 823 del 18 novembre 2003: «Considerato che il ricorrente non ha in alcun modo specificato quale pregiudizio gli deriverebbe, in ipotesi, dal differimento della esposizione faunistica rispetto alla data richiesta, cui non si ricollega, a quanto risulta, alcuna scadenza o preclusione...».

(19) TOMMASEO, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. Dir.* 861.

È pericoloso affermare il principio, peraltro avvertato anche dalla dottrina processualcivilista che, smantellando oltre misura quelle pur ridotte e quindi tanto più necessarie garanzie delle parti, consenta che le misure cautelari siano concesse sulla base anche della sola valutazione di verosimiglianza delle affermazioni della parte istante, senza la necessità di alcun riscontro oggettivo, cioè probatorio (20).

Ad esempio, in materia di immigrazione, risulta evidente che quasi tutti i provvedimenti riguardanti gli stranieri recano, fisiologicamente, un danno grave per il destinatario, costretto in molti casi a fare ritorno al proprio paese di origine.

Tale principio, tuttavia, se accolto rischia, non solo di offrire un utile *escamotage* per aggirare la legge, che non prevede riti speciali innanzi al Giudice Amministrativo (come ad esempio in Francia), ma vanifica, cosa ben più grave, l'attività delle Questure e delle Prefetture che già oberate di lavoro a causa del fenomeno dell'immigrazione, si trovano costrette a svolgere attività aggiuntive onerose, anche dal punto di vista economico, con spreco di risorse umane e materiali (21).

Importante, poi, è verificare se tra la data della notifica e il deposito intercorra un certo lasso di tempo: la negligenza del ricorrente deve essere valutata (22).

---

(20) G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 3 ed. Cedam, 2002, 1206, si preoccupa di specificare come la tutela cautelare non deve sostituire la cognizione ordinaria, in quanto il provvedimento d'urgenza non può essere utilizzato per ottenere surrettiziamente in modo rapido e sommario il medesimo risultato dell'azione ordinaria, vale a dire la decisione anticipata della controversia.

(21) Decreto Pres. f.f. T.A.R. Toscana n. 834 del 31 luglio 2003: i ricorrenti hanno impugnato il decreto del Prefetto di Pistoia di diniego dell'istanza di regolarizzazione e la revoca del permesso di soggiorno rilasciato ad un extracomunitario.

I ricorrenti hanno chiesto ed ottenuto da parte del TAR il decreto inaudita *altera parte* di sospensione dei provvedimenti impugnati. Il suddetto decreto, emesso senza contraddittorio tra le parti e, dunque, senza che le Amministrazioni fossero poste nella condizione di far valere le proprie ragioni, ha sospeso per oltre un mese l'efficacia dei provvedimenti impugnati fino alla camera di consiglio del 9 settembre 2003.

Il decreto è motivato solo ed esclusivamente con argomentazione riguardante il danno grave ed irreparabile. Anche i decreti Pres. f.f. T.A.R. Toscana n. 769 del 19 luglio 2003, Pres. f.f. T.A.R. Toscana n. 833 del 31 luglio 2003, decreto Pres. T.A.R. Lombardia sez. staccata Brescia n. 438 del 21 giugno 2003, e decreto Pres. T.A.R. Lombardia sez. staccata Brescia n. 929 del 29 ottobre 2003 accolgono solo sulla base del *periculum in mora*.

(22) Decreto Pres. T.A.R. Toscana n. 1036 del 17 ottobre 2003 «Considerato che il ricorrente ha impugnato il diniego di regolarizzazione del cittadino albanese Z., il quale richiama il diniego di nulla osta del Questore di Grosseto motivato autonomamente con un'espulsione con accompagnamento alla frontiera e con la sussistenza della fattispecie di cui all'art. 13, comma 13, d. lgs. n. 286 del 1998 e successive modificazioni (rientro in Italia senza speciale autorizzazione del Ministro dell'Interno); considerato che il ricorrente, datore di lavoro, non prospetta un pregiudizio di estrema gravità a lui personalmente riferibile; considerato, altresì, che non sussiste una estrema urgenza, atteso che il provvedimento, notificato il 22 luglio 2003, è stato impugnato con ricorso notificato il 18 settembre 2003 e depositato il 15 ottobre 2003; considerato che la prima camera di consiglio utile alla trattazione collegiale dell'istanza cautelare, incidentalmente proposta con il ricorso sopra indicato, è fissata per il giorno 28 ottobre 2003 p.v...re-spinge l'istanza di misure cautelari provvisorie presentata nel ricorso di cui in epigrafe».

Sarebbe, poi, opportuno verificare se tra la data di notifica e dell'immediato deposito, il calendario delle udienze T.A.R. preveda oppure no un nutrito numero di udienze, anche a brevissima distanza (23).

Si rimarca, infatti, l'eccezionalità della misura cautelare monocratica, da utilizzare solo «in situazioni eccezionali, non altrimenti tutelabili, che insorgano nell'intervallo tra udienze ordinarie già calendarizzate» in quanto in tale prospettiva, la situazione di estrema gravità e urgenza che legittima l'intervento cautelare presidenziale deve dipendere da cause oggettive e non già divenire tale per ritardo o inerzia dell'interessato ...sicché non potrebbe darsi luogo alla tutela monocratica allorché «la scansione temporale degli eventi lasci ampio margine per la deliberazione della causa in sede collegiale, previa eventuale istanza di abbreviazione dei termini per la trattazione del ricorso durante la prima camera di consiglio utile» (24).

In ogni caso la controparte, potrebbe chiedere l'istanza di anticipazione dell'udienza, se ritiene che il proprio caso sia così urgente ed indilazionabile, e comunque è suo onere, vista la presunta urgenza, effettuare il deposito del ricorso in tempi ristrettissimi e, comunque, notificare quanto prima il ricorso.

È infatti, onere della controparte, vista la presunta urgenza, effettuare con maggiore velocità la notifica del ricorso senza attendere la scadenza ultima, soprattutto nel caso in cui non ricorra all'abbreviazione dei termini, e di depositare lo stesso in tempi ristretti per poter ottenere la trattazione dell'udienza cautelare quanto prima (25).

Ciò, in particolare, nei casi in cui la redazione del ricorso non presenta difficoltà tecniche rilevanti.

---

(23) Cfr. al riguardo decreto Pres. T.A.R. Toscana n. 1092 del 6 novembre 2003 «Considerato che nel brevissimo intervallo di tempo intercorrente tra il deposito del ricorso e la riunione del Collegio in camera di consiglio non sono configurabili danni di estrema gravità...respinge l'istanza di misure cautelari provvisorie» e decreto Pres. T.A.R. Toscana n. 446 del 5 maggio 2003 «...considerato che è possibile esaminare tempestivamente l'istanza cautelare in sede collegiale...respinge...»). Cfr. anche decreto Pres. f.f. Toscana n. 1079 del 6 novembre 2003 «Ritenuto, infine, che il periodo di tempo intercorrente per la trattazione Collegiale della domanda di sospensiva non è tale da arrecare pregiudizio all'interesse del Consorzio ricorrente» e Decreto pres. T.A.R. Lazio II sez. bis, del 31 ottobre 2003: «Considerato che non sussistono le ragioni di estrema gravità ed urgenza prospettata dai ricorrenti e richiesta dalla predetta disposizione quale presupposto per la tutela cautelare anticipata, essendo utile anche ai fini della tutela cautelare ordinaria invocata la prossima Camera di Consiglio del 10 novembre 2003...respinge...».

(24) Pres. I sez. T.A.R. Lombardia n. 1192 del 24 aprile 2001, riportato da F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, 2003, 1078.

(25) Cfr. decreto Pres. T.A.R. Toscana n. 1213 del 27 novembre 2003 «Considerato che il danno derivante dal mancato rilascio dei due nulla osta all'assunzione non è talmente grave da comportare l'adozione di un provvedimento provvisorio senza contraddittorio e che il provvedimento, notificato il 19 settembre 2003, è stato impugnato alla scadenza del termine (18 novembre); considerato che nel periodo 19 settembre 2003-26 novembre 2003 si sono tenute numerose camere di consiglio nelle quali il ricorso con istanza cautelare, se fosse stato proposto con maggiore tempestività, avrebbe potuto essere esaminato collegialmente...respinge...».



Invece, spesso, si opta per la soluzione più comoda ma meno garantista per lo svolgersi di un processo equo.

Opportuno sarebbe, inoltre, contemperare il danno derivante al ricorrente con il prevalente interesse pubblico (26). Anzi, si ritiene che in ogni caso il bilanciamento degli interessi dovrebbe ormai considerarsi un principio acquisito ed implicito nel nostro ordinamento (27).

#### *Il requisito del fumus.*

È opportuno porsi il problema se il *fumus* debba essere valutato anche in sede di emissione di decreto monocratico.

A dire il vero, seguendo l'interpretazione che è sempre stata data alla tutela cautelare, bisognerebbe sempre valutarlo (28).

Dall'esame dei vari decreti si evince un andamento discontinuo: talora il *fumus* non viene valutato, talaltra viene preso in esame ai fini dell'accoglimento, o del rigetto (decreto n. 695/2003 Pres. f.f. T.A.R. Marche: salvo ed impregiudicata ogni valutazione circa il *fumus*).

In realtà l'esame del *fumus* dovrebbe essere effettuato sempre, sia in caso di rigetto che di accoglimento (in tal senso v. decreto Pres. T.A.R. Toscana n. 1078/2003, che respinge «ritenuto che, a un primo sommario esame, il ricorso non sia provvisto di sufficiente *fumus boni iuris*») (29).

---

(26) Ciò sia ai fini del rigetto (cfr. in tal senso decreto Pres. f.f. TAR Toscana, n. 276 del 14 marzo 2003) sia ai fini dell'accoglimento (cfr. decreto Pres. f.f. T.A.R. Toscana n. 1079 del 4 novembre 2003. «Ritenuto pertanto che il pregiudizio dedotto appare connotato da elementi certi di estrema gravità ed urgenza e che il periodo di tempo intercorrente per la trattazione collegiale della domanda di sospensiva non è tale da arrecare pregiudizio all'interesse dell'amministrazione...»). Cfr. anche decreto Pres. f.f. T.A.R. Sicilia del 2 settembre 2003; Cfr. G. VACIRCA, *Relazione sull'attività svolta dal T.A.R. Toscana*, in [www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi.contributi/vacircal.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi.contributi/vacircal.htm) «...Significativa al riguardo è stata nell'anno 2002 l'emanazione del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 in materia di realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, il cui art. 14 richiede che la valutazione del provvedimento cautelare debba tener conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera e che nel concedere la misura cautelare il giudice non possa prescindere dal motivare anche sulla gravità ed irreparabilità del pregiudizio all'impresa del ricorrente, il cui interesse dovrà comunque essere comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure». Il bilanciamento degli interessi delle parti nella domanda cautelare è un requisito valutato nei processi dei vari ordinamenti». Cfr., per quanto riguarda il processo comunitario, BIAVATI-CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2000, 294, L. QUERZOLA, *Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2000, 805 ss. Per quanto attiene al processo civile cfr. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, 408.

(27) PITTALIS, *Natura e presupposti dell'azione cautelare*, in [www.diritto2000.it](http://www.diritto2000.it)

(28) Tale necessità è espressa ormai, senza dubbi, dalla dottrina, cfr. D. DE CAROLIS, *La tutela cautelare: le misure cautelari, presidenziali e collegiali tra atipicità ed effettività della tutela*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. Caringella, M. Protto, Giuffrè, 2002, 273.

(29) Cfr. anche il decreto (di accoglimento) Pres. T.A.R. Toscana n. 303 del 24 marzo 2003 e n. 386 dell'11 aprile 2003. Il decreto n. 1078 del 3 novembre 2003 del Pres. T.A.R. Toscana citato nel testo è di rigetto. Cfr. in tal senso anche decreto Pres. f.f. T.A.R. Toscana

È vero, tuttavia, che il *fumus* deve essere adeguatamente motivato, visto anche il tenore della norma che richiede che il decreto venga motivato: non sarebbe, dunque, sufficiente, una mera clausola di stile (30).

La tendenza, a volte, sembra quella di invocare il *fumus* quando ciò è strumentale ad accogliere (Brescia 1149/2003), e non a rigettare.

Ed, invero, quasi il 70 per cento dei ricorsi vengono proposti sulla base di un prospettato grave danno: è necessario provare anche il *fumus* altrimenti, fisiologicamente, buona parte delle istanze di decreto monocratico o di sospensiva dovrebbero essere accolte solo sulla base del danno grave, considerati la tipologia ed il carattere del processo amministrativo cautelare.

Che il requisito del *fumus* debba comunque essere valutato, è principio consolidato anche nella dottrina processualcivile: anzi, si registra la tendenza a richiedere un «giudizio più completo e meditato» del *fumus*, con una progressiva attenuazione, sino all'eliminazione, del presupposto del *periculum in mora*» (31). Anche la dottrina amministrativa è ormai attestata sull'esigenza che la valutazione del *fumus* sia indispensabile (32).

Sarebbe auspicabile, dunque, una maggiore attenzione allo squilibrio che si può determinare in danno del destinatario passivo della misura cautelare monocratica, sempre emanata in assenza di contraddittorio (33), anche perché il dato normativo prevede espressamente l'obbligo di motivazione del decreto del Presidente.

n. 1079 del 7 novembre 2003 «il pregiudizio grave ed irreparabile risulta genericamente individuato nella eventualità che il contratto di permuta conseguente alla precitata deliberazione sia perfezionato in data anteriore alla prima udienza utile fissata per la trattazione in sede collegiale della domanda cautelare; lo stesso interesse soggettivo, destinato ad essere inciso dal gravato provvedimento, mostra, quanto meno agli effetti del richiesto provvedimento monocratico, di essere a sua volta correlato ad una generica aspettativa a partecipare ad un procedimento concorsuale, finalizzato alla aggiudicazione del bene in proprietà del Comune, senza che sia fornito alcun principio di prova od argomentazione intesi a rendere concretamente «visibile» siffatto interesse». Cfr. anche decreto Pres. T.A.R. Toscana n. 1091 del 6 novembre 2003 «Considerato che l'esercizio della facoltà di sospensione in via cautelativa dell'attività, di cui all'art. 31, comma 6, legge reg. 3 novembre 1998, n. 78 deve essere adeguatamente motivato; considerato che nel provvedimento e nella relazione tecnica del 2 ottobre 2003 ivi richiamata non sono indicate concrete situazioni di pericolo idrogeologico o ambientale; vista la documentazione attestante i gravissimi danni derivanti dalla sospensione della fornitura di materiale a imprese di costruzione, rigetta l'istanza».

(30) Cfr. il decreto Pres. f.f. T.A.R. Campania.

(31) E. F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della P.A.*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2 del 2003, 299 e 301.

(32) Cfr. per tutti, ABBAMONTE-LASCHEA, *Giustizia Amministrativa*, vol. XX del *Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da Santaniello, Padova, 2001.

(33) «Può accadere, inoltre, che alcuni indirizzi giurisprudenziali in materia cautelare, tendenzialmente seguiti dal giudice in un numero considerevole di controverse per la forza del precedente, si affianchino alla disciplina legislativa, giungendo a costituire una normativa provvisoria ispirata più alle esigenze di tutela dell'interesse del ricorrente che all'interesse pubblico... In definitiva, in molti casi la semplice sospensiva, pur essendo un indispensabile strumento di tutela dell'interesse individuale del ricorrente, si rivela, nell'ottica dell'interesse pubblico, un mezzo eccessivo e causa di incertezze», G. VACIRCA, *op. cit.*

La motivazione non può risolversi in una mera clausola di stile non argomentata: ciò anche al fine di evitare disorientamenti in capo alle Amministrazioni.

Anche perché, è bene precisare che l'impatto di tali provvedimenti di sospensione nei confronti di Amministrazioni è molto più forte di quello che può essere percepito da chi di mestiere si occupa tutti i giorni del processo amministrativo.

La percezione, infatti, può sostanziarsi in una sorta di atteggiamento di resa incondizionata (e questo nonostante le assicurazioni fornite dall'organo legale dell'Avvocatura dello Stato) o, comunque, di disorientamento circa l'attività posta in essere nonché della bontà dell'operato di Amministrazioni che, spesso, hanno speso notevoli energie sia materiali sia economiche per giungere all'emanazione dei provvedimenti impugnati.

Emerge, comunque, la tendenza dei giudici a considerare la sussistenza di entrambi i presupposti al fine di accogliere o meno la domanda, «dando una certa prevalenza alla prova della estrema gravità e urgenza, peraltro da accertare caso per caso» (34).

L'accostamento e la contiguità tra tutela sommaria cautelare giustificata da ragioni di urgenza di effettività della tutela e la sommarietà dell'accertamento del diritto controverso si rendono, dunque, imprescindibili.

La corretta percezione della pericolosità propria della eventuale irreversibilità degli effetti prodotti dal provvedimento cautelare, ossia della gravità del pregiudizio che un provvedimento cautelare può arrecare al convenuto che risulti vittorioso al termine del processo di cognizione piena, deve influire, già sul giudice monocratico, anche nel senso di una accurata valutazione del *fumus*, deve stimolarlo a ridurre o addirittura pretermettere, come avviene in molti casi, la sommarietà della cognizione in punto di *fumus* allo scopo di limitare di fatto la possibilità di ribaltamento del giudizio nel processo a cognizione piena (35).

Tanto più che, nel nostro caso, la fase cautelare successiva non si presenta certo come una fase a cognizione piena, ma si basa ancora su una valutazione del *fumus*.

«Trattasi di valutazioni di estrema delicatezza, ma a valutazioni di questa specie è affidata l'attuazione equilibrata della garanzia costituzionale dell'effettività del diritto di azione e del diritto di difesa» (36).

Sul requisito fondamentale del *fumus*, dunque, la dottrina è unanime nel considerarla imprescindibile, con una pregnanza maggiore anche del *periculum*, proprio perché la valutazione del *fumus* è da considerarsi costituzionalmente imposta (37).

---

(34) F. D. DE CAROLIS, *La tutela cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Giuffrè, 275.

(35) A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur.* 4.

(36) A. PROTO PISANI, *op. cit.* 4.

(37) A. PROTO PISANI, *op. cit.*

### 3. — LA NOTIFICA ALL'AVVOCATURA DELLO STATO

Paradigmatico è il decreto n. 1053/03 del 28 ottobre 2003 emesso dal presidente del T.A.R. Toscana, in cui si precisa che «In difetto di valida notifica all'Avvocatura dello Stato, non può essere esaminata l'istanza di misura cautelare provvisoria», pur risultando essa notificata all'Amministrazione (38).

Tale interpretazione, ineccepibile in quanto rispondente appieno al dato letterale della norma, non è, purtroppo, sempre seguita.

Un decreto emesso dal presidente di sezione (la seconda) del T.A.R. Sicilia, sezione distaccata. Catania ha, infatti, introdotto il principio a dir poco «innovativo» per il nostro ordinamento giuridico, che il deposito del ricorso debba avvenire prima della notifica presso l'Avvocatura dello Stato, stravolgendo ogni regola in ordine alle norme che disciplinano la procedura amministrativa, e la proposizione dei ricorsi davanti al giudice amministrativo.

È doveroso, dunque, porsi il problema se è costituzionale l'interpretazione offerta dal T.A.R. Catania (39), anche se si tratta di una pronuncia isolata nel panorama dei decreti presidenziali *inaudita altera parte*.

Innanzitutto, non persuade il sovrapporsi e il confondersi dei concetti di contraddittorio e di notifica, visto che esprimono il medesimo concetto.

Alla luce di una norma che, presumibilmente reca una irregolarità, in quanto intende per assenza del contraddittorio unicamente la struttura dialettica del processo, mentre invece, già con la notifica, si instaura il contraddittorio non si giustifica, tuttavia, l'interpretazione che ne viene offerta (40).

A riprova di ciò si pone il dato letterale della legge, nonché il principio già espresso dalla Corte costituzionale in tema della piena parità processuale tra il privato e l'Amministrazione (ord. 5 maggio 2002, n. 179).

Mancanza di contraddittorio, nella *ratio* della norma della legge 205, non significa omessa notifica del ricorso, bensì emissione del decreto in assenza di udienza, ossia di dialettica tra le parti, anche sommaria e rudimentale, anche se eventuale, considerato che il Presidente ha comunque la possibilità di avocare davanti a sé le parti (altro particolare sempre trascurato).

---

(38) In tal senso è attestata la giurisprudenza, e di recente v. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 257 del 17 dicembre 2002, in *Rass. Avv. St.*, n. 1 del 2003, 249. Com'è noto, l'art. 11, primo comma, regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, così come 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 speciali 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».

(39) Decreto pres. f.f. T.A.R. Sicilia - sez. dist. Catania, II sez. n. 32 del 6 dicembre 2001.

(40) Cfr. sulle inesattezze giuridiche e linguistiche della norma, F. CINTIOLI, *op. cit.*

rato e che sarebbe opportuno considerare almeno nei «casi delicati», o di notevole impatto sull'opinione pubblica, come ad esempio nella ormai famosa vertenza sul «calcio Catania») (v. oltre).

Ne è riprova il fatto che la stessa legge 205 prevede la possibilità della notifica via telefax alle parti, o addirittura via *e-mail*, come peraltro ricordato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza del maggio 2002.

Non solo: talora i decreti monocratici vengono comunicati regolarmente via fax e la stessa sezione seconda TAR Catania, nei suoi decreti, pur predicando la non necessità della notifica, ordina che questo ultimo «dovrà essere comunicato via fax alle parti» (41), creando così ulteriore contraddizione con l'esigenza dell'omessa notifica (anche via fax) del ricorso.

Non convince l'argomentazione secondo cui non tutte le Amministrazioni sarebbero dotate di mezzi telematici o di fax: si tratta di mezzi, soprattutto il secondo, largamente usati, e anche sull'uso dell'*e-mail* si stanno facendo progressi (42).

Ciò si interseca con la recente tendenza alla dematerializzazione dell'attività amministrativa e all'introduzione della teleamministrazione, sino alle sempre più vicine e concrete rappresentazione «elettromagnetica», gestione telematica dei procedimenti amministrativi e interconnessione dei sistemi informatici, che facilitano ed accelerano i tempi di conclusione dell'attività procedimentale, e nello stesso tempo la rendono più sicura, chiara e garantista.

Inoltre, a differenza dei controinteressati, le autorità emananti sono immediatamente individuabili, sia quanto a identità, sia quanto al luogo della notificazione, specie per le autorità statali, che per legge sono domiciliate presso l'Avvocatura dello Stato e sono, altresì, tutte istituzionalmente deputate alla difesa del provvedimento.

È inoltre utile tenere in considerazione gli ultimi interventi normativi, che contengono una chiara ed incontrovertibile disciplina del nuovo modello di amministrazione informatizzata (43).

---

(41) Decreto presid. f.f. T.A.R. Sicilia - sez. dist. Catania, II sez. n. 32 del 6 dicembre 2001; Decreto Pres. ff. T.A.R. Sicilia, sez. Catania, n. 1010 del 2 giugno 2003.

(42) LEA QUERZOLA, *La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo. Avvicinamento o allontanamento dal processo civile?*, in *Riv. dir. e proc.*, 2001, 1437.

(43) Il sistema della «teleamministrazione» - introdotto nel nostro ordinamento nel 1991, e dunque successivamente all'approvazione della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990 - è stato oggetto di molteplici disposizioni normative, tra le quali meritano di essere segnalate: - il d.l. n. 6/1991, convertito dalla legge n. 80/1991, che autorizza gli enti locali ad emanare atti amministrativi mediante sistemi informatici e che prevede la sostituzione della firma autografa con l'indicazione a stampa del soggetto responsabile, da apporre sul documento prodotto con il sistema automatizzato; - la legge delega n. 421/1992, con la quale il Parlamento ha delegato il Governo ad emanare un regolamento volto a migliorare l'informatica pubblica mediante l'istituzione di apposito organismo; - il d.lgs. n. 39/1993 di attuazione della legge delega n. 421/1992, istitutivo dell'A.I.P.A. (autorità per l'informatica nella P.A.) e volto principalmente ad attuare gli scopi della legge n. 241/1990, a garantire la comunicabilità dei dati tra le P.A. e a riconoscere valore giuridico agli atti in forma elettronica; - la legge n. 59/1997 (*Bassanini*), con la quale viene ribadita la validità

Non convince nemmeno l'argomentazione di facili strumentalizzazioni(44): la ricevuta di fax ed e-mail è ormai regolata per legge e la perplessità circa il loro utilizzo alimenta solo una pericolosa mancanza di fiducia nelle Istituzioni, anche perché il legislatore individua un vero e proprio rapporto teleologico tra l'informatica e la trasparenza dell'azione amministrativa (legge 241/1990).

Peraltro, l'uso del fax è già in uso presso i T.A.R. per comunicare i decreti monocratici all'Avvocatura dello Stato(45).

L'imparzialità è un canone dell'agire amministrativo espresso dalla Costituzione e quindi di radicato e attuale spessore.

La notifica, quale *vocatio in ius* può, peraltro, anche consentire, comunque, la costituzione della convenuta Amministrazione con memoria conte-

---

giuridica degli atti, dei documenti e dei contratti della P.A. formati con strumenti informatici o telematici;- il d.P.R. n. 513/1997, recante regolamento con cui si introduce la c.d. firma digitale; - il d.P.R. n. 447/1998, recante regolamento dello sportello unico;- il d.p.c.m. n. 70/1999, contenente le regole tecniche per la firma digitale da apporre sui documenti informatici;- la delibera A.I.P.A. n. 51/00, con cui viene emanato un insieme di regole tecniche in materia di formazione e conservazione di documenti informatici delle amministrazioni;- il d.P.R. n. 445/00, recante il t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, modificato ed integrato dal recente d.lgs. n. 10/02. Si evincono chiaramente gli obiettivi e le finalità di tale sistema normativo, principalmente volto a trasformare i procedimenti amministrativi tradizionali in procedimenti informatizzati; a configurare provvedimenti telematici; a garantire comunque la conservazione dei documenti, che vengono infatti memorizzati su appositi dischi *worm*; ed infine a consentire, ovviamente nei limiti del diritto alla riservatezza, la libera circolazione delle informazioni nella rete unitaria alla quale tutte le amministrazioni sono collegate. Cfr. anche il d.P.R. 428/1998; direttiva del 9 dicembre 2003 n. 53 del dipartimento per l'innovazione e le tecnologie in materia di trasparenza dell'azione amministrativa e gestione dei flussi documentali; artt. 55 e 56 del d.P.R. n. 445/2000 che prevedono il nucleo minimo per raggiungere obiettivi informatici.

(44) L. QUERZOLA, *La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo. Avvicinamento o allontanamento dal processo civile?*, in *Riv. dir. e proc.*, 2001, 1437. Non ritengo opportuno e costruttivo, infatti, alimentare e sollecitare in maniera indiscriminata nei confronti delle Amministrazioni statali, immagini di inefficienza, incompetenza, staticità, caos, confusione, scarsa trasparenza, soprattutto in Italia, dove manca una tradizione di un sia pure astratto spirito di servizio nei confronti dello Stato. Il risultato è solo quello di produrre, prevalentemente, sentimenti di inaccessibilità, distacco, lontananza, insoddisfazione, disagio, sottomissione (solo in certi casi). A ciò si aggiunga che, in ogni caso, anche i valori attribuibili idealmente alla P.A. sembrano svanire una volta dato spazio alle istanze più emotive dei soggetti. Per non parlare dei criteri a volte volutamente contorti e bizantini con cui le leggi vengono redatte, che non solo non vengono comprese dal cittadino, ma nemmeno dalla P.A., e avvolgono quest'ultima in una intelaiatura e in un reticolo di procedure in cui difficilmente è individuabile la chiave di decrittazione di quel grande Mistero Eleusino che è il diritto italiano. Cfr. su questo problema I.F. CARAMAZZA, *Risarcimento del danno e giudizio amministrativo*, in *Rass. Adv. Stato*, 2002, 35, il quale ironicamente afferma «Nel diritto le parole sono peggio che pietre... difetto della tecnica legislativa adottata è la pretesa di esprimere concetti nuovi con termini antichi, il che poteva riuscire benissimo ad un artista come Andrea Chenier che ispirava la sua poetica al *sur des pensers nouveaux faisons des vers antiques*, ma che al nostro legislatore suggerisce solo soluzioni pasticciate».

(45) Decreti Pres. T.A.R. Toscana n. 1178 e 1179 del 21 novembre 2003 e, comunque, quasi la totalità dei decreti emessi dal Pres. T.A.R. Toscana riguardanti l'Avvocatura dello

nente le eccezioni e la difesa, anche in coincidenza con l'emissione del decreto, posto che la costituzione può avvenire il giorno stesso del deposito (46).

La mia impressione è che talvolta il rischio che si corre è la forzatura del dato normativo della 205, con l'inevitabile risultato di un inutile doppiopione dell'ordinanza di sospensiva, senza, tuttavia, la garanzia del contraddittorio con la Amministrazione, con grave menomazione dei suoi diritti di difesa (e con il sospetto di incostituzionalità, visto e considerato che l'art. 24 della Costituzione si applica anche allo Stato in giudizio).

L'art. 7 della legge 241 del 1990 ha garantito il contraddittorio preventivo con il privato, ma il contraddittorio successivo con l'amministrazione non sempre viene pienamente garantito.

Perché questa esigenza di tagliare fuori l'Amministrazione e di precluderle anche di conoscere il contenuto del ricorso notificato?

La tutela dell'interesse pubblico non deve essere considerata come alternativa o addirittura confliggente con l'interesse della comunità e, dunque, dei singoli cittadini.

Vorrei sottolineare come le norme presenti nell'ordinamento giuridico contengono già le soluzioni e gli strumenti necessari per tutelare adeguatamente sia il diritto alla difesa del ricorrente sia il diritto alla difesa dell'Amministrazione resistente, senza la necessità di ricorrere ad altre interpretazioni.

Innanzitutto, è già prevista la fissazione di una camera di consiglio straordinaria in data utile e relativa notifica del ricorso con abbreviazione di termini *ex art.* 36, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 (47).

Stabilire, come fa il giudice di Catania, che il deposito debba avvenire prima della notifica, oltre che non essere aderente al dato normativo, introduce i germi di una tutela cautelare *ante causam* non ammessa nel nostro ordinamento.

In realtà il giudice di Catania perviene alle stesse conclusioni del giudice bresciano che ha sollevato prima eccezione di incostituzionalità poi, a seguito del rigetto da parte della Corte costituzionale (ordinanza 10 maggio 2002, n. 179), ha sottoposto la questione dell'ammissibilità del decreto monocratico *ante causam* dinanzi alla Corte di Giustizia al fine di legittimare l'introduzione del decreto cautelare *ante causam*, giungendo, tuttavia, al medesimo

---

Stato. L'uso del mezzo del fax consente all'Avvocatura dello Stato e all'Amministrazione interessata di venire a conoscenza quanto prima del contenuto del provvedimento e di svolgere immediatamente, o comunque con maggiore celerità, le attività difensive ivi connesse.

(46) Cfr. al riguardo decreto Pres. f.f. T.A.R. Marche, n. 374 del 7 ottobre 2003: «Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Ancona...».

(47) Il termine abbreviato di cui all'art. 23 *bis* della legge n. 1034 del 1971, introdotto dalla legge n. 205 del 2000, non si applica per la notifica del ricorso, ma trova applicazione per il computo del termine di deposito dello stesso, Consiglio di Stato, V Sezione, Sentenza 18 marzo 2002 n. 1559.

risultato: pretermettere e compromettere la difesa dell'Amministrazione nel processo cautelare (48), oltre che cedere al fascino indiscreto della complicazione.

Allora anche qui è bene evidenziare come la fase cautelare sia meramente incidentale rispetto a quella di merito e che il giudice della cautela deve necessariamente conoscere dei motivi di ricorso.

E poi per quale motivo si dovrebbe forzare il dato normativo visto che: *ubi lex non dicit non voluit e in claris non fit interpretatio?*

Mi rammarico del fatto che la parità in giudizio tra le parti, tanto invocata, sembra svanire quando è la parte pubblica ad averne diritto e questo, a volte, anche in nome di un mal celato sensazionalismo giuridico.

La necessità di pretermettere la notifica non si comprende anche alla luce della possibilità prevista dalla 205 di proporre eventualmente motivi aggiunti o, ripeto, la possibilità di riduzione di termine e contestuale decreto di fissazione con convocazione delle parti davanti al Presidente, ove questi lo ritenga utile (art. 36 R.D. 17 agosto 1907, n. 642) (la norma è del 1907!).

Peraltro, anche nel processo comunitario non si concepisce una richiesta di tutela in via d'urgenza se prima non sia stato già depositato in cancelleria il ricorso principale (49).

#### 4. — IL DIRITTO AL CONTRADDITTORIO DELL'AMMINISTRAZIONE

C'è già il rischio che le norme previste dalla legge 205 del 2000, se non interpretate letteralmente, possano nuocere gravemente ai diritti alla difesa dell'Amministrazione.

Già la configurazione di una nuova fase cautelare anticipata reca un arretramento ingiusto ed eccessivo della soglia di tutelabilità delle pretese del ricorrente.

Pretesa ad un giusto processo: ne ha diritto anche lo Stato in giudizio? Sembra quasi blasfemo affermarlo, eppure è un diritto, da più parti invocato ed è scontato solo se applicabile a qualunque parte, basta che non sia pubblica.

Il riferimento all'assenza di contraddittorio va inteso quale possibilità di provvedere *inaudita altera parte*, purché il ricorso sia stato notificato all'Amministrazione: non si tratta di un «azzeramento totale, ma di una limitazione della pienezza del contraddittorio che lascia ferma in capo ai soggetti interes-

(48) Ordinanza T.A.R. di Brescia, n. 76, del 24 aprile 2003.

(49) Cfr. sul punto gli approfondimenti di L. QUERZOLA, *Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. proc. civ.*, 2000, 805 ss. e, della stessa autrice, *La tutela cautelare...op. cit.*, 181, n. 33, dove viene fatta un'ampia panoramica al riguardo, con citazioni dottrinarie tra cui BIAVATI CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2000, 286 e, nel senso, invece, a favore del fatto che la richiesta di misura cautelare oggi possa precedere l'instaurazione del giudizio principale anche nel processo amministrativo, VILLATA, *Il diritto comunitario e il processo amministrativo*, relazione tenuta nel corso della XXXIII tavola rotonda di diritto comunitario, dedicata a *L'influenza del diritto comunitario sul diritto processuale*, tenutasi a Milano il 24 novembre 2000.



sati, consapevoli della richiesta della misura cautelare, di farsi ascoltare dal presidente, di depositare scritti o di diversamente operare a tutela delle proprie ragioni» (50).

Infatti, la possibilità di decidere *inaudita altera parte* non esclude che il Presidente prima di adottare il decreto, ascolti le argomentazioni difensive delle altre parti. Aggiungere una nuova tutela pre-precautelare significherebbe svuotare di contenuto la stessa legge 205 e la *ratio* ad essa sottesa.

Come è possibile ammettere la tutela preventiva *ante causam*, nel processo amministrativo, visto che la fase cautelare è meramente incidentale rispetto a quella di merito? Il giudice della cautela deve necessariamente conoscere i motivi di ricorso.

Per come si presenta il congegno normativo già di per sé, una interpretazione penalizzante per l'Amministrazione non garantirebbe il contraddittorio e si potrebbe, come tale, anche configurare incostituzionale per violazione degli artt. 3, 24, 111 e 113.

Il suddetto decreto potrebbe, infatti, inficiare, già in assenza di atti e documenti non ancora fatti pervenire alla Avvocatura dello Stato, la garanzia di una adeguata tutela degli interessi della parte pubblica.

Tale soluzione adottata dal legislatore si pone in contrasto, peraltro, con le soluzioni adottate negli altri ordinamenti europei, come in Francia, dove addirittura è prevista la soluzione contraria: un segmento processuale, senza contraddittorio tra le parti, per i casi di pronta e facile soluzione, in cui l'istanza viene rigettata *inaudita altera parte*, senza che l'Amministrazione sia a conoscenza nemmeno del ricorso (51).

Non dimentichiamo che, a differenza che nel processo civile, dove comunque si pone il problema egualmente, nel processo amministrativo è l'interesse pubblico che deve prevalere, e che si realizza anche con la tutela apprestata al privato istante.

Senza poi contare il fatto che il contraddittorio sfrutta la contrapposizione dialettica delle parti litiganti per finalità superiori di ordine obiettivo (l'interesse pubblico ad una razionale ricerca della verità controversa o l'attuazione della giustizia sostanziale) (52).

Ormai, non si può certo sostenere che la posizione processuale della P.A. sia preminente rispetto alle parti private.

---

(50) F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, 2003, 1076.

(51) *Code de justice administratif*, così come modificato da un decreto del 1997 in attuazione di una legge del 1995, cfr. al riguardo J. BERTHOUD, E. COENT-BOCHARD, V. HAIM, O. YEZNIKIAN, *L'exécution des décisions de justice*, in *AJDA*, 864 ss. Più in generale J. WOEHLING, *La réforme du contentieux administratif vue des tribunaux administratif de première instance*, in *Dir. Proc. Amm.* 1995, 842 e sulla legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 relativa ai *référé* davanti alle giurisdizioni amministrative, C. SILVESTRI, *Il sistema dei référés*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 9 ss.; G. PALEOLOGO, *Modo di lavoro dei Consigli di stato italiano e francese in sede giurisdizionale*, in *Estratto dal volume «I Consigli di stato di Francia e d'Italia, a cura di Giovanni Paleologo*, Giuffrè, 1998, 15. Anche in Germania si riscontrano soluzioni analoghe, v. W. HEILEK, *Cenni sulla giustizia amministrativa in Baviera/Germania*, in [www.diritto.it/articoli/amministrativo/heilek.htm](http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/heilek.htm), 1 ss.

(52) L. P. COMOGLIO, *Contraddittorio*, voce *Nov. Dig.*, UTET, vol. VI, 2.

La P.A. non è più da ritenersi privilegiata dinanzi al G.A.: il processo amministrativo non è più rivolto a soddisfare in via primaria solo l'interesse pubblico.

Da tempo le due parti sono in posizione di parità.

In particolare, con l'avvento della legge 205/2000, deve escludersi che la P.A. si trovi in ordine al sistema delle misure cautelari del processo amministrativo in una posizione avvantaggiata: in questi esatti termini si è pronunciata la Corte Costituzionale con ordinanza n. 179 del 6 maggio 2002.

La Corte, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 legge n. 1034 del 1971 così come novellato dalla legge 205 del 2000, sollevata in riferimento agli artt. 24 e 113 della Costituzione, nonché dell'art. 700 c.p.c., sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost., dichiara che deve escludersi che la P.A. si trovi in una posizione privilegiata in ordine al sistema delle misure cautelari del processo amministrativo (53).

Nel processo amministrativo la tempestività e la effettività della tutela anche cautelare sono ormai completamente assicurate dal complesso delle disposizioni processuali che prevedono, tra le altre cose, la massima semplicità e flessibilità del mezzo introduttivo dei giudizi amministrativi, anche attraverso il meccanismo dei motivi aggiunti e l'impugnazione di atti sopravvenuti o conosciuti dopo la proposizione del ricorso (art. 1 della legge 205/2000 sostitutivo dell'art. 21, primo comma legge 6 dicembre 1971 n. 1034).

In questo contesto di ampliamento di tutela delle situazioni giuridiche soggettive non è affatto detto che la parte debole sia necessariamente il ricorrente (54).

Questo poteva accadere in un sistema fondato sugli interessi oppositivi.

In un sistema, tuttavia, che ha sempre maggiore riguardo e si fonda ormai sugli interessi pretesivi, non è infrequente che sia proprio l'Amministrazione la parte debole.

Si tende a chiedere ai pubblici poteri più di quanto i pubblici poteri possano ragionevolmente dare (55).

Talora è il danno al buon andamento della P.A. che si configura: è imprescindibile garantire la verifica dell'eventuale danno che anche una breve sospensione possa arrecare all'interesse pubblico.

---

(53) Ordinanza n. 179 del 2002, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Cfr. anche A. MONACI-LIUNI, *Il procedimento monitorio e dintorni nel processo amministrativo*, in *giust. it.*, 10: «è stato sostenuto (Abbamonte, *in primis*) che il legislatore dell'art. 8 ha trasfuso *tout court* il procedimento monitorio nel corpo del processo amministrativo per dare risposta ad un'esigenza di completezza...Solo un accenno - che offro come spunto all'illustre, ed a me caro, Maestro - al mio convincimento sulla necessità, in primo luogo di superare in qualche modo la tralaticia affermazione sui privilegi di cui godrebbe la P.A. Non può negarsi che una serie di norme sostanziali e procedurali a garanzia del cittadino... e fatte valere da una giurisprudenza particolarmente attenta... impongono una rimeditazione della frusta locuzione e della sua effettiva portata».

(54) S. GIACCHETTI, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali nei confronti della P.A. e la foresta di Sherwood*, in [www.giust.it/articoli/giacchettiesecuzione.htm](http://www.giust.it/articoli/giacchettiesecuzione.htm).

(55) S. GIACCHETTI, *L'esecuzione delle statuizioni giudiziali...op. cit.*

Il giudice amministrativo si pone, dunque, come «il garante non del solo interesse legittimo del ricorrente, ma anche della potestà dell'Amministrazione... sullo sfondo c'è un terzo partecipante al giudizio, silenzioso come un convitato di pietra, ed è quella giustizia nell'Amministrazione che il giudice è del pari tenuto a tutelare ai sensi dell'art. 100 Cost. ...la quale va intesa non solo nel senso formale di legittimità ma anche nel senso sostanziale di buon andamento» (56).

Ciò anche alla luce della nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione che afferma il principio del rispetto del giusto processo, nonché del 1 comma dell'art. 117 Cost. come novellato con la legge costituzionale 12 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) che impone una interpretazione conforme anche ai vincoli ed obblighi internazionali (57).

Ora, è evidente che l'adozione del decreto cautelare monocratico *inaudita altera parte* se non adottato *secundum legem*, potrebbe oltremodo violare le norme costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 111 e 113.

Risulta ancora, e qui mi voglio ripetere, che le suddette norme, tanto invocate per garantire le parti private, vengono sempre dimenticate quando si tratta di applicarle alla parte pubblica statale.

È, peraltro, doveroso, ricordare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza 30 marzo 2000, n. 1 (58), ha tra le altre cose affermato che l'Amministrazione, qualsiasi attività sia ad essa imputabile, va vista sempre come servizio nell'interesse della comunità, perché, come già rilevato nelle precedenti sentenze dell'Adunanza stessa nn. 4 e 5 del 22 aprile 1999, i principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità «costituiscono valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell'Amministrazione» e «riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione di provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato»; sicché «va sempre finalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo ogni attività dell'Amministrazione senza alcuna eccezione» (59).

V'è inoltre da ricordare che la dottrina italiana degli ultimi cinquanta anni è frutto di una impostazione forense data dagli studiosi - quasi sempre

---

(56) S. GIACCHETTI, *L'esecuzione...op.cit.*

(57) Cfr., a proposito dei procedimenti monitori, A. MONACILIUNI, *Il procedimento monitorio e dintorni nel processo amministrativo*, in *Giust. it.*, la necessità di farsi carico delle preoccupazioni relative alle esigenze del contraddittorio e proteggere il debitore contro illegittime, infondate o maliziose pretese, per salvaguardare all'Amministrazione la posizione e le eccezioni che le spettano, «assume oggi nuova pregnanza alla luce della attuale formulazione dell'art. 111 della Costituzione, ovvero in forza dell'introduzione nella Carta fondamentale del principio del giusto processo e delle garanzie del diritto di difesa»; v. anche PROTTO M., *La tutela anticipatoria dei crediti pecuniari verso la P.A.: tra tutela cautelare e tutela sommaria*, in <http://www.giust.it>

(58) Pubblicata in *Cons. Stato*, 2000, 2040.

(59) S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'Amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2027.

avvocati-docenti universitari -, dove il punto di vista fatto valere è spesso solo quello della parte privata, a scapito della parte pubblica statale, rappresentata dalla Avvocatura dello Stato (peraltro con risorse umane limitate a sole 350 unità togate su tutto il territorio italiano).

Le storture sono tante: si pone pertanto necessario verificare con accuratezza «se il coacervo normativo oggi dato, opportunamente utilizzato, non sia in grado di assicurare privilegi al singolo a scapito dell'interesse pubblico» (60).

Tali concezioni o idee ricevute, cristallizzate in stereotipi, in generici elementi di giudizio, alimentano interpretazioni distorte e penalizzanti per lo Stato in giudizio.

Il rischio che si corre perseguendo questa impostazione è un cammino a ritroso, che si preannuncia affascinante, forse, per alcuni, ma non in sintonia con le regole del nostro ordinamento, che garantisce la parità processuale per tutte le parti, pubbliche o private che siano.

Nel deposito delle opinioni fossilizzate nelle capsule di una ripetitività acritica, tale interpretazione occupa, purtroppo, un posto di tutto riguardo, e trae la sua linfa vitale da una concezione che privilegia gli individui e non più la collettività, si spoglia del connotato originario, diventa etichetta definitoria, scorciatoia retorica, tracciata dagli stessi congegni che l'hanno prodotta, con evidente esaltazione del carattere citazionale ormai privo di contenuto sostanziale e con un pervicace indugio ripetitivo del tema.

Nel magma delle interpretazioni, meglio appoggiarsi ad un'evocazione giuridicamente «emblematica», come quella che anche lo Stato in giudizio deve avere i suoi diritti da far valere e, quando questi ci sono, deve essergli concesso di farli valere.

La disposizione degli argomenti scelti dai fautori di questa impostazione così penalizzante per lo Stato, fa pensare ad una catena degli anelli diseguali, ad un congegno antiquato che privilegia le istantanee, rinunciando allo sguardo d'insieme, col rischio di cogliere solo aspetti momentanei.

(L'istantanea, si sa, a differenza del filmato, non dà immagini collegate nel succedersi degli eventi, non ritrae il cambiamento nel suo divenire, è condannata alla fissità e appartiene, come tale, al calderone della pseudo-comunicazione – giuridica in questo caso).

##### 5. — NOMINA DEL COMMISSARIO *AD ACTA* IN SEDE DI ADOZIONE DEL DECRETO MONOCRATICO

Il dato letterale del comma 14 dell'art. 21 stabilisce che «nel caso in cui l'Amministrazione non abbia prestato ottemperanza alle misure cautelari concesse la parte interessata, può con istanza motivata e notificata alle altre parti, chiedere al T.A.R. le opportune disposizioni attuative».

---

(60) A. MONACILIUNI, *Il procedimento monitorio e dintorni nel processo amministrativo*, in *Giust. it.*, 10 «Non intendo qui predicare in astratto la supremazia dell'interesse pubblico, peraltro per così dire in *re ipsa*. Qualsiasi Stato, qualsiasi società organizzata, a quanti principi liberisti abbia a conformarsi, non potrà mai fare a meno di curare l'interesse della collettività ed assicurargli prevalenza su quelli del singolo, ancorché nel rispetto di questi ultimi».

Pare, dunque, difficile ipotizzare la possibilità da parte del Presidente di nominare contestualmente nel decreto anche il commissario *ad acta*, palesandosi la necessità che solo in caso di inadempimento alle prescrizioni in esso contenute, e con istanza di parte, sia possibile radicare il giudizio di ottemperanza, e non in via preventiva e cautelativa.

Oltretutto, quest'ultimo richiede una valutazione del merito della controversia da parte del giudice, con una sostituzione di esso all'Amministrazione (61).

Inoltre, si determinerebbe un curioso *transfert* del giudice monocratico cautelare in un giudizio che, peraltro, spetta al collegio.

Si profilerebbero, infatti, una carenza ed un vuoto di tutela nei confronti degli atti lesivi posti in essere dal commissario *ad acta*, non essendo stato introdotto il giudizio per l'esecuzione della misura cautelare e, dunque, ancora adito il giudice dell'ottemperanza.

Si ricorda, infatti, che il decreto *inaudita altera parte* non è immediatamente appellabile ed il lasso di tempo (talora lungo) tra la sua emanazione e la fissazione della prima camera di consiglio, può compromettere irrimediabilmente non solo la difesa ma anche gli interessi dell'Amministrazione con grave nocumento, quindi, degli interessi pubblici.

Ciò può allora offrire, a contrario, lo spunto per una rimediazione sulla natura giuridica di quella invenzione giurisprudenziale che è il commissario *ad acta*, e per configurare la natura amministrativa e non giurisdizionale dei suoi atti, configurandosi la necessità di riequilibrare a favore dell'Amministrazione i diritti alla difesa alquanto compressi, e fornirle la possibilità di intervenire in qualche modo nelle more (62).

Si consideri che nel caso del Catania- calcio il decreto è stato emesso il 14 agosto in quanto la prima udienza utile si teneva solo il 12 settembre.

---

(61) Nomina, invece, il commissario *ad acta*, decreto Pres. T.A.R. Calabria sez. stacc. Reggio Calabria del 14 agosto 2003 (cd. caso del Catania calcio). Lo nomina, ma in sede di istanza di esecuzione cautelare, decreto Pres. f.f. T.A.R. Sicilia, sez. stacc. Catania, II sez., n. 1010 del 12 giugno 2003. Cfr. anche G. VIRGA, *L'esecutività delle sentenze di primo grado tra giudizio di ottemperanza e tutela cautelare*, in [www.giust.it/corte/cortecost.1998-406.html](http://www.giust.it/corte/cortecost.1998-406.html)

Sul tema G. AVANZINI, *L'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato tra diritto positivo ed effettività della tutela*, in *Giur. cost.*, 1999, fasc. 2, 1251 ss., sulla pronuncia della Corte Costituzionale 12 dicembre 1998, n. 406 che ha rigettato la questione di incostituzionalità dell'art. 37 legge 1034/1971, dell'art. 27 comma 1 n. 4 r.d. 1054/1024 e degli artt. 90 e 91 r.d. 642/1907 nella parte in cui prevedono che il giudizio di ottemperanza possa essere proposto esclusivamente avverso le sentenze già passate in giudicato; C. CAVALIERI, *L'esecuzione delle sentenze di primo grado ex art. 10 legge 205/2000: una estensione del giudizio di ottemperanza o speciale procedimento cautelare in pendenza del ricorso in appello?* in [www.giust.it/articoli/calvieri.esecuzione.htm](http://www.giust.it/articoli/calvieri.esecuzione.htm); G. VERDE, *Attualità del principio nulla executio sine titulo*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 963 ss.; B. GRAZIOSI, *Giudizio di ottemperanza ed esecuzione delle sentenze di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 451 ss.

(62) Ad esempio, poteva risultare preferibile, invece che l'adozione del «decreto salva calcio», ipotizzare il ricorso ad un atto di autoannullamento d'ufficio nel superiore interesse pubblico. Questo, tuttavia, solo nel caso gli atti posti in essere dal commissario *ad acta* fossero stati ritenuti lesivi, visto che appare improbabile poter instaurare il giudizio di reclamo al giudice dell'ottemperanza prima della camera di consiglio ed è precluso appellare il

Com'è noto, il Consiglio dei Ministri, in data 19 agosto 2003, ha ritenuto necessario emettere il cosiddetto decreto legge «salva calcio» per arginare gli effetti di tale pronuncia (63). Oltretutto, una maggiore approfondita analisi, nonché lo spiegarsi del contraddittorio, avrebbe potuto approfondire gli aspetti, controversi, relativi alla giurisdizione del giudice amministrativo nonché alla competenza territoriale del TAR Calabria, sezione distaccata di Reggio Calabria.

Pare dubbio che un potere-dovere di porre in essere atti amministrativi da parte del commissario *ad acta*, possa scaturire da una pronuncia giurisdizionale, senza il supporto di un dato normativo, e per giunta espressa in veste monocratica.

La suddetta interpretazione, peraltro, non si giustifica alla luce della legge 205, che ha espressamente previsto la possibilità di consentire l'esecuzione delle ordinanze cautelari mediante l'attribuzione al giudice degli stessi poteri previsti nel giudizio di ottemperanza (l'art. 3 della legge 205 del 2000 prevede che il giudice abbia gli stessi poteri previsti dall'art. 27, n. 4, del t.u. n. 1054/1924).

Nemmeno una valutazione d'insieme di questo peculiare rito processuale riesce a giustificare tale interpretazione, anche considerando che il meccanismo tipico del medesimo viene utilizzato in vari altri tipi di processo, come una sorta di rito «*passe-partout*», per risolvere problemi altrimenti di difficile soluzione (64).

Nemmeno sembra aderente al dato normativo un altro tipo di interpretazione, volta ad accogliere l'istanza e, in attesa della camera di consiglio, ordinare all'Amministrazione il riesame della pretesa sostanziale fatta valere: in tal caso si determinerebbe, infatti, una ingiusta compressione del diritto alla difesa (65).

---

decreto innanzi al Consiglio di Stato. Cfr. sul punto della subordinazione del rimedio del pubblico interesse in caso di provvedimento illegittimo del commissario *ad acta*, G. VACIRCA, *L'impugnazione dei provvedimenti adottati dal commissario giudiziale ad acta*, in *Foro amm.*, 1982, 259. Cfr. anche F. FAVARA, *Ottemperanza al giudicato e attribuzioni amministrative regionali*, in *Rass. Avv. St.*, 1977, 498, laddove si pone il problema della tutela dei terzi che dall'attività del commissario *ad acta* dovessero risulterne lesi.

(63) Il decreto conta di tre articoli: nel primo si riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo, nel secondo si sottolinea che i rapporti tra ordinamenti sono regolati con principio di autonomia e nel terzo sono previste le norme sulla disciplina e giurisdizione transitoria.

(64) Ad esempio, nel giudizio contro il silenzio, nella fase di esecuzione delle pronunce cautelari, nella fase inerente alla determinazione del *quantum* della sentenza di condanna al risarcimento del danno, ai fini dell'esecuzione delle sentenze non passate in giudicato, e non sospese dal giudice di appello (art. 33 della legge n. 1034/1971, come integrato dall'art. 10 della legge 205).

(65) Decreto pres. f.f. T.A.R. Toscana n. 835 del 31 luglio 2003: nel caso di specie si accoglie, ai fini del riesame da parte della Prefettura, della posizione del cittadino extracomunitario, alla luce di nuovi fatti intervenuti, senza permettere che la difesa dell'Amministrazione possa intervenire e fornire il proprio punto di vista ed eventuali chiarimenti circa il suo operato.

6. — IL DECRETO INAUDITA ALTERA PARTE COME INUTILE DOPPIONE DELL'ORDINANZA DELLA SOSPENSIVA?

La mia impressione è che ci troviamo di fronte ad una sovrabbondanza di corsie acceleratorie nella definizione del giudizio amministrativo, con una cautela preprocessuale ed endoprocessuale.

Se il dato normativo non viene applicato alla lettera il rischio che si corre è che si realizzi una duplicazione della tutela cautelare nel processo amministrativo.

La necessità di pretermettere la notifica non si comprende, come si è già detto, anche alla luce della possibilità prevista dalla 205 di proporre eventualmente motivi aggiunti, o la possibilità di riduzione di termine e contestuale decreto di fissazione con convocazione delle parti davanti al Presidente, ove questi lo ritenga utile (art. 36 R.D. 17 agosto 1907, n. 642).

Inoltre vi è la possibilità di presentare istanza di prelazione anche d'ufficio ai sensi del combinato disposto degli artt. 19 legge 1034/1971 e artt. 51-53 r.d. n. 642/1907.

In realtà si potrebbero prospettare tre gradi di giudizio già presenti in primo grado: la fase precautelare, la fase cautelare e la fase di merito.

Da una fase precautelare ad una fase cautelare, con il profilarsi di un pericolo di un doppione inutile.

Ci troviamo, dunque, di fronte alla particolarità di una tutela cautelare fruibile più di una volta, di provvedimento cautelare servente una seguente fase cautelare che a sua volta è servente di una fase a cognizione piena, ove le misure cautelari provvisorie sono destinate ad avere efficacia sino alla decisione sul ricorso principale, e il decreto monocratico, ancor più provvisorio, è destinato a durare fino all'eventuale adozione delle misure cautelari adottate con contraddittorio, in una sorta di cautela strumentale alla cautela strumentale al merito (66).

Quale sia l'utilità del decreto *inaudita altera parte*, appare sempre più difficile dimostrarla, anche perché l'istituto dell'abbreviazione dei termini tendeva ad assicurare tale scopo. È stato osservato che la concessione del decreto cautelare provvisorio potrebbe avere una qualche utilità solo nel periodo feriale, in cui le camere di consiglio sono limitate (67).

Oltretutto, a tale inconveniente si potrebbe ovviare istituendo dei turni per il collegio giudicante, sia feriale sia durante l'anno, come avviene per i presidenti dei T.A.R. e di sezione del Consiglio di Stato, per gli Avvocati

---

(66) La medesima sensazione è stata registrata anche nella letteratura processualciviltica, cfr. L. QUERZOLA, *La tutela cautelare nella riforma del processo amministrativo. Avvicinamento o allontanamento dal processo civile?*, in *Riv.dir.e proc.civ.*, 2001, 186. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassoni e Villata, Torino, 2001, definisce il decreto del presidente come una «ipotesi di trattazione anticipata della domanda cautelare».

(67) M. SANINO, *Il processo cautelare*, in CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, 249 ss, riportato anche da V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 2003, 736.

dello Stato e per i giudici ordinari, in modo che la possibilità di tenere l'udienza sia sempre garantita, e con lo scopo, più che degno, di evitare facili strumentalizzazioni legate al periodo feriale o a periodi in cui non siano previste udienze frequenti.

Sarebbe sufficiente anche, più semplicemente, intensificare il numero delle udienze, così come già avviene in alcuni T.A.R.

Tale affollamento di strumenti cautelari si pone ancor più in contraddizione con l'esigenza del legislatore della 205 di porre un argine al *successo* della tutela cautelare, di cui l'attuale processo amministrativo è in parte *vittima* (basti pensare che nell'ordinamento francese assistiamo ad un fenomeno quasi contrario).

È possibile, infatti, asserire con sicurezza che nel nostro ordinamento è ora possibile rinvenire uno *sfavor* legislativo nei confronti della consolidazione dell'assetto di interessi sulla base dell'ordinanza cautelare, in quanto la spinta innovativa è ormai tutta proiettata verso l'accelerazione del processo di merito e in ogni caso verso l'esecuzione coattiva della pronuncia della sentenza di primo grado, che è comunque emanata sulla base di una cognizione piena.

L'arretramento dei poteri dell'ottemperanza proprio all'emanazione della sentenza esecutiva in primo grado, nonché la maggiore accentuazione di una nozione di giudicato a formazione progressiva potrebbe risolvere, in termini deflattivi, la problematica dell'ottemperanza cautelare, oltre che porre un freno alla cosiddetta *cautelarizzazione* del processo amministrativo.

Né d'altronde, può sottacersi che la preferenza accordata al momento acceleratorio verso la definizione del giudizio rispetto al momento cautelare, è stata da sempre perseguita dal legislatore, che già nel lontano 1978 con la legge n. 1, all'art. 5, in materia di opere pubbliche, aveva assegnato al giudice il termine massimo di quattro mesi per la discussione del ricorso e limitato a solo sei mesi la durata del processo cautelare.

Nella dottrina processualcivilistica si sostiene (68) che, anche nel caso di emissione di un provvedimento cautelare emanato *inaudita altera parte*, si prevede la possibilità per il giudice di assumere sommarie informazioni.

La singolare capacità descrittiva-evocativa del decreto monocratico, la caratteristica di strumentalità non aggiunge alcunché alla provvisorietà della tutela cautelare, intesa come inidoneità a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso, anche perché nel nostro ordinamento (a differenza che in altri ordinamenti, come quello tedesco e francese) (69) i provvedimenti cautelari nascono come istituzionalmente serventi (strumentali appunto) rispetto al processo a cognizione piena, e questo a causa della provvisorietà

---

(68) A. PROTO PISANI, *op. cit.*, 4

(69) A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 588 ss.



degli stessi e della loro inefficacia, a seguito dell'emersione di ulteriori fatti probatori che introducano elementi nuovi nella valutazione del maggiore o minore grado di probabile esistenza del diritto.

L'importanza di assicurare il contraddittorio nella fase cautelare anche all'Amministrazione è sottolineata dal fatto che l'esigenza primaria di una protezione immediata della pretesa ha spesso spostato l'ago della giustizia amministrativa verso le forme di tutela interinale, paradosso di una tutela cautelare più completa per intensità e tempi di quella apprestata dal giudizio di cognizione.

La cautelarizzazione del processo amministrativo, conseguenza di tutto ciò, ha notevolmente accentuato le difficoltà della difesa dell'Amministrazione, spesso costretta a difendersi anche nel merito in sede di sospensiva.

Vero è che l'introduzione della possibilità per il giudice di emettere la sentenza in forma semplificata già costringe di fatto la difesa ad una notevole accelerazione dei tempi. Ma in quest'ultimo caso, il vantaggio è di tutti, ed in primo luogo dell'Amministrazione, che ha la possibilità di svolgere la propria attività in una situazione di certezza giuridica e senza l'usuale disorientamento che caratterizza il periodo intercorrente tra l'ordinanza di sospensione e la sentenza di merito.

Il problema, ormai, non è più quello dei tempi ristrettissimi della difesa, a cui si può trovar rimedio ma, a quanto pare, la possibilità stessa dell'Amministrazione di difendersi.

Da un lato la cautelarizzazione del processo amministrativo, dall'altra la spinta propulsiva verso la definitiva soluzione della controversia in sede di cautelare: ciò impone attenzione nei confronti delle esigenze di difesa della parte pubblica.

La fase di merito, in realtà, finisce per diventare una appendice quasi inutile in molti casi, tanto che viene da dubitare circa la sua reale utilità.

Senza contare, poi, lo spreco inutile di energia sia da parte dei giudici che degli Avvocati dello Stato, che si trovano, a distanza di tempo a trattare per due volte la medesima questione, nonché delle rispettive segreterie che devono porre in essere gli adempimenti formali per due volte e, tenuto conto che si tratta di uffici pubblici con risorse umane e materiali per forza di cose limitate e che il potenziamento necessario forse peserebbe in maniera smisurato sulle casse dell'erario, tutto ciò si configura come un inutile duplicato già a partire dalle considerazioni meramente materiali e logistiche (70).

---

(70) Cfr. al riguardo G. VACIRCA, *Relazione sull'attività svolta dal T.A.R. Toscana*, in [www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi.contributi/vacircal.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi.contributi/vacircal.htm). «Va, infatti, ricordato che la fissazione dell'udienza implica ulteriori attività di segreteria e duplicazioni di adempimenti, che possono vantaggiosamente evitarsi con il procedimento in camera di consiglio.

Anche per quanto concerne l'impegno del collegio, in molti casi la pronuncia in apposita udienza di merito comporta l'inconveniente di un secondo esame degli stessi elementi, da parte degli stessi magistrati o da un collegio parzialmente o totalmente diverso, a seguito degli ordinari avvicendamenti annuali. È chiaro che ciò determina uno spreco di energie, vantaggiosamente utilizzabili per altri giudizi».

A maggior ragione, nel caso in cui allo stesso decreto monocratico venga conferita una valenza diversa e comunque superiore a quella voluta dal legislatore, si arriverebbe all'assurdo di un'inutile doppione, la cui unica differenza si rinverrebbe solo ed esclusivamente nell'assenza o no del contraddittorio.

A ciò si aggiunga, e qui mi ripeterò fino allo sfinimento, che non viene sufficientemente evidenziata, peraltro, la possibilità di dichiarare i ricorsi urgenti con la c.d. istanza di prelazione anche d'ufficio, ai sensi del combinato disposto dell'art. 19 della legge n. 1034 del 1971 e artt. 51 e 53 del r.d. n. 642 del 1909.

#### 8. — I TORTUOSI SENTIERI DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E CIVILE E L'ART. 96 C.P.C.

«Ma davvero per conseguire tale risultato era necessario ingabbiare il giudice amministrativo nelle maglie della procedura civile?» (71).

È proprio necessario «copiare» e attingere a piene mani dal processo civile? A mio sommo parere, allo stato è impossibile ridurre a unità due procedimenti cautelari tra loro completamente impermeabili.

Occorre, forse, spendere due parole sulla funzione della giustizia amministrativa, troppo spesso dimenticata o lasciata in secondo piano o comunque svilita della sua specificità e autonomia.

«Un processo destinato prevalentemente a risolvere controversie sull'esercizio del potere amministrativo incidendo direttamente sui relativi atti deve avere alcune caratteristiche particolari, in conseguenza dello stretto rapporto che lega a fil doppio e con effetti reciproci il buon andamento della giustizia amministrativa e il buon andamento dell'Amministrazione. Occorre rilevare a questo riguardo che il giudizio amministrativo continua a essere essenzialmente un processo che si inserisce nell'attività delle Pubbliche Amministrazioni e, più di ogni altro processo, può essere superato dall'evoluzione di tale attività ...» (72).

Non definirei «ancestrale» (73) il modello del processo amministrativo come giudizio impugnatorio: anzi, l'annullamento dell'atto ne costituisce la sua vera essenza, soprattutto ora che la competenza relativa al rapporto di pubblico impiego spetta al giudice ordinario.

(71) A. MONACIULIUNI, *op. cit.*

(72) Cfr. sul punto G. VACIRCA, *Relazione sull'attività svolta dal T.A.R. Toscana*, in [www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi.contributi/Vacircal.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi.contributi/Vacircal.htm).

(73) Il termine è adottato da L. QUERZOLA, *L'atteso responso della Consulta: lascio ogni speranza i sostenitori della tutela cautelare amministrativa «ante causam»?*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2002, 1435. Si ricorda che, se è vero che già M. S. Giannini si era espresso nel senso di un giudizio amministrativo processulciviltizzato, egli, tuttavia, individuò nel diritto amministrativo e nella sua specificità e come ordinamento giuridico settoriale, una delle cinque soluzioni possibili e tutte contingenti del problema (che è invece immanente) dei rapporti fra Stato ed individuo, cfr. al riguardo I. F.C. CARAMAZZA, *In ricordo di Massimo Severo Giannini*, in *Rass. Avv. Stato*, 2001, 22.

La parte pubblica non può essere assimilata in tutto e per tutto ad una qualsiasi parte privata (e la pseudo privatizzazione di questi ultimi anni ne costituisce la riprova) e, anche se la tendenza attuale, è nel senso dello «Stato minimo», i gangli fondamentali dello Stato devono per forza di cosa ricevere una disciplina differenziata, anche per quanto attiene al controllo giurisdizionale.

La concentrazione di certi tipi di tutela nelle mani del giudice amministrativo, e non solo di quella cassatoria, sembra la più opportuna per vari motivi, ma soprattutto perché il giudice amministrativo è essenzialmente giudice dell'interesse e, dunque, del potere amministrativo, sostanziandosi in una forma di controllo del procedimento.

Il giudice amministrativo, ad esempio, è da ritenersi sicuramente il più qualificato a valutare se e in quale misura l'illegittimo comportamento della P.A. ridondi in danno risarcibile (74). Estremamente delicati e di elettiva competenza del giudice amministrativo appaiono, ancora, i casi di lesione di interesse pretensivo quando questo non sia a soddisfazione pre-regolata, ma occorra invece integrare la valutazione con giudizi prognostici connessi all'esercizio di una discrezionalità tecnica o addirittura amministrativa.

Giudizi prognostici che non possono prescindere da una approfondita valutazione dell'azione amministrativa adottata ed adottanda (altre delicate questioni potranno sorgere dalla risarcibilità degli interessi meramente formali o partecipativi e, tutta da scrivere, è l'incidenza in questa nuova materia dell'art. 1227, c.c.).

La questione è aperta e non sarebbe coerente con il sistema che chiamato a risolverla fosse il giudice ordinario (75).

È stato giustamente osservato che se nei rapporti di diritto privato la soluzione di una lite è a costo zero per la collettività, quale che essa sia, lo stesso non accade nei rapporti di diritto amministrativo (76) dove l'annullamento-ad esempio di un concorso con migliaia di candidati o di una gara di appalto già aggiudicata – può causare un danno gravissimo alla collettività rappresentando, al tempo stesso, un ristoro minimo per l'interesse del ricorrente.

*De iure condendo*, si auspica l'introduzione nel nostro ordinamento della possibilità, per il giudice, di graduare e scegliere fra gli strumenti di tutela

---

(74) R. VILLATA, *La riforma*, in *Il processo dinanzi al giudice amministrativo* a cura di B. Sassoni e R. Villata, Torino, 2001, 4.

(75) La Cassazione a sezione unite, investita da regolamento preventivo di giurisdizione, si è pronunciata a favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sia in merito alla domanda di risarcimento del danno patrimoniale correlato alle retribuzioni non percepite dalla ricorrente, sia alla mancata valutazione dell'anzianità di servizio ed alle mancate contribuzioni previdenziali e pensionistiche per il periodo in cui essa avrebbe dovuto essere assunta, sia in merito alla domanda di risarcimento del danno all'integrità psicofisica (danno biologico) conseguente all'illecito comportamento del Ministero (ordinanza n. 16837 del 27 settembre 2002). Cfr. anche sul punto, la sentenza del T.A.R. Toscana, n. 5283 del 14 ottobre 2003.

(76) S. GIACCHETTI, *La riforma infinita del processo amministrativo*, in *www.Giust.it* e I.F. CARAMAZZA, *Risarcimento del danno e giudizio amministrativo*, in *Rass. Avv. Stato*, 2002, 37.

cassatori e risarcitori, quelli che riescano a dare al privato il massimo del ristoro con il minimo possibile sacrificio del bene pubblico, così come è pragmaticamente previsto dall'ordinamento comunitario (77) e, sia pure con modalità diverse, da quello francese.

Ora, alla luce di tutto questo, visto e considerato che taluni partono dal presupposto che il modello processualcivilista debba necessariamente fungere da modello di riferimento del processo amministrativo, allora perché non applicare anche l'art. 96 c.p.c., comma 2, laddove attribuisce al giudice che accerta l'inesistenza del diritto, il potere di condanna dell'attore che abbia ottenuto il provvedimento cautelare al risarcimento dei danni in favore della parte danneggiata?

In dottrina c'è chi dice che «la reiezione della domanda principale caduca gli effetti del provvedimento cautelare, ma nel processo amministrativo non è applicabile l'art. 96, ...in quanto questa è norma che si inserisce nella dinamica propria dei provvedimenti cautelari del processo civile e non sembra quindi applicabile nel meccanismo al processo amministrativo» (78).

Orbene, l'art. 96 non si ritiene applicabile al processo amministrativo, proprio in nome di quella autonomia e indipendenza che caratterizzerebbe il processo amministrativo.

Tale interpretazione potrebbe essere superata dalla competenza in materia risarcitoria attribuita ora al giudice amministrativo, e non si vede perché necessariamente lo strumento risarcitorio debba essere utilizzato sempre solo a discapito dell'Amministrazione e mai a suo favore.

Ma allora sarebbe opportuno stabilire i criteri con cui si attinge dal «pozzo processualcivilista» (79), visto che le norme «interessanti» da poter utilizzare nel processo amministrativo sono innumerevoli, e non solo a favore della parte privata, ma anche della parte pubblica (80).

Ciò anche a fini deflattivi per evitare il proliferarsi della proposizione di ricorsi manifestamente infondati e temerari.

Tanto più se si considera che la legge 205 ha introdotto l'istituto della cauzione, sulla falsariga di quanto già elaborato in sede processualcivilistica, laddove proprio «la consapevolezza di questa intrinseca ed ineliminabile pericolosità della tutela cautelare ha fatto sì che fosse introdotto l'istituto delle cauzioni: le quali per temperare gli inconvenienti che potrebbero deri-

---

(77) S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, 2043.

(78) V. CAIANELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, UTET, 2003, 725.

(79) Il termine è adottato da L. QUERZOLA, *L'atteso responso della Consulta: lascio ogni speranza i sostenitori della tutela cautelare amministrativa «ante causam»?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2002, 1444.

(80) Oltretutto ai fini della configurabilità della responsabilità aggravata ex art. 96, comma 2, c.p.c., non è necessaria la sussistenza della mala fede o della colpa grave, ma è sufficiente l'aver agito senza la normale prudenza, che si ha anche quando si esegue un provvedimento cautelare nei confronti di soggetto sfornito di legittimazione passiva (Cass., 13 maggio 2002, n. 6808).

vare da errori di previsione «danno al giudice la possibilità di apprestare in sede cautelare, accanto alla misura disposta per l'ipotesi che il provvedimento principale sia favorevole al richiedente, una contromisura» (81).

Tale contromisura è prevista, ora, in via generale dall'art. 669 *undecies* c.p.c., ma già da tempo ritenuta applicabile dalla dottrina e dalla giurisprudenza a tutte le misure cautelari, a differenza di quanto è invece avvenuto nel processo amministrativo cautelare.

Non solo, ma «lo strumento della cauzione è ritenuto idoneo a ristabilire un'eguaglianza tra le parti entrambe minacciate da un pericolo di danno-coordinato con la responsabilità aggravata *ex art. 96 c.p.c.*» (82).

A ciò si aggiunga che il dato normativo non affronta il problema che scaturisce da una equiparazione tra ordinanza propulsiva e sentenza: l'art. 3 della legge 205 del 2000 ha infatti introdotto nel processo amministrativo la possibilità di subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare richiesta dal ricorrente alla prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, sulla base della possibilità che il T.A.R. ha, ora, di conoscere le pretese di risarcimento danni derivanti dal comportamento illegittimo della P.A. (83).

E anche i modelli degli ordinamenti stranieri, spesso citati solo per valorizzare gli aspetti che riguardano gli interessi dei privati, confermano, invece, la stessa visione e la stessa esigenza,

*L'arrêt Blanco del Tribunal des Conflits* del 1873, cui si è uniformata tutta la giurisprudenza successiva, ha stabilito che la responsabilità dell'Amministrazione non ha una regola generale e assoluta, ma regole speciali che variano in base ai bisogni dei servizi e la necessità di conciliare i diritti dello Stato con i diritti privati (84).

(81) P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 61; Mattei U., *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano 1987, 100, 101; MESSINETTI D., *Ritornare a Parmenide? È consigliabile rileggere piuttosto le «Institutiones»*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 2000, 435.

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2001, 261 ss.; CAPPONI B., «*Astreintes*» nel processo civile italiano?, in *Giust. civ.* 1999, II, 157; FRIGNANI A., *Le penalità di mora e le «astreintes» nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 506; PERROT R., *La coercizione per dissuasione nel Diritto Francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 3, 658; DE BOER M.B., *Osservazioni sull'astrente nel diritto processuale civile olandese*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 3, 329; DE VITTOR F., *Concorrenza sleale, provvedimenti cautelari e astreintes, nota ad ord. Trib. Ancona 20 maggio 1999*, in *Responsabilità, comunicazione, impresa*, 1999, 3, 329.

V. inoltre SIRACUSANO A., *Osservazione in tema di attuazione delle misure cautelari, nota a Pret. Trani, sez. Molfetta, 5 dicembre 1995*, in *Giur. Merito*, 1996, IV, 921; (ripubblicato in *opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983, 157 ss.) riportato da A. Proto Pisani, *op. cit.*, 11.

(82) A. Coniglio, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3 ed. Milano, 1949, riportato da A. Proto Pisani, *op. cit.* 11.

(83) F. BRUNETTI, *Brevi note in tema di cauzione nel nuovo processo amministrativo*, in [www.giust.it/articoli/brunetti.cauzione.htm](http://www.giust.it/articoli/brunetti.cauzione.htm), p. 2.

(84) T.C. 8 févr. 1873, BLANCO, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B; GENEVOIS, *Les grand arrêts de la jurisprudence administrative*, ed Sirey 1993, 1: «...*Que cette reponsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés...*»

Sarà pure fisiologico il travaso di istituti del processo comune nell'ambito della giustizia amministrativa, ma resta il dato inconfutabile della differenza del processo amministrativo, soprattutto laddove prevede una delle due parti come pubblica e, in ogni caso, si deve trattare di un «travaso» che rispetti i diritti della P.A. e non la penalizzi.

A me sembra che sia invece opportuno evidenziare e valorizzare la specialità del diritto amministrativo: non come estraneità all'ordinamento come alcuni vorrebbero far credere, ma come riconducibilità a regole in parte diverse da quelle del diritto privato, proprio in ragione della sua peculiarità, e questo anche se le parole d'ordine delle più recenti riforme legislative sono improntate a i principi di negoziabilità, compartecipazione del potere, effettività della tutela giurisdizionale.

Non è un caso che l'aggettivo pubblico, scoperto dalla Francia e sintetizzato attraverso le esperienze rivoluzionarie del Settecento dalla giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, sia stato utilizzato in tutta l'Europa continentale per definire la contrapposizione tra potere e diritto.

E non è un caso che alcuni istituti del processo amministrativo, come il rito del silenzio così come disciplinato dalla legge 205 del 2000, offrano ai processualciviltisti un modello interessante.

L'intuizione, infatti, della stigmatizzazione del collegamento logico tra accertamento e condanna – strumenti coercitivi e sostitutivi – concretizza un accertamento con funzione prodromico alla fase dell'esecuzione, che si conclude con un sentenza, come tale idonea al giudicato.

Si prefigura un rito camerale variabile il cui contenuto, sotto il profilo degli snodi, non è rigidamente preconstituito, ma si presenta flessibile per essere adattato al caso concreto.

La scelta della sentenza, poi, potrebbe essere indicativa di un processo a cognizione piena e non sommaria: la sentenza contiene l'accertamento della violazione con in più i germi dell'esecuzione (85).

Si ricorda che, attraverso la disposizione dell'art. 21 *bis*, fa ingresso nel processo amministrativo a favore del privato l'azione di condanna intentata nei confronti della P.A., al fine di ottenere un provvedimento.

La possibilità di condannare la P.A. ad un *facere* specifico è una assoluta novità nel nostro ordinamento (che può riecheggiare gli interventi pretorili in materia di salute degli anni settanta).

Inoltre, in virtù del decreto 31 marzo n. 80/1998, è possibile ora ipotizzare una giurisdizione specializzata, ripartita tra giudice ordinario e amministrativo, pur rimanendo in vita taluni limiti interni alla giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dell'atto amministrativo (artt. 4 e 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo n. 2248 del 1865, allegato E).

---

(85) L'art. 21 *bis* presenta un'analogia con il tenore letterale e con il meccanismo processuale previsto dall'art. 25, comma 4 e 5 legge 241/1990 in tema di accesso, ora ritoccato dall'art. 4 legge 205. La norma, infatti, è calibrata sul tipo di condotta tenuta in concreto dall'Amministrazione e non sul tipo di posizione giuridica fatta valere dal privato (diritto soggettivo o interesse pretensivo) o *utilitas* che lo stesso vuole trarre.

Per non parlare, poi, del giudizio di opposizione a ordinanza-ingiunzione previsto dalla legge 689 del 1981 che, trattandosi di opposizione ad atto soggettivamente amministrativo, ha per modello immediato di riferimento l'impugnazione giurisdizionale degli atti amministrativi (art. 26 del r.d. 26 giugno 1934, n. 1054. «Spetta al Consiglio di Stato decidere sui ricorsi contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa ...») e mutua, dunque, il proprio modello da quello processuale amministrativo, pur con la particolarità che in questo caso la *causa petendi* reca una posizione di diritto soggettivo, in quanto il potere emanato dall'autorità emanante non è autoritativo bensì unilaterale.

La sentenza emessa dal giudice ordinario ai sensi della legge n. 689 del 1981, presenta infatti una identità dell'atto conclusivo con quello del giudice amministrativo, in quanto è di annullamento con funzione eliminativa dell'atto impugnato (86).

Gli spunti che il processo civile ha tratto dal processo amministrativo non finiscono qui: la legge 24 marzo 2001, n. 89 ha riformato l'art. 375 c.p.c. introducendovi la possibilità per la Cassazione nel rito camerale di emettere sentenze di accoglimento o di rigetto quando i motivi di impugnazione sono manifestamente fondati ovvero sono manifestamente infondati, riecheggiando la norma dell'art. della 205 che introdotto la possibilità della pronuncia semplificata proprio in presenza di questi due requisiti.

La manifesta fondatezza, infatti, nel processo civile costituisce una formula nuova, a differenza della manifesta infondatezza, di cui da tempo il giudice civile si avvale (87).

---

(86) Cfr. per l'approfondimento sul parallelo tra i due modelli, P. BARBIERI, V. ANGELICI, *Il processo di opposizione a ordinanza ingiunzione*, Cedam, 3 ed., 36 ss. Mi sembra che non siano pregnanti le osservazioni circa l'attuale crisi dell'azione di annullamento nel processo amministrativo di legittimità, in quanto la giurisdizione esclusiva costituisce solo una piccola parte del processo amministrativo, e l'azione di annullamento ne è tuttora al centro, nonostante i ripetuti tentativi di arricchirla di contenuti e di scioglierla dagli ambiti della funzione solo eliminativa. Oggi, a maggior ragione dopo la cosiddetta privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, che ne ha trasferito al giudice ordinario la cognizione con la conseguenza di ricondurre «gli organi di giustizia amministrativa alla loro originaria funzione di giudici delle controversie sull'esercizio del potere delle pubbliche amministrazioni, quale era stata configurata dal legislatore del 1889 con l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato: una funzione, che, indipendentemente dalla questione sulla natura giuridica dell'organo, era stata pensata come un correttivo destinato ad assicurare giustizia nell'amministrazione operando al suo interno con uno strumento che soddisfa l'interesse del privato colpendo l'atto e non il suo autore, ossia con la rimozione dell'atto illegittimo», G. VACIRCA, *Relazione ...op cit.* 6.

(87) A proposito della manifesta infondatezza, si riscontrano, infatti, dei precedenti normativi: art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, in merito alla decisione sul rinvio alla Corte costituzionale, l'art. 367 c.p.c. sulla decisione di eventuale sospensione del giudizio di merito e del giudizio di cassazione di cui all'art. 398 c.p.c., la decisione di ammissibilità della domanda nell'azione di responsabilità civile contro i magistrati (art. 5, 1 comma legge 117/1988).

Cfr. al riguardo gli approfondimenti in C. BESSO, *Giudizio di Cassazione e rito camerale*, in S. CIARLONI, C. CONSOLO, G. COSTANTINO, F.P. LUISO, B.N. SASSONI, *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, Giappichelli, Torino, 2002, 31.

La genesi del processo civile ricalca il modello di *civil law*, continentale, iperformalista e iper disciplinato, anche perché non ha presupposto e refluenza nell'esercizio della funzione pubblica, in continuo divenire, ma è finalizzato a demarcare i confini tra privati.

«Il processo amministrativo, invece, aderisce, per così dire, in una logica di *common law*: la mancanza quasi assoluta di regole minuziose non voleva assicurare ingiusti privilegi alla P.A., ma solo evitava di ingabbiare il giudice in modelli predefiniti, così consentendo la massima *vis expansiva* ai suoi poteri finalizzati a garantire la giustizia nell'Amministrazione ed il riconoscimento delle posizioni giuridiche dei singoli eventualmente pretermessi» (88).

Nella letteratura processualciviltistica (89) ci si duole del fatto che il confronto tra processo amministrativo e civile sia destinato a protrarsi chissà quanto tempo e che esso abbia il sapore del duello tra l'anziano ed esperto Casanova schnitzleriano e il baldanzoso, ma giovane, ufficiale Lorenzi, dove il canuto e più nobile processo civile dovrebbe riuscire ad infliggere all'improvvido giudizio amministrativo il colpo letale, con la conseguente unificazione dei due riti e delle giurisdizioni, e non solo del momento cautelare.

Ora, a me non sembra che il processo amministrativo sia così baldanzoso, la nascita più recente, non implica che non abbia già raggiunto una certa maturità, tenuto anche conto della diversa genesi, soprattutto pretoria che lo caratterizza e che lo rende, con buona pace del processo civile, certamente più sensibile e idoneo ad adattarsi velocemente al mutare dei problemi e della società e ad affrontarne di nuovi.

Mi sembra, invece, che sia il processo civile ad essere in crisi, con tutto il rispetto, nonostante le recenti riforme e l'aumento dell'organico con giudici togati e onorari.

Forse ci troviamo di fronte ad un disordine (90), ma è un disordine assai ben curato, un disordine in cui noi dobbiamo saperci orientare almeno per grandi linee e questa capacità segnala intimità oltre che con la materia, con i suoi percorsi di ricerca.

Mi sembra che questo fidanzamento tra il processo civile e amministrativo non sia né passionale né tantomeno, complice.

Tale *restyling* giuridico avrà pure autorevoli viatici giuridici, soprattutto nella dottrina processualciviltista e, pur non disconoscendo un certo ardore intellettuale in questa *quidditas* che si persegue, rimane la perplessità che que-

(88) A. MONACILIUNI, *Il procedimento monitorio e dintorni nel processo amministrativo*, in *Giust. it.*, 10

(89) L. QUERZOLA, *L'atteso responso della Consulta: lascino ogni speranza i sostenitori della tutela cautelare amministrativa «ante causam»?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2002, 1444.

(90) A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3 del 2001, 603, «Varrebbe la pena di metterci nei panni di un marziano, che arrivasse da queste parti non prima del 1998, e, del tutto ignaro del passato delle nostre tutele giurisdizionali nei confronti dell'amministrazione, si dedicasse al loro studio (chi lo sa per quale motivo)». Sul punto cfr. anche LEA QUERZOLA, *L'atteso responso della Consulta. lascino ogni speranza i sostenitori della tutela cautelare «ante causam»?*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2002, 1436.



sto tipo di meccanica giuridica ad impostazione olistica (che Popper chiamerebbe, tuttavia, utopistica ...) sia da non essere certo preferita ad un tipo di ingegneria giuridica a «spizzico».

Anzi, questo espediente, se proprio dobbiamo ritenere necessario «restaurare» il processo amministrativo, è più efficace della pianificazione olistica, in quanto gli interventi a spizzico sono sicuramente più modesti, ma più accurati.

È preponderante organizzare il problema del processo amministrativo in modo che le energie siano dirette ai punti strategici giusti, e dare al processo la direzione desiderata, piuttosto che indulgere nel perseguimento di una pianificazione che pianificata non è affatto.

Il lavoro «a spizzico», da modesto artigiano, il criterio *topic first*, per intenderci, può dare risultati migliori del criterio «dal noto al nuovo», per una certa salienza pragmatica che lo contraddistingue.

Mi sembra che ridondi un certo adagio di Nietzsche «rifiutare di vedere qualcosa che si vede, rifiutare di vedere qualcosa come lo si vede».

Confesso che tra il canuto processo civile e il baldanzoso processo amministrativo preferisco di gran lunga quest'ultimo, più fresco, più nuovo, più moderno e, soprattutto, di gran lunga più efficace.

Pertanto, all'accostamento schnitzleriano d'oltralpe preferisco il nostrano «a ciascuno il suo», perché non si affermi anche nel processo amministrativo l'adagio gattopardesco «bisogna cambiare tutto affinché nulla cambi» (91).

---

(91) Anche la letteratura giuridica d'oltralpe sul punto è ricca di citazioni metaforiche, cfr. F. MELLÉRAY, *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, in *AJDA*, n. 37 del 3 novembre 2003, 1963 e J-B. AUBY, *La bataille de san Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in *AJDA*, n. 11 novembre 2001, 925, ove si paragona il processo amministrativo al quadro «La battaglia di S. Romano» di Paolo Uccello.



# INDICI SISTEMATICI

## 1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

GIACOMO AIELLO, <i>Dal decreto legislativo n. 29/93 al decreto legislativo n. 165/01: prospettive di cambiamento</i> . . . . .	pag.	359
MASSIMO BACHETTI, <i>Rapporto fra gestione del contenzioso e tecnica legislativa nei parametri dell'analisi economica</i> . . . . .	»	397
MASSIMO BACHETTI, VALERIA FEDELE, <i>Pregiudizialità amministrativa e disapplicazione</i> . . . . .	»	214
ALESSANDRA BRUNI, PAOLO MARCHINI, <i>Indirizzi di difesa in tema di personale a.t.a. transitato nella scuola</i> . . . . .	»	167
IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, <i>Il principio «simul stabunt, simul cadent» nello Statuto regionale siciliano</i> . . . . .	»	145
PIERPAOLO CARBONE, <i>Rivalutazione ed interessi: accessori «dipendenti» dal principale obbligo risarcitorio</i> . . . . .	»	192
ANTONIO CINGOLO, <i>La raccolta di scommesse su eventi sportivi: usi e abusi</i> . . . . .	»	53
ANTONIO CINGOLO, <i>Titolo di studio estero e ammissione alla pratica forense in Italia</i> . . . . .	»	59
GIANNI DE BELLIS, <i>Aiuti di Stato mediante misure fiscali: l'esperienza italiana</i> . . . . .	»	417
WALLY FERRANTE, <i>Componenti laici del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana e dubbi di costituzionalità</i> . . . . .	»	250
WALLY FERRANTE, <i>Limiti ed effetti dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali</i> . . . . .	»	197
GIAN CARLO FERRERO, FLAVIA RISSO, <i>Il risarcimento del danno ambientale</i> . . . . .	»	408
GIUSEPPE FIENGO, <i>Alcuni punti fermi sulla sanatoria degli abusi paesistici</i> . . . . .	»	243
GIUSEPPE FIENGO, <i>Beni culturali: estensione dei benefici fiscali agli immobili degli enti pubblici</i> . . . . .	»	141
OSCAR FIUMARA, <i>L'amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi e il diritto comunitario</i> . . . . .	»	37
OSCAR FIUMARA, <i>La competenza del giudice preventivamente adito nella Convenzione di Bruxelles: irrilevanza di una durata eccessivamente lunga del processo</i> . . . . .	»	64

OSCAR FIUMARA, <i>Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee dell'anno 2003 emesse in cause cui ha partecipato l'Italia</i> . . . . .	pag.	23
DARIA FORTUNA, <i>Su alcune questioni relative all'impugnazione dei bandi di gara</i> . . . . .	»	182
MARCO FRATINI, <i>Effetti del provvedimento di fermo amministrativo ed esigibilità della pretesa creditoria nel giudizio ordinario</i> . . . . .	»	159
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Il decreto inaudita altera parte e il diritto di difesa dell'Amministrazione</i> . . . . .	»	429
MARIA VITTORIA LUMETTI, <i>Il principio di precauzione nella legislazione, nella giurisprudenza e nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale</i> . . . . .	»	365
MARIA VITTORIA LUMETTI, FERNANDO CARANGELO, <i>Lo svolgimento ad interim di mansioni inferiori non comporta nel pubblico impiego demansionamento e dequalificazione professionale</i> . . . . .	»	247
ANTONIO PALATIELLO (a cura di), dossier, <i>L'ambito di operatività del condono di cui all'art. 12 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 e successive modifiche: la nozione di ruoli statali</i> . . . . .	»	135
CLAUDIO PARIS, <i>Disapplicazione di normativa interna e non punibilità di precedenti condotte poste in essere secundum legem</i> . . . . .	»	43
VINCENZO RAGO, <i>Relazione sul patrocinio delle Amministrazioni Pubbliche</i> . . . . .	»	1
EMANUELA ROSANÒ, <i>La destituzione dei pubblici dipendenti nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale: rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare</i> . . . . .	»	233

## 2 - INDICE DELLE SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE		
Sez. 5°, ord. 24 luglio 2003, nella causa C-297/01 . . . . .	pag.	40
9 settembre 2003, nella causa C-198/01 . . . . .	»	49
Plenum, 6 novembre 2003, nella causa C-243/01 . . . . .	»	55
Sez. 5°, 13 novembre 2003, nella causa C-313/01 . . . . .	»	60
Plenum, 9 dicembre 2003, nella causa C-116/02 . . . . .	»	66
CORTE COSTITUZIONALE		
28 novembre 2003, n. 345 . . . . .	»	143
13 gennaio 2004, n. 2 . . . . .	»	151
CORTE DI CASSAZIONE		
Sez. Unite, 21 maggio 2003 n. 7945 . . . . .	»	160
CONSIGLIO DI STATO		
Sez. 4°, 9 dicembre 2002, n. 6669 . . . . .	»	239
Ad. Plen., 27 gennaio 2003, n. 1 . . . . .	»	183
Ad. Plen., 14 febbraio 2003, n. 2 . . . . .	»	194
Ad. Plen., 27 febbraio 2003, n. 3 . . . . .	»	211
Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4 . . . . .	»	225
Sez. 6°, 21 luglio 2003, n. 4192 . . . . .	»	244

## TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA TOSCANA

Sez. 1°, 9 giugno 2003, n. 2359 ..... pag. 249

## TRIBUNALE CIVILE DI TORINO

Sez. lav., 9 aprile 2003, n. 1940 ..... » 167

## CORTE D'APPELLO DI FIRENZE

Sez. lav., 10 febbraio 2004, n. 115 ..... » 178

## CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA REGIONE SICILIA

Ord. 13 maggio 2003, n. 185 ..... » 252

**3 - INDICE DEGLI ARGOMENTI**

BELLEZZE NATURALI – Abuso edilizio – Rimessione in pristino a proprie spese a pagamento di una somma equivalente al maggior importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito (*C.d.S., sez. 6°, 21 luglio 2003, n. 4192*) ..... pag. 244

COMUNITÀ EUROPEE – Convenzione di Bruxelles – Litispendenza – Clausola attributiva di competenza – Obbligo del giudice successivamente adito in una clausola attributiva di competenza, di sospendere il procedimento – Durata eccessivamente lunga dei procedimenti dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato del giudice preventivamente adito – Assenza di incidenza (*Corte di Giustizia CE, Plenum, 9 dicembre 2003, nella causa C-116/02*) ..... » 66

COMUNITÀ EUROPEE – Diritto di stabilimento – Libera prestazione dei servizi – Raccolta in uno Stato membro di scommesse su eventi sportivi e trasmissione, via Internet, verso un altro Stato membro – Divieto penalmente sanzionato – Normativa di uno Stato membro che riserva a taluni enti il diritto di raccogliere scommesse (*Corte di Giustizia CE, Plenum, 6 novembre 2003, nella causa C-243/01*) ..... » 55

COMUNITÀ EUROPEE – Grandi imprese in stato di insolvenza – Compatibilità della legge 95/1979 con la normativa comunitaria – Disciplina dell'amministrazione straordinaria – Aiuti di Stato (*Corte di Giustizia CE, sez. 5°, ord. 24 luglio 2003, nella causa C-297/01*) ..... » 40

COMUNITÀ EUROPEE – Industria e commercio – Concorrenza – Artt. 10, 81 e 82 Trattato CE – Comportamenti anticoncorrenziali imposti o favoriti da normativa nazionale – Poteri Autorità Garante – Estensione – Limite (*Corte di Giustizia CE, 9 settembre 2003, nella causa C-198/01*) ..... » 49

COMUNITÀ EUROPEE – Industria e commercio – Concorrenza – Art. 81 n. 1 Trattato CE – Carattere anticoncorrenziale di normativa nazionale – Accertamento – Spetta al giudice nazionale (*Corte di Giustizia CE, 9 settembre 2003, nella causa C-198/01*) ..... » 49

COMUNITÀ EUROPEE – Libertà di stabilimento – Pratica forense – Iscrizione nel registro dei praticanti avvocati – Riconoscimento dei diplomi – Accesso alle attività regolamentate – Dir. 48/89/CEE del 21 dicembre 1998 (*Corte di Giustizia CE, sez. 5°, 13 novembre 2003, nella causa C-313/01*) ..... » 60

CORTE COSTITUZIONALE – Aliquota I.C.I. – Beni immobili assoggettati a vincolo storico artistico – Benefici fiscali – Estensione agli immobili di proprietà degli enti pubblici ( <i>Corte Cost.</i> , 28 novembre 2003, n. 345) . . . . .	pag. 143
CORTE COSTITUZIONALE – Statuto della Regione Calabria – Legge elettorale – Impugnazione norme statutarie – Principio <i>simul stabunt, simul cadent</i> ( <i>Corte Cost.</i> , 13 gennaio 2004, n. 2) . . . . .	» 151
GIURISDIZIONE CIVILE – Giurisdizione ordinaria ed amministrativa – In genere – Fermo amministrativo <i>ex art.</i> 69 R.D. 2440/1923 – Funzione – Impedimento al giudice ordinario di esercitare la piena giurisdizione sul credito oggetto di fermo – Configurabilità – Esclusione – Conseguenze ( <i>Cassaz.</i> , S.U., 21 maggio 2003, n. 7945) . . . . .	» 160
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – Composizione e funzionamento del C.G.A.R.S. – Statuto Regione Sicilia – Componenti laici del C.G.A.R.S. – <i>Prorogatio</i> della carica – <i>Status</i> membro laico – Dubbi di costituzionalità circa l’istituzione del C.G.A.R.S. ( <i>C.G.A.R.S.</i> , ord. 13 maggio 2003, n. 185) . . . . .	» 252
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – Condanna a risarcimento danni – Capo della sentenza relativo agli interessi e rivalutazione – Impugnazione autonoma – Inammissibilità ( <i>C.d.S.</i> , <i>Ad. Plen.</i> , 14 febbraio 2003, n. 2) . . . . .	» 194
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – Pregiudizialità amministrativa e disapplicazione ( <i>C.d.S.</i> , <i>Ad. Plen.</i> , 26 marzo 2003, n. 4) . . . . .	» 225
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – Provvedimenti giurisdizionali – Esecuzione – Limiti ed effetti ( <i>C.d.S.</i> , <i>Ad. Plen.</i> , 27 febbraio 2003, n. 3) . . . . .	» 211
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – Risarcimento danni – <i>Compensatio lucri cum damno</i> – Applicabilità – Condizioni – Fattispecie ( <i>C.d.S.</i> , <i>Ad. Plen.</i> , 14 febbraio 2003, n. 2) . . . . .	» 194
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – Risarcimento danni – Determinazione – Inattività dell’impresa – Onere probatorio gravante sul deducente ( <i>C.d.S.</i> , <i>Ad. Plen.</i> , 14 febbraio 2003, n. 2) . . . . .	» 194
GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA – Risarcimento danni – Determinazione – Maggior durata del giudizio per esigenze istruttorie – Non imputabile al ricorrente ( <i>C.d.S.</i> , <i>Ad. Plen.</i> , 14 febbraio 2003, n. 2) . . . . .	» 194
OPERE PUBBLICHE – Bandi di gara – Avvenuta esecuzione dell’opera pubblica – Clausole illegittime – Annullamento – Interesse a ricorrere – Interesse a conseguire il risarcimento dei danni – Sussiste ( <i>C.d.S.</i> , <i>Ad. Plen.</i> , 27 gennaio 2003, n. 1) . . . . .	» 183
OPERE PUBBLICHE – Bandi di gara o di concorso – Clausole illegittime – Impugnazione contestuale agli atti applicativi – Lesione concreta interesse sostanziale partecipanti – Interesse a ricorrere – Sussiste ( <i>C.d.S.</i> , <i>Ad. Plen.</i> , 27 gennaio 2003, n. 1) . . . . .	» 183
PUBBLICO IMPIEGO – Impiegato dello Stato e pubblico – Condanna penale con interdizione perpetua dai pubblici uffici – Destituzione automatica – Preventivo procedimento disciplinare – Necessità – Esclusione ( <i>C.d.S.</i> , sez. 4°, 9 dicembre 2002, n. 6669) . . . . .	» 239

PUBBLICO IMPIEGO – Mansioni inferiori temporanee – Non comportano dequalificazione ( <i>T.A.R. Toscana, sez. 1<sup>o</sup>, 9 giugno 2003 n. 9359</i> ) . . . . .	pag.	249
PUBBLICO IMPIEGO – Personale a.t.a. – Trasferimento del lavoratore – Passaggio da ente locale al Ministero Istruzione – Trattamento economico – Anzianità di servizio – Efficacia accordo A.R.A.N.-OO.SS. – Art. 2 D.Lgs. 165/01 – Conservazione livello retribuzione ( <i>Trib. Torino, sez. lav., 9 aprile 2003, n. 1940; Corte d'appello di Firenze, sez. lav., 10 febbraio 2004, n. 115</i> ) . . . . .	»	167

#### 4 - PARERI

##### **A.G.S. – Parere del 30 aprile 2003, n. 51575.**

Applicabilità del condono ai crediti del Ministero delle Attività Produttive, già Ministero dell'Industria del Commercio e dell'Artigianato, relativi alla mancata restituzione di contributi indebitamente percepiti ( <i>consultivo 6973/03, avvocato A. Palatiello</i> ) . . . . .	pag.	135
---	------	-----

##### **A.G.S. – Parere del 15 settembre 2003, n. 100620.**

Federazioni sportive nazionali – Approvazione di modifiche statutarie – Applicabilità del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 ( <i>consultivo n. 5922/03, avvocato G. Fiengo</i> ) . . . . .	»	301
--	---	-----

##### **A.G.S. – Parere del 27 settembre 2003, n. 105001 – Assunzione di dirigente di seconda fascia presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.**

Se alla luce dell'art. 19 della legge n. 448/2001 (che ha disposto anche per le amministrazioni statali il blocco delle assunzioni per il 2002 di personale a tempo indeterminato) e dell'art. 34 della legge n. 289/2002 (che ha rinnovato tale blocco per il 2003, salve in particolare deroghe ivi previste ai commi 5 e 6), possa procedersi – e con quale decorrenza – alla assunzione del candidato non utilmente collocato nella graduatoria di concorso per l'accesso alla qualifica dirigenziale, approvata con decreto del 20 dicembre 2001, a seguito di annullamento parziale di tale decreto pronunciato dal T.A.R. con sentenza dell'agosto 2002, che ha dichiarato anche l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere alla rettifica della graduatoria stessa con inserimento del candidato ricorrente (con il quale il contratto individuale di lavoro non è stato sinora stipulato) ( <i>consultivo n. 20352/02, avvocato A. Barbieri</i> ) . . . . .	»	302
--	---	-----

##### **A.G.S. – Parere del 1 ottobre 2003, n. 107813.**

Sabaudia (Latina) – Ricognizione degli strumenti di vincolo paesistico-ambientale gravanti sul centro urbano – Decreto ministeriale 20 luglio 1967 – Decreto interministeriale 22 maggio 1985 ( <i>consultivo n. 11612/00, avvocato S. Sabelli</i> ) . . . . .	»	307
--	---	-----

##### **A.G.S. – Parere del 6 ottobre 2003, n. 109380.**

Responsabilità civile per danni prodotti a terzi dalla circolazione di velivolo: posizione del pilota e del proprietario ( <i>consultivo n. 3841/03, avvocato F. Clemente</i> ) . . . . .	»	311
---	---	-----

##### **A.G.S. – Parere dell'8 ottobre 2003, n. 110920.**

Prestazioni difensive in materia giudiziale penale ( <i>consultivo n. 19321/00, avvocato M. Giannuzzi</i> ) . . . . .	»	313
---	---	-----

**A.G.S. – Parere del 6 ottobre 2003, n. 109382.**

Osservatorio dei LL.PP. – Natura e funzioni – Interpretazione degli artt. 75, lett. *h*), d.P.R. 554/1999 e 27, lett. *s*) e *t*) del d.P.R. n. 34/2000 (*consultivo n. 14571/03, avvocato M. Corsini*) ..... pag. 314

**A.G.S. – Parere del 7 ottobre 2003 n. 111507.**

Se il termine semestrale per gli adempimenti relativi all'istruzione e successiva trasmissione all'INPDAP delle domande di riscatto di servizi di cui all'art. 24, ult. comma, del T.U. delle norme sulle prestazioni previdenziali a favore dei dipendenti civili e militari dello Stato approvato con d.P.R. n. 1032/1973 sia da ritenere perentorio ovvero soltanto ordinario (*consultivo n. 1078/03, avvocato P. Cosentino*) ..... » 318

**A.G.S. – Parere del 17 ottobre 2003, n. 115644. Recupero spese di giustizia.**

Criteri interpretativi dell'art. 158 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, recante testo unico delle disposizioni in materia di spese di giustizia. In particolare, parere sul recupero delle spese prenotate a debito o anticipate dall'erario nei procedimenti giudiziari (*consultivo n. 45162/02, avvocato C. Sica*) .... » 320

**A.G.S. – Parere del 21 ottobre 2003, n. 116543 – Riqualficazione.**

Procedure di riqualficazione del personale amministrativo del Ministero dell'Istruzione – Sentenza n. 194/2002 della Corte Costituzionale (*consultivo 17060/02, avvocato A. Linguiti*) ..... » 324

**A.G.S. – Parere del 22 ottobre 2003, n. 117057 – Regolamento incarichi dirigenziali.**

Se sia legittimo il Regolamento n. 32/02 sul conferimento degli incarichi dirigenziali in Italia ed all'estero, il cui art. 5 ha stabilito durata e modalità di rinnovo di detti incarichi diverse da quelle previste dalla legge 11 ottobre 1990, n. 292, recante l'ordinamento dell'ENIT (*consultivo n. 8872/03, avvocato G. D'Avanzo*) ..... » 325

**A.G.S. – Parere del 23 ottobre 2003, n. 11725.**

Se l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti possa considerarsi alla stregua delle «confessioni religiose» di cui all'art. 8 della Costituzione, al fine della stipulazione di intese con lo Stato per la disciplina dei relativi rapporti (*consultivo n. 4312/02, avvocato A. Cingolo*) ..... » 328

**A.G.S. – Parere del 24 ottobre 2003, n. 118377 – Composizione commissioni esaminatrici.**

Possibilità di considerare il dirigente di seconda fascia, cui sia stato conferito l'incarico di dirigente di vertice, equiparato al dirigente generale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 9, comma 2, lett. *a*), d.P.R. 487/1994 sulla designazione del presidente delle commissioni esaminatrici per l'accesso ai profili professionali inquadrati nella posizione economica CI e superiori (*consultivo n. 17351/03, avvocato G. Albenzio*) ..... » 330

**A.G.S. – Parere del 24 ottobre 2003, n. 118261.**

Sussistenza della giurisdizione delle Commissioni Tributarie, ai sensi della legge 448/01, per tutte le controversie introdotte dopo l'entrata in vigore della legge, anche in pendenza di altro procedimento pendente dinanzi al G.O. (*consultivo n. 3915/03, avvocato G. Albenzio*) ..... » 331



- A.G.S. – Parere del 31 ottobre 2003, n. 120940 – Personale non dirigenziale del comparto Ministeri.**  
 Artt. 132, d.P.R. n. 3/1957 e 15 del C.C.N.L. del 16 maggio 2001 – Limiti di applicabilità al personale non dirigenziale del comparto Ministeri con particolare riferimento agli aspetti economici conseguenti alla riammissione in servizio ed alla riconoscibilità in sede di riassunzione dell'elemento retributivo denominato retribuzione individuale di anzianità (RIA) rispetto a quanto maturato e percepito per lo stesso titolo dal dipendente riammesso al momento del verificarsi della causa che aveva dato luogo alla cessazione del rapporto (*consultivo n. 6175/03, avvocato L. Criscuoli*) . . . . . pag. 332
- A.G.S. – Parere del 5 novembre 2003, n. 122551 – Demanio marittimo.**  
 Regime giuridico delle aree del demanio marittimo (nella specie, saline), già consegnate in uso gratuito all'azienda Autonoma Monopoli di Stato per l'espletamento delle sue attività istituzionali, dopo la privatizzazione delle attività relative ai tabacchi ed alla produzione del sale; se debbano essere restituite all'Autorità Marittima; se possano essere date in concessione all'E.T.I. ed a chi spetti la gestione del relativo rapporto concessorio (*consultivo n. 5373/03, avvocato G. Albenzio*) . . . . . » 336
- A.G.S. – Parere del 14 novembre 2003, n. 126717 – Rendite catastali.**  
 Ritardata attribuzione di rendite catastali da parte degli Uffici dell'Agenzia del Territorio – Termine di riscossione della maggiore imposta (*consultivo n. 3525/03, avvocato M. Mari*) . . . . . » 338
- A.G.S. – Parere del 15 novembre 2003, n. 127468.**  
 Se una A.S.L. sia legittimata a partecipare in qualità di mandante di Associazione temporanea di Impresa ad una gara di appalto di servizi per l'assegnazione di un progetto per attività di assistenza tecnica e coordinamento a favore delle Amministrazioni regionali in materia di tutela della salute pubblica (*consultivo n. 5421/03, avvocato P. Cosentino*) . . . . . » 343
- A.G.S. – Parere del 25 novembre 2003, n. 132578.**  
 Emanazione di decreto ministeriale di approvazione di attività di estrazione di gas al largo delle coste adriatiche (giacimento gasifero nell'ambito di concessione di coltivazione) (*consultivo n. 4375/03, avvocato C. Sica*) . . . . . » 346
- A.G.S. – Parere del 26 novembre 2003, n. 132993.**  
 Regime di imputazione in ordine al sequestro cautelare in fattispecie di contrabbando depenalizzato (*consultivo n. 15071/03, avvocato G. Albenzio*) . . » 347
- A.G.S. – Parere del 10 dicembre 2003, n. 139133.**  
 Problemi inerenti il patrocinio delle Autorità portuali (*consultivo n. 12278/03, avvocato P. Cosentino*) . . . . . » 349
- A.G.S. – Parere del 10 dicembre 2003, n. 139119.**  
 Riscossione mediante ruolo di crediti accertati con sentenza definitiva della Corte dei Conti di condanna a risarcimento del danno erariale. Modalità e termini di impugnativa delle cartelle emesse dai concessionari per la riscossione. Indicazioni in calce alla cartella (*consultivo n. 19106/03, avvocato M. Russo*) . . . . . » 350
- A.G.S. - Parere dell'11 dicembre 2003, n. 139890.**  
 Rimborso spese legali. Art. 18, d.l. 67/1997, convertito in legge n. 135/1997 – Pluralità dei capi di imputazione – Assoluzione su alcuni – Rimborso parziale (*consultivo n. 10971/03, avvocato G. d'Elia*) . . . . . » 352

**A.G.S. - Parere del 19 dicembre 2003, n. 143729.**

Assunzioni del personale docente in deroga alla legge finanziaria (*consultivo*  
41640/03, avvocato E. Figliolia) ..... pag. 353

**A.G.S. - Parere del 29 dicembre 2003, n. 146747.**

Rapporti tra autorizzazioni paesistiche e concessioni edilizie. Poteri di rie-  
same degli organi ministeriali. Art. 74, legge 1497/1939 (*contenzioso*  
n. 6863/02, avvocato G. Fiengo) ..... » 356

**A.G.S. – Parere del 5 gennaio 2004, n. 541.**

Applicabilità del condono *ex art.* 12 legge n. 289/02 ai crediti del Ministero  
delle Attività Produttive, già Ministero dell'Industria del Commercio e del-  
l'Artigianato, relativi a mancata restituzione di contributi indebitamente  
percepiti (*consultivo* 6973/02, avvocato A. Palatiello) ..... » 137



